



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

TEMA:

**LAS DILIGENCIAS PREPROCESALES Y SU INCIDENCIA EN LA
VULNERACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

AUTORA:

ABG. ELECTRA ELIZABETH MACHUCA ROMERO

**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE:
MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

TUTORA:

DRA. NURIA PEREZ PUIG-MIR

Guayaquil, Ecuador

2020



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por la **Abg. Electra Elizabeth Machuca Romero**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Mención Derecho Procesal**.

DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Dra. Nuria Pérez Puig-Mir

REVISOR

Dr. Juan Carlos Vivar

VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y POSGRADO

Dr. Walter Mera Ortiz

Guayaquil, 19 de mayo de 2020



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Electra Elizabeth Machuca Romero

Declaro que:

El Proyecto de Investigación: **Las Diligencias Preprocesales y su incidencia en la vulneración de la Tutela Judicial Efectiva**, previo a la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Mención Derecho Procesal**, ha sido desarrollado con base en una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros, conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 19 de mayo de 2020

LA AUTORA

Abg. Electra Elizabeth Machuca Romero



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

AUTORIZACIÓN

Yo, Electra Elizabeth Machuca Romero

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, **la publicación** en la biblioteca de la institución del Proyecto de Investigación, previo a la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal, titulada: **Las Diligencias Preprocesales y su incidencia en la vulneración de la Tutela Judicial Efectiva**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 19 de mayo de 2020

LA AUTORA:

Abg. Electra Elizabeth Machuca Romero



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

INFORME DE URKUND

URKUND

Documento: [tesis desde Introducción Electra Machuca Romero 26 feb.docx](#) (D64509530)

Presentado: 2020-02-26 21:29 (-05:00)

Presentado por: Andrés Isaac Obando Ochoa (ing.obandoo@hotmail.com)

Recibido: santiago.velazquez.ucsg@analysis.orkund.com


Mensaje: RV: INFORME DE URKUND [Mostrar el mensaje completo](#)

3% de estas 40 páginas, se componen de texto presente en 8 fuentes.

Lista de fuentes		Bloques
+	Categoría	Enlace/nombre de archivo
+		https://www.studocu.com/en/document/universidad-tecnica-particular-de-loja/filosofia/oth...
+		VERSION TOTAL (1).doc
+		https://docplayer.es/73974339-Modalidad-de-estudios-a-distancia.html
+		CUERPO 2.docx
+		https://docplayer.es/144672637-Universidad-regional-autonoma-de-los-andes-uniaandes.html

Agradecimiento

Expreso mi agradecimiento imperecedero a mi familia, mis padres, pilares fundamentales para el avance en este camino, sin embargo, no puedo dejar de resaltar mi gratitud al sistema de Postgrado de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, por abrirme las puertas y ser parte de esta noble institución, a mis compañeros y colegas de aula y finalmente al claustro docente, por sus valiosas enseñanzas que me han permitido superar mis conocimientos y estándares a nivel profesional.



Ab. Electra Elizabeth Machuca Romero

Dedicatoria

El presente trabajo de investigación, tiene una dedicación especial a mi familia y mis padres, quienes han ayudado a superarme y han cimentado en mí valores necesarios para el ejercicio correcto de esta profesión, sin ellos no hubiera sido posible alcanzar este título de cuarto nivel.



Ab. Electra Elizabeth Machuca Romero

Índice General

Agradecimiento	VI
Dedicatoria.....	VII
Resumen	XI
Abstract.....	XII
Introducción.....	2
Tutela Judicial Efectiva.....	14
Acceso a la Justicia.....	17
El Procesamiento de la petición.....	18
<i>Derecho a la Defensa.</i>	22
<i>Derecho a la igualdad de las partes.</i>	24
<i>Principio de Contradicción.</i>	25
<i>Principio de Inmediación y Concentración.</i>	27
<i>Obtención de pruebas con violación a la Constitución</i>	29
La expedición de una decisión motivada.....	31
Diligencias preprocesales.....	33
La Prueba en el proceso.....	33
Diligencias preprocesales para anticipar prueba.. ..	35
Diligencias preparatorias para aseguramiento de prueba.. ..	36
Diligencias Preprocesales COFJ.....	37
Diligencias Preparatorias COGEP.....	38
Capítulo Metodológico	41
Metodología	41
Alcance de la investigación	42
Métodos Teóricos.....	43

Métodos Empíricos	44
Categorías, Dimensiones, Instrumentos y Unidades de Análisis.....	44
Gestión de datos	46
Criterios éticos de la investigación	46
Capítulo de Resultados	48
<i>Análisis Documental</i>	48
<i>Entrevista a profundidad</i>	56
Capítulo de Discusión.....	61
Capítulo de Propuesta.....	69
Justificación de la propuesta	69
Título de la Propuesta	69
Objetivo General.....	70
Propuesta.....	70
Validación de la propuesta.....	74
Conclusiones.....	76
Recomendaciones	78
Bibliografía.....	79

Índice de Tablas

Tabla 1 – Métodos Empíricos.....	42
Tabla 2 – Ficha Técnica del Validador.....	73

Índice de Apéndices

1. Apéndice A.....	81
2. Apéndice B.....	82
3. Apéndice C.....	83

4. Apéndice D.....	84
5. Apéndice E.....	85
6. Apéndice F.....	86
7. Apéndice G.....	87
8. Apéndice H.....	88
9. Apéndice I.....	89
10. Apéndice J.....	90
11. Apéndice K.....	91
12. Apéndice L.....	92
13. Apéndice M.....	93

Resumen

Antecedentes: El presente trabajo, estudia los elementos de la tutela judicial efectiva, como son: el acceso al órgano judicial, el procesamiento de la petición y la emisión de una resolución motivada, con su respectivo contenido y alcance. Buscando verificar el cumplimiento de dichos elementos en la práctica de las diligencias preprocesales o preparatorias de anticipamiento de prueba. Se tiene como **objetivo general** proponer un proyecto de reforma al COGEP, para delimitar y establecer un procedimiento respecto de las diligencias preprocesales, de tal forma que se ajuste a la norma constitucional y no se vulnere la tutela judicial efectiva. La **metodología** tiene un enfoque cualitativo, mediante el cual se realiza el análisis de la norma que contiene el procedimiento de diligencias preparatorias y preprocesales en materias no penales, examen de providencias y entrevista a jueces civiles y de contravenciones. Los resultados arrojan la existencia de diferencias entre las diligencias preprocesales dispuestas en el COFJ y las diligencias preparatorias contenidas en el COGEP, la existencia de un procedimiento sin igualdad de condiciones para actor y demandado y la afectación a la tutela judicial efectiva. En este sentido, **se concluye**, que existe la necesidad de reformar la normativa, en relación a las diligencias preprocesales y/o preparatorias, para lograr el cumplimiento de los principios de inmediatez e igualdad de partes, al ser un solo juez el que conozca tanto de la diligencia previa como del juicio principal y al otorgar la posibilidad al demandado de requerir anticipamiento de prueba, al hacerlo la otra parte.

Palabras clave: *diligencias preprocesales, tutela judicial efectiva, prueba.*

Abstract

Background: This paper studies the elements of effective judicial protection, such as: access to the judicial body, the processing of the petition and the issuance of a reasoned resolution, with its respective content and scope. Seeking to verify the fulfillment of these elements in the practice of pre-procedural or preparatory proceedings in advance of evidence. Its general objective is to propose a reform project to COGEP, to delimit and establish a procedure regarding pre-procedural proceedings, in such a way that it conforms to the constitutional norm and does not violate effective judicial protection. The methodology has a qualitative approach, by means of which the analysis of the norm that contains the procedure of preparatory and pre-procedural proceedings in non-criminal matters, examination of providences and interview of civil and contravention judges is carried out. The results show the existence of differences between the pre-procedural proceedings provided in the COFJ and the preparatory proceedings contained in the COGEP, the existence of a procedure without equal conditions for the actor and defendant and the effect on effective judicial protection. In this sense, it is concluded that there is a need to reform the regulations, in relation to pre-procedural and / or preparatory proceedings, to achieve compliance with the principles of immediacy and equality of parties, being a single judge who knows both of the previous diligence as of the main trial and when granting the possibility to the defendant to require anticipation of evidence, when doing the other part.

Keywords: *pre-procedural proceedings, effective judicial protection, evidence.*

Introducción

En la legislación ecuatoriana, anteriormente, en el área civil se mantenía una diversidad de procedimientos para cierto tipo de casuística, además, existían en diferentes códigos y normas, una variedad de procedimientos especiales para casos específicos, estos básicamente estaban sistematizados en que el acto de proposición consistía únicamente en la narración de los antecedentes de hechos y de derecho, sin determinar ni anunciar la prueba a evacuarse. Con el Código de Procedimiento Civil (CPC), la prueba era anunciada por escrito en una fecha posterior al auto de calificación y se actuaba la misma a lo largo del proceso y parte de ella en la audiencia de evacuación de prueba, pudiendo ser ésta única o la de juicio según sea el caso. Asimismo, con el CPC las actuaciones del proceso se realizaban con escritos presentados por las partes y despachos escritos emitidos por el Juzgador, a lo largo del proceso, y orales en audiencia, aunque se reducía a escrito el contenido íntegro de las audiencias.

Con el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), promulgado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 506, de fecha 22 de mayo de 2015, cuya vigencia rige desde el 22 de mayo de 2016, según lo contenido en la Disposición Final Segunda, se buscó armonizar el sistema procesal de esa fecha a las normas constitucionales y establecer varios procedimientos puntuales para diversos casos. Esta norma incorpora diversas innovaciones, entre las que se encuentra la oralidad, como una de las más importantes; además, se señala que la prueba debe ser presentada en los actos de proposición, demanda y contestación. En este contexto, es imprescindible contar con la prueba de manera previa a la presentación de la demanda y/o contestación, volviéndose necesaria la evacuación de prueba pre procesal o preparatoria, la que debe actuarse sin afectar la tutela judicial efectiva que debe ser garantizada por El Estado.

La *Tutela Judicial Efectiva*, como objeto de estudio, en un sentido sencillo y básico, se entiende “como el derecho al acceso a los órganos de administración de justicia en procura de

justicia” (Bidart, 2005, p. 43). Con esta definición, se observa su primer elemento, que es el del acceso a la administración de justicia, sin embargo, de nada servirá el acceso, si no se garantiza un proceso debido para que el mismo sea válido, que tenga como resultado final la justicia, por lo que se tomará otra conceptualización de tutela judicial efectiva.

El acceder al órgano de justicia en procura de la defensa de los derechos e intereses que alega el justiciable; que esa petición de justicia sea procesada, respetando los derechos del contradictor; que se obtenga de ese proceso una decisión fundada; y, que se cumpla tal decisión (Oyarte, 2016, p. 413).

Es clara entonces, la necesidad de que el requerimiento inicial sea procesado, como segundo elemento; para el cumplimiento de este requisito, es esencial, que durante dicho proceso se garanticen y respeten los derechos tanto del peticionario como los del oponente, entre los que se podrían encontrar el mantener un abogado de confianza, acceder a su defensa en todo momento y en igualdad de condiciones, derecho a contradecir al oponente, entre otros, lo que permitirá el cumplimiento del mandato constitucional en el que se señala que todos los procesos en los que se deban establecer derechos y obligaciones, de cualquier nivel, debe asegurarse un proceso justo que contemple garantías básicas. Finalmente, y una vez que el proceso ha llegado a su conclusión, es preciso, obtener del mismo un resultado fundado en derecho y que éste pueda ser cumplido. De tal suerte, que no tiene sentido la emisión de una resolución que no pueda ser ejecutable, pues sin el cumplimiento de todos los elementos de la tutela judicial efectiva se incidiría en su vulneración.

La tutela judicial efectiva, se cumple entonces, con el cumplimiento de sus tres elementos, el primero de acceder a los órganos de justicia, por lo que se vuelve necesaria su gratuidad, para que no haya excepción; el segundo, que una vez admitida a trámite la petición inicial, se efectúe el procedimiento correspondiente, ante un juez competente e imparcial, con la celeridad necesaria dispuesta para cada tipo de proceso, respetándose los derechos de las

partes a la defensa y la irrestricta observancia de las normas procesales constitucionales.

Finalmente la decisión debe estar fundada en derecho, estando sustentada por una parte con el cumplimiento de los dos elementos anteriores y por otra con la subsunción de los hechos a la norma sustantiva.

En cuanto al campo de estudio, las publicaciones orientadas al análisis concreto de las *diligencias pre procesales* y/o preparatorias son limitadas, en el ámbito doctrinal encontramos escasas obras de renombrados tratadistas que han profundizado en el estudio de la anticipación o el aseguramiento de la prueba, que, si bien no puntualiza el presente análisis, permite comprender la concepción real de las diligencias objeto de estudio, pues buscan precisamente desarrollar prueba anticipada. En este contexto, Aragonese (1955) afirmó que:

Si las demás instituciones son la médula, el cerebro o el corazón del Derecho Procesal, la prueba encierra el sistema respiratorio del Derecho Procesal, puesto que su régimen de prueba es lo único que puede garantizar el contacto del proceso con el mundo exterior que lo circunda (p. 497).

En efecto, resulta de tal trascendencia la prueba, dentro del proceso, que su anticipación debe contener los mismos requisitos que para su admisión se contemplan en el juicio principal; es decir, significaría únicamente obtenerla con anterioridad, pero siempre respetando que sea conducente, contradicha, pertinente y los demás requisitos para ser prueba válida en juicio, para este efecto es necesario que la misma sea conocida por el juez que conocerá la causa, por principio de inmediación, además de que en dicho trámite debe respetarse el derecho de igual de las partes o contradicción, para garantizar la tutela judicial efectiva, en su elemento de tramitar la petición respetando garantías básicas.

La prueba, anticipada o no, es la que permitirá certeza al juzgador al momento de emitir un fallo, por tanto, sin prueba no hay proceso, de ahí que su solicitud, reproducción y práctica, permitirá la obtención de una decisión fundada, siempre que en la misma se respete

el derecho a la defensa de las partes, en la que se incluye, el no ser privado del tal derecho en ningún momento o etapa del proceso, contar con los tiempos y medios indispensables para la preparación de la defensa, mantener siempre la igualdad de las partes, el derecho a la contradicción probatoria, entre otros, esto como parte del contenido de la tutela judicial efectiva, ya mencionada.

Las diligencias preparatorias en Ecuador se encuentran legisladas en el Código Orgánico General de Proceso (COGEP), a partir del artículo 120, en el que precisamente y respecto de la prueba anticipada, determina que “todo proceso podrá ser antecedido de una diligencia preparatoria a petición de parte y con la finalidad de anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse” (p. 47), esto significa que únicamente se desarrollará como prueba anticipada aquella de la que hubiere riesgo de pérdida, aun cuando conforme al COGEP en todos los actos de proposición deban incorporarse todas las pruebas con las que cuenten las partes y anunciarse aquellas que no estén en su poder para el ejercicio de su práctica.

Ante este hecho, el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) y el COGEP, dan respuesta a esta necesidad, pues en el primer caso, el COFJ concede a los Jueces de Contravenciones la facultad de evacuar de manera previa al juicio principal, prueba material en materia penal y civil; por su parte, el COGEP, dispone ciertos casos en que los procesos pueden ser precedidos de diligencias preparatorias. Normas que han sido interpretadas por los Juzgadores en ciertos casos como similares o en calidad de sinónimo la una de la otra. Pese a que, sus concepciones o de su contenido se desprenden grandes diferencias que llevan a la confusión y ocasionan en algunos casos la vulneración a la tutela judicial efectiva.

Si bien la presentación de la prueba desde el inicio, constituye un avance en la norma procesal, precisamente por su característica de sistema oral, las diligencias preprocesales y/o preparatorias han generado un conflicto jurídico, con el que se afecta a gran parte de la

ciudadanía, al encontrarse con una negativa de acceso judicial que vulnera el derecho fundamental a la defensa, debido proceso, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica.

Puntualmente *el problema científico de investigación* se da cuando los Jueces en materia no penales, en providencia de calificación niegan el despacho de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, al no contar con dicha información, es decir, cuando la misma únicamente puede ser otorgada por vía judicial. Situación que subsiste en cuanto el Juez, para motivar la negativa, señala concretamente que no es oficiador de ninguna diligencia, inclusive tras conversar con varios jueces, estos han manifestado tener disposición de la Escuela de la Función Judicial de no atender ningún tipo de prueba de este tipo, dado que, dicha prueba debe ser solicitada al Juez de Contravenciones, conforme la facultad conferida a los mismos en el numeral 4 del artículo 231 del COFJ.

Surgiendo varias disyuntivas en razón de que, a criterio de los jueces de contravenciones, puntualmente, los jueces de garantías penales en la ciudad de Machala, quienes mantienen dichas competencias, confunden o asimilan las diligencias pre procesales de prueba establecidas en el COFJ, con las diligencias preparatorias del COGEP, las que de ninguna manera tiene las mismas características, por el contrario de la normativa jurídica ecuatoriana derivan las mismas en concepciones distintas, bien o mal, pero dispuesto en tal forma por el legislador.

Adicionalmente, para el juez de contravenciones la diligencia preparatoria y/o pre procesal debe ser presentada, previo al inicio del proceso principal y no mientras este se encuentre en trámite, generándose otro conflicto, pues se otorga la posibilidad de actuarlas, únicamente al actor y no a la contraparte. En este contexto, la parte demandada de una y otra manera quedaría en indefensión, pues, tras ser citado, se le concede un término de 10 días para evacuar la prueba, en la que ciertamente sería reducido el tiempo para actuar la diligencia preparatoria, aunque, si la presenta, ésta igualmente sería negada, pues el proceso principal ya

ha iniciado. Asimismo, al solicitar el acceso judicial a la prueba en su escrito de contestación a la demanda, dicha prueba también es negada, dejándolo en indefensión, por tanto, al no actuarse un proceso debido, se vulnera el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva.

Por otro lado, el juez de contravención, bajo la misma concepción de que la diligencia preparatoria y/o pre procesal debe ser presentada, previo al inicio del proceso principal y no mientras este se encuentre en trámite, en caso de pedirse oficios, por un tema de prueba nueva para segunda instancia, concebida en el COGEP, también niega la diligencia, manifestado que existiendo un proceso que se encuentra en trámite, en el mismo existe una etapa de prueba, por tanto dicha diligencia debe ser atendida por el Juez Principal. Habiéndose, solicitado la práctica de dicha prueba al Juez principal, quien no la atiende, una vez más, nos encontramos en el mismo escenario anterior de indefensión, pudiendo darse el caso tanto para la parte actora como la demandada; estableciéndose el problema central de la investigación que el acceso a la justicia como primer elemento de la Tutela Judicial efectiva, se ve afectado con la indebida aplicación de las diligencias preparatorias y/o preprocesales por su negativa al desarrollo de las mismas.

Esta situación concreta subsiste cuando los juzgadores de materias no penales, no aplican o interpretan en otro sentido el contenido del numeral 8 del artículo 142 del COGEP, en el que ciertamente si se prevé, que, de ser el caso, se podrá requerir acceso judicial a la prueba, la que deberá ser debidamente fundamentada. En este sentido, se entiende que, ante la negativa de cualquier Institución en proporcionar información reservada, con esta se podría justificar la necesidad de acceso judicial a dichos oficios, debiendo obligatoriamente el juez, conceder la práctica de la misma. Sin embargo, existe negativa del juzgador para otorgarla, lo que agrava la situación de la tutela judicial efectiva en cada caso concreto.

Al mismo tiempo, se genera que el peticionario o usuario de la administración de justicia no esté obligado a evacuar diligencias preprocesales, o dejando dicha carga únicamente al actor,

pues se plantean dos escenarios aparentes según la norma, el primero que el actor tenga todo el acceso para solicitar una diligencia preprocesal conferida por el COFJ, y por otro, la obligación del demandado de solicitar auxilio judicial, en todos los casos, por encontrarse un proceso en curso, es decir, situaciones distintas para las partes, sin que medie el mecanismo de que ambos puedan acceder a la diligencia preprocesal, lo que genera vulneración a la tutela judicial efectiva, respecto del procesamiento de la petición, derecho a la defensa.

Corresponde entonces, plantearse la siguiente pregunta de investigación *¿En qué forma deberían plantearse las diligencias pre procesales y/o preparatorias, para alcanzar la no vulneración la tutela judicial efectiva?*

Para contestar esta pregunta, corresponde plantearse la siguiente *Premisa*: Sobre la base de la fundamentación de los presupuestos teóricos y doctrinales de la tutela judicial efectiva se permitirá verificar si el contenido y desarrollo de las diligencias preprocesales se encuentra afectando la tutela judicial; y del análisis documental de la Constitución de Ecuador, en su Art. 75, el COFJ, en su Art. 231, numeral 4; Código Orgánico General de Procesos, Libro II, Título II; y, providencias de calificación de procesos no penales y providencias de despacho de diligencias pre procesales como competencia de los jueces de contravenciones, junto a la investigación empírica de 6 entrevistas a jueces civiles y de contravenciones, en la judicatura de El Oro, quienes de su ejercicio jurisdiccional diario darán contestación a las interrogantes de la problemática planteada.

Sobre la base del estudio expuesto, se podrá proponer una solución que se considere la mejor alternativa para dar respuesta a la interrogante, contenida en la Reforma legal del Libro II, Título II del Código Orgánico General de Procesos, para establecer una delimitación y procedimiento de las diligencias preprocesales y/o preparatorias de anticipamiento de prueba, que permita la igualdad de las partes.

Para el efecto, se plantea el siguiente *Objetivo General*: Proponer un proyecto de reforma al COGEP, para delimitar y establecer un procedimiento respecto de las diligencias pre procesales, de tal forma que se ajuste a la norma constitucional y no se vulnere la tutela judicial efectiva.

Como *Objetivos Específicos*, se proponen tres: Analizar el contenido, límite y alcance de la Tutela Judicial Efectiva como principio constitucional y de las diligencias pre procesales. Examinar la aplicación de las diligencias pre procesales por parte de los Juzgadores y el contenido de la norma en la legislación ecuatoriana. Implementar un procedimiento y delimitación de las diligencias preprocesales de prueba en materias no penales, mediante una reforma al Código Orgánico General de Procesos.

Para construir el marco teórico y como parte del segundo capítulo encontramos el detalle de los métodos teóricos empleados en la presente investigación, que son: el Método Histórico-Lógico, el Método sistematización jurídico-doctrinal y el Método de Análisis y Síntesis. El método Histórico-lógico, en cuanto lo histórico está relacionado con el estudio de la trayectoria real de los fenómenos y acontecimientos dentro de una etapa o período, así como en la elaboración de las normas que se enfrentan a nuevas realidades. El Método Sistematización jurídico doctrinal permitirá aportes en la construcción de la investigación tanto para el objeto como para el campo de estudio.

El Método de análisis-síntesis; que conlleva el desintegrar, un todo en sus partes para estudiar en forma intensiva cada uno de sus elementos, así como sus relaciones entre sí y con el todo, tal como se ha desarrollado con el objeto de estudio, esto es, con la tutela judicial efectiva, pues se ha analizado cada uno de sus componentes, para establecer aquellos que no se han aplicado en todos su alcance en el desarrollo de las diligencias preprocesales.

Por su parte los *métodos empíricos* utilizados en la presente investigación, para caracterizar y diagnosticar la situación problemática en el campo de estudio jurídico son:

análisis documental, como un conjunto de operaciones encaminadas a representar un documento y su contenido bajo una forma distinta a su original, el documentalista realizará un proceso de interpretación y análisis de la información de los documentos y luego sintetizarlo. Entre los documentos a analizarse tenemos: de la normativa relacionada al objeto y campo de estudio, como de providencias emitidas por jueces de contravenciones y por jueces de materias no penales, que guardan relación con la práctica de las diligencias preprocesales.

También se utilizarán entrevistas a profundidad a jueces en materias no penales y de contravenciones, sobre el ejercicio de sus competencias en relación con las diligencias preprocesales, lo que permitirá dar respuesta a la problemática planteada, al tratarse de un método de recolección de datos cualitativos que permitirá recopilar información sobre el comportamiento, actitud y percepción de los entrevistados sobre el tema concreto.

El presente trabajo, guarda relación intrínseca con la línea de investigación de la maestría que responde a la tutela judicial efectiva y el proceso, pues justamente se estudia gran parte de esta institución. Teniendo como finalidad profundizar la concepción doctrinaria de las diligencias preparatorias y/o pre procesales, en la búsqueda de encontrar el equilibrio que permita armonizar el COGEP a la norma constitucional, esto es, sin la existencia de vulneración a la tutela judicial efectiva.

Se plantea como resultado un Proyecto de Reforma al Libro II, Título II del Código Orgánico General de Procesos, en cuanto a la delimitación y procedimientos de las diligencias preprocesales, mediante el cual se equipará la igualdad de las partes para la obtención de pruebas anteriores al acto de proposición, por cuanto con el procedimiento actual se ve afectado el derecho a la defensa de las partes. Teniendo como *Novedad Científica* y resultado de alta relevancia social que a ningún ciudadano le sea negado su acceso a la justicia tanto de forma previa como en un proceso principal, generando un procedimiento novísimo, que

equipara el principio de igualdad de partes, mediante la figura de adhesión a la petición de anticipamiento de prueba.

La reforma propuesta, de adhesión a la petición de anticipamiento de prueba, insertará otras reformas, en las que se será el juez competente para conocer el juicio principal, el competente para ejecutar la diligencia preparatoria, sin delegar esta facultad a los jueces de contravenciones; además, permitirá que ambas partes ejecuten el mismo procedimiento preparatorio, en el caso de actuar actos previos, con la excepción a la regla, para el caso, de que la parte actora no practique la diligencia previa, y que por tanto, la parte demandada pierda la posibilidad de adherirse a tal petición, pero que de ser necesaria su evacuación, podrá ejecutarla en el juicio principal.

Capítulo Teórico

El neoconstitucionalismo, caracterizado por que las Constituciones mantengan entre otras cosas: fuerza vinculante, supremacía constitucional, un amplio catálogo de derechos fundamentales que regulan las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos, los cuales son de aplicación directa, un sistema jurídico formado por garantías jurisdiccionales y aplicando en el caso de vulneración de derechos constitucionales el método de ponderación de los mismos. En Ecuador, este sistema, se ve reflejado a partir de la promulgación de la Constitución de 2008, cuya exigencia se realiza de forma individual o colectiva, estableciéndose las siguientes categorías de los derechos fundamentales: el buen vivir, derechos de personas y grupos de atención prioritaria, derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades, los derechos de participación, los derechos de libertad, los derechos de la naturaleza y los derechos de protección. Entre estos últimos, encontramos la tutela judicial efectiva y derecho al debido proceso, que mantiene varias garantías básicas, entre las que tenemos, el derecho a la defensa, igualdad de partes, no discriminación, seguridad jurídica, entre otras, conforme lo prevén los artículos 75, 76 y 82 de la Carta Fundamental.

Es necesario entonces, ajustar todo el sistema jurídico normativo bajo este esquema de derechos fundamentales que permitan la efectividad de la norma suprema. Sobre este esquema la Constitución ecuatoriana en los artículos 168 y 169 prescribe que los juicios en todas ramas del derecho y en todas sus etapas del proceso, se evacuaran de forma oral; además en relación con el sistema procesal, determina que en el mismo se deberán incluir obligatoriamente principios que garantizaran la efectividad de la justicia, entre los que encontramos la celeridad, inmediación y economía procesal (Asamblea Nacional Constituyente, 2008); siendo imperioso y necesario adecuar la norma procesal a la nueva realidad. El sistema procesal en materia no penal hasta el 21 de mayo de 2016, se mantenía de forma escrita, en

gran parte del desarrollo del proceso e incluso en los casos que se efectuaban audiencias, las mismas eran transcritas en su totalidad.

La legislación ecuatoriana, en el área civil mantenía una diversidad de procedimientos distribuidos en diferentes normas sustantivas. El denominador común de estos procesos estaba radicado en que el acto de proposición debía contener únicamente la narración de los antecedentes de hechos y de derecho, sin determinar ni anunciar la prueba a evacuarse. En general, la norma procesal civil, establecía que la prueba debía anunciarse por escrito en una fecha posterior al auto de calificación y se actuaba a lo largo del proceso; en algunos casos, parte de la misma se evacuaba en audiencia. Este sistema, ciertamente no permitía el cumplimiento de los principios del sistema procesal ya mencionados.

Bajo este contexto, se propone el COGEP, como una necesidad de crear una consonancia entre el sistema procesal y la norma constitucional vigente, mediante el cual, bajo el principio de la oralidad, se presenta la unificación de los procedimientos aplicables a todas las materias, con excepción de los procesos en material constitucional y penal. Esta norma, en relación a la prueba, contempla que la misma debe ser incorporada en el acto de proposición, esto es, en la demanda y contestación. Trayendo consigo la necesidad de diligenciar un trámite previo para anticipar prueba, es decir, contar con la prueba antes de la presentación de la demanda y/o contestación, no por un tema de aseguramiento de la prueba, sino por así exigirlo la norma para accionar el aparato judicial, por lo cual es indispensable la práctica de solicitudes de prueba pre procesal o preparatoria.

El COGEP, a partir de su artículo 120, se refiere a las diligencias preparatorias, señalando que: “todo proceso podrá ser antecedido de una diligencia preparatoria que tendrá como finalidad anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse”. Empero, en sus Artículos 142 y 143, establece que: “a la demanda deberán acompañarse los medios probatorios de los que se disponga, los que deberán estar destinados a sustentar la pretensión”

(Asamblea Nacional, 2015), en igual sentido, en el libelo de demanda deberán detallarse aquella prueba con cual se pretenda certificar sus afirmaciones; en este contexto, no solo deben atenderse diligencias preparatorias en casos urgentes de pérdida, sino en general para todos los casos en que las partes procesales necesiten obtener los medios de prueba.

En definitiva, este cambio de paradigma y el intentar ajustar la norma procesal al actual Estado de derechos y de justicia, ha generado interrogantes que por el presente trabajo se encuentran en investigación, en la búsqueda de garantizar el irrestricto respeto a las normas fundamentales. Sin embargo, no se intenta restar el importante avance en materia procesal que ha dado el Ecuador con la norma y los resultados en celeridad y eficiencia de la gestión judicial, al reducirse los tiempos, ha generado un alto número de descongestión procesal, no obstante, resulta preciso estudiar los inconvenientes que se hayan podido presentar, para obtener una solución que permita el alcance de la tutela judicial efectiva como garantía del Estado con todos sus ciudadanos.

Tutela Judicial Efectiva

Ésta, puede ser definida, como aquel derecho, que, tiene todo ciudadano de buscar la asistencia de los órganos jurisdiccionales, accediendo a ellos, de tal forma, que, mediante un debido proceso, que incluya garantías básicas, se permita obtener una decisión razonada en derecho. Constituye un derecho de prestación, por cuanto, por medio de la tutela judicial, se obtendrá del Estado los beneficios de su contenido. Tanto porque impone la actuación de la jurisdicción en cada caso concreto, pero sobre todo porque demanda que el Estado obligatoriamente de solución a las necesidades presentadas para que el ciudadano se permita ejercer el derecho obteniendo del órgano judicial una respuesta debida; con aplicación de la norma sustantiva como adjetiva, por lo que finalmente también debe responder por aquella norma deficiente.

Por lo general, la mayor parte de tratadistas y escritores concentran el análisis de la Tutela Judicial Efectiva, en un sentido sencillo y básico, es decir, revisan la esencia de su alcance, pero el presente trabajo se extenderá puntualmente a su trascendencia con el acceso a la justicia y al debido proceso, lo que finalmente dará un resultado favorable o desfavorable. Se la ha definido “como el derecho al acceso a los órganos de administración de justicia en procura de justicia” (Bidart, 2005, p. 43). En esta conceptualización, encontramos uno de los elementos transcendentales de la tutela judicial efectiva, que corresponde al de acceder a los órganos de justicia, sin el cual no se podrían activar los demás componentes de este derecho, pero sobre todo, no tendríamos la tutela judicial, mucho menos ésta sería efectiva; por otro lado, tampoco serviría de nada el acceso, sin la obtención de un resultado, así se precisó:

La tutela judicial efectiva es el derecho al libre acceso a los jueces y tribunales de justicia, obtener un fallo, a que el fallo se cumpla a fin de que el ciudadano afectado sea repuesto en su derecho y compensado si hubiere lugar a ello por el daño sufrido (García, 2004, p. 36).

Sobre la base de esta definición se centra la obtención de un resultado, posterior al acceder a los órganos de justicia, para que finalmente esta resolución tomada por la Autoridad sea cumplida y el peticionario sea nuevamente nivelado a su derecho de origen. Lo que sucederá siempre que haya derecho para aquello, de ahí que un resultado contrario a las intenciones del requirente no puede ni debe considerarse como privación del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero finalmente, la intención del presente trabajo, no busca analizar el resultado obtenido sino los mecanismos y medios con los cuales se llegó a ese resultado, es decir, con un enfoque específico al debido proceso, para lo cual el presente trabajo se centrará en otras definiciones:

El acceder al órgano de justicia en procura de la defensa de los derechos e intereses que alega el justiciable; que esa petición de justicia sea procesada,

respetando los derechos del contradictor; que se obtenga de ese proceso una decisión fundada; y, que se cumpla tal decisión (Oyarte, 2016, p. 413).

El Derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho a todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a obtener de los tribunales una resolución motivada, no permitiéndose que por parte de éstas se pueda sufrir indefensión al no permitírseles ejercer todas las facultades que legalmente tienen reconocidas (Sánchez, 2003, p. 607).

Este derecho fundamental, en un primer momento supone la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, que guarda similitud con el derecho de acción, empero, el derecho a la tutela judicial efectiva conlleva, mucho más aun, dado que resulta indispensable la tramitación que se le dé a esa petición, es decir, un proceso en el que deben estar inmersas las garantías básicas de defensa de las partes, para permitir evacuarlo de manera correcta y finalmente obtener un resultado, pues, como el nombre mismo refiere, se trata justamente de que la tutela judicial sea efectiva. A esto responde que la Constitución, como parte de este derecho, no solo describe el acceder al órgano jurisdiccional, pues es esencial, la calidad que debe tener el juzgador, la rapidez con que debe ejercerse el proceso una vez iniciado, garantizándose el derecho a la defensa de las partes, y finalmente que la decisión pueda ser cumplida (Asamblea Nacional Constituyente, 2008), mecanismos indispensables y sin los cuales no podríamos efectivizar la tutela judicial. De lo mencionado, la tutela judicial efectiva no atribuye una exclusiva exigencia a los jueces, pues resulta evidente que para que la Autoridad Judicial pueda actuar debe valerse de un conjunto de normas que permitan el ejercicio del derecho, por lo que el legislador también se ve inmerso en la prestación de este derecho.

Como ha quedado anotado, se parte del acceder a la administración de justicia en la búsqueda de la defensa de los derechos e intereses del peticionario o tercero. Si bien el acceso

al sistema judicial es primordial para que se activen los demás elementos de la tutela judicial efectiva, no significa, que, con ello se pueda garantizarla. En consiguiente, resulta de alta trascendencia el trámite que se otorgue a dicho requerimiento, en el que deben respetarse los derechos del peticionario y contradictor, es decir, sin restar aquellas garantías básicas de un debido proceso, para finalmente obtener una decisión motivada, que pueda ser ejecutable.

Acceso a la Justicia. La tutela judicial efectiva, parte de su primer elemento, que es el acceso a la justicia, entendida esta como la posibilidad de acceder al órgano judicial con una petición en derecho, sea que se actúe en calidad de demandante o demandado. Es decir, en búsqueda del interés legítimo establecido en la ley, para cuyo efecto es indispensable el asesoramiento de un profesional. Se puede revisar la siguiente conceptualización integral de acceso al aparato jurisdiccional, que emitió el Foro Iberoamericano de Accesos a la Justicia:

El brindar la posibilidad a todas las personas por igual, de acceder al conocimiento, ejercicio y defensa de sus derechos y obligaciones, mediante servicios de justicia cercanos a los usuarios, centrados en sus necesidades prioritarias, que reconozcan su protagonismo e incorporen a los sectores más vulnerables de la población entre sus beneficiarios (2005).

El acceso a la justicia, corresponde a la obligación de receptarse cualquier petición que pretenda activar el sistema de justicia, es decir, debe quedar clara, la imposibilidad de rechazar la presentación de alguna petición, sin que esto signifique, que no se deba cumplir para la calificación, con los requisitos legales mínimos de admisión, los que deben ser razonables, pues, conforme se prevé en el Art. 169 de la Constitución, por simples formalidades no se puede privar de la justicia a quien la requiera (Asamblea Nacional Constituyente, 2008); lo que obliga al Juez, a realizar una revisión minuciosa de la trascendencia de las formalidades. Estas precauciones deben permitir guiar también al Legislador, quien para la promulgación de las leyes debe ser lo suficientemente prudente,

precisamente al regular los procedimientos y al determinar las exigencias procesales, permitiendo al Juzgador salvar las deficiencias puramente formales.

El acceso a la justicia, conlleva a la gratuidad a la administración de justicia, sin la cual no se podría garantizar su acceso a todos los ciudadanos, dado que, quienes no posean los recursos suficientes no podrían optar por la presentación de una petición judicial. Este privilegio se encuentra contemplado en la Constitución de Ecuador, en su Art. 75. En este contexto, al privarse a un peticionario del acceso a los órganos de justicia, se vulnera en su totalidad la tutela judicial.

El Procesamiento de la petición. Por su parte, el procesamiento de la petición, no es otra cosa, que el derecho al proceso con todas las garantías, dicho de otro modo, el ejercicio efectivo de un debido proceso, lo que nuestra Constitución concibe como derecho fundamental y que por tanto debe ser aplicado de manera directa y, aun, ante un procedimiento de una norma de menor jerarquía, el administrador de justicia debe siempre velar por su estricto cumplimiento. Además, es considerado como un derecho atribuido a todas las personas, sin discriminación alguna, que contempla una serie de condiciones, garantías básicas que deben ser observadas en todo proceso en cual se determinen derechos y obligaciones, en consecuencia, es aplicado a todas las materias.

Como se había hecho referencia, la Constitución del Ecuador, en cuanto a la tutela judicial, señala que la misma debe ser imparcial y expedita, debiendo tenerse presente siempre los principios de inmediación y celeridad procesal, siendo estos necesarios para que la tutela jurisdiccional sea efectiva. El peticionario no puede encontrarse ni con una administración de justicia arbitraria e impositiva, menos aún, que la misma sea parcializada, sino que el papel del juez debe ser siempre neutral, debiendo decidir en función de las actuaciones dadas dentro del proceso. Por otro lado, una justicia expedita, debe estar libre de cualquier obstáculo que haga imposible el acceso y la continuación del proceso, hasta obtener una conclusión,

resultando nuevamente transcendental el rol que debe cumplir el juez y las normas, mismas que deben permitir la eliminación de formalismos que priven a los ciudadanos del derecho objeto de estudio.

El principio de inmediación procesal corresponde en cambio a la íntima vinculación entre el juzgador, las partes y los elementos probatorios, teniendo como fin último que el juzgador conozca de manera directa el proceso tanto desde su inicio hasta su conclusión, que le permita tomar una postura correcta sobre lo que ha sucedido. La inmediación no es sino la relación personal que mantengan las partes y todos los intervinientes del proceso con el juzgador. Guarda relación con el principio de concentración y se efectiviza con la oralidad en audiencia, pues se busca agrupar en una misma diligencia la mayor cantidad de actuaciones procesales.

Por su parte, la celeridad, conlleva que el resultado obtenido después de activar los órganos judiciales, constituya una respuesta que permita poner fin o repare a tiempo el derecho vulnerado, pues no tendría sentido, que la sentencia que se emita no alcance para restituir el derecho, como ocurre por ejemplo cuando un trabajador de la tercera edad, en la búsqueda del pago de una liquidación, desgasta toda su vida, sin la obtención de un resultado, pues ya no le restaran días para gozar de la tan anhelada liquidación; de ahí que, es indispensable que la justicia llegue pronto, sea ágil y rápida.

La Constitución del Ecuador, en su Artículo 76, ha establecido de forma clara cuales son aquellas garantías básicas del debido proceso, que deben cumplirse en todo proceso en el que estén inmersos derechos y obligaciones de cualquier orden, entre las que se tiene que: principio de legalidad, mantener un juez competente e imparcial que observe el procedimiento el correspondiente al trámite concreto; las pruebas deberán cumplir con toda la normativa constitucional vigente, o perderán su valor probatorio; principio de favorabilidad en caso de conflicto de leyes. En cuanto al derecho a la defensa se tienen: el no encontrarse en estado de

indefensión en ninguna etapa del proceso, contar con el tiempo necesario para adecuar y ejercer la defensa, principio de igualdad de partes, de inmediación, concentración y motivación en las decisiones judiciales. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

Se ha hecho constar únicamente aquellas garantías que guardan relación con el derecho probatorio y por consiguiente con el presente trabajo investigativo, entre las que tenemos: el Principio de Legalidad o de Reserva de Ley, obtención de pruebas con violación de la Constitución, Indubio pro reo, derecho a la defensa, que incluye contar con los tiempos y medios adecuados para la preparación de la misma; mantener un juez imparcial, principio de inmediación, contradicción, entre otros, que serán analizados como parte de la presente investigación.

Principio de Legalidad o Reserva de Ley. Según Bascuñan (1998), es el “reconocimiento de un ámbito de competencia cuya regulación se reservaba a la potestad legislativa, implicaba la posibilidad de invalidar las normas sobre materias de ley en ejercicio de otras potestades, aplicando como principio el de la competencia” (p. 34); en este contexto, la reserva de ley, es aquella garantía que permite que de forma exclusiva las normas válidas sean aquellas que nacen del seno del poder legislativo, en el caso de Ecuador, elegido por la voluntad del pueblo soberano, de tal suerte, que no puede otro órgano o potestad estatal incluir procedimientos o sanciones no contemplados por la norma, principio reconocido en Ecuador constitucionalmente, para los procesos penales y tributarios, además de constituir un Derecho Humano. El Tribunal Constitucional de Toledo, se pronunció y señaló:

(...) mientras el Principio de Legalidad supone una subordinación del Ejecutivo al Legislativo, la Reserva no solo es eso, sino que el Ejecutivo no puede entrar, a través de sus disposiciones generales, en lo materialmente reservado por la Constitución al Legislativo. De ahí que se afirme la necesidad de la Reserva, ya que su papel no se cubre con el Principio de Legalidad, en

cuanto es solo límite, mientras que la Reserva implica exigencia reguladora (Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, 2005).

Por su parte, el principio de legalidad hace referencia concretamente a que no existe sanción sin ley previa que la determine, sobre el cual, yace el principio de la seguridad jurídica e inclusive, es reconocido por varios instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. La reserva de ley viene a darle contenido justamente al de legalidad, dado que, no solo la norma debe determinar la situación particular que va a reglar, sino que, esta norma debe nacer justamente de un poder otorgado al legislativo por la Constitución. El principio de legalidad se convierte en uno de los límites más tajantes de ese poder punitivo que tiene el Estado.

La legalidad es elemental del derecho público con el cual todo ejercicio de potestades debe estar sustentado en normas jurídicas dispuestas por el órgano competente. Es en razón de las normas previas y claras que se efectiviza la seguridad jurídica del país. Se convierte en la regla de oro del derecho público, de tal forma que actúa como parámetro para decir que un Estado constituye un Estado de derecho, pues su poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas.

Derecho a la Defensa. Sobre la necesidad de defensa y la obligación de excluir cualquier tipo de indefensión durante proceso, el derecho a la tutela judicial efectiva exige que la litis esté compuesta del principio de contradicción, que permitirá al juzgador tomar posición de la realidad que le brinda la práctica de prueba efectuada por las partes. Por tanto, corresponde oír a las partes en igual de condiciones, permitiéndoles probar sus asertos para establecer una determinada consideración a sus afirmaciones y elementos probatorios. De esta forma, el juzgador asegura el debido conocimiento sobre el asunto y obtiene la sustentación en derecho del fallo, lo cual incide en la efectividad de la tutela judicial que debe brindar, pues no sólo la apreciación de las alegaciones y pruebas da lugar al triunfo de una justa pretensión, sino también, en sentido contrario, a la justa desestimación de la que es contraria a derecho.

El derecho fundamental de defensa se integra con todo un catálogo de derechos también fundamentales, que reconoce principalmente la asistencia de letrado, la cual tiene como finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción. Se trata así de evitar desequilibrios entre las partes, que podrían originar indefensión (Jaen, 2006, p. 93).

De ahí que, para un debido proceso y para garantizar el derecho a la defensa, es imprescindible que las partes mantengan igualdad de armas. Esto es, que siempre y en cada etapa del proceso sean escuchados en igualdad de condiciones, pues de otra forma la justicia resultaría inalcanzable, para lo cual ambas partes deberán ser asistidas en su defensa, por un profesional del derecho, que debió haber tenido conocimiento previo de los hechos que se investigan, a fin de contar con los medios adecuados para el ejercicio de la defensa, en esta línea la Corte Constitucional ha señalado:

Tal como lo ha señalado esta corte en ocasiones anteriores, la falta de notificación se traduce en una clara violación a las normas del debido proceso.

En efecto, la notificación comprende el acto de informar a las partes las actuaciones de un órgano jurisdiccional determinándose, en esencia, la publicidad y transparencia de los procesos, los mismos que estarán garantizados y las partes intervinientes en el mismo se hayan informado debidamente de todas las actuaciones que se realizan en un proceso, aspectos íntimamente relacionado con los derechos de la defensa y seguridad jurídica. La notificación trasciende el hecho de una simple formalidad para transformarse en un derecho adquirido por parte de quienes intervienen en una contienda legal; sólo mediante el ejercicio de este derecho a ser notificado se hacen legítimos Derechos consustanciales al debido proceso en un Estado constitucional de derechos y justicia (Sentencia Nro. 004-13-SEP-CC, 2013).

En esta línea de ideas, bastaría que una sola parte no sea notificada con alguna de las actuaciones durante proceso, para que todo lo actuado, en fecha posterior a dicha falta de notificación, sea nulo, pues es evidente, que una de las partes ha quedado en desventaja con relación a la otra, volviendo injusta la contienda. La falta de notificación constituye una vulneración al derecho a la defensa y al debido proceso. El pleno ejercicio del derecho a ser notificado, es uno de los mecanismos para garantizar la igual de armas y el derecho de contradicción.

Como se había referido en líneas anteriores, la Constitución del Ecuador, dentro del derecho a la defensa garantiza: la no indefensión, el tiempo necesario para preparar la defensa, principio de igualdad de partes , ser asistido de un abogado en los procedimientos judiciales, principio de contradicción y motivar la resoluciones judiciales o administrativas(Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Cada una de estas mínimas garantías permite un proceso debido y buscan efectivizar la tutela judicial. La vulneración del

derecho a la defensa, constituiría justamente en el incumplimiento del Estado de la tutela judicial que dice brindar de forma efectiva.

Derecho a la igualdad de las partes. La igualdad de las partes o armas dentro de un proceso judicial corresponde al trato igualitario para la debida protección del ejercicio de sus derechos. Esto, no implica que se tengan idénticos derechos procesales, pues justamente por la posición contraria en la que se encuentran las partes dentro del proceso, los mismos serán diferentes. Lo importante es que se verifique la existencia de un equilibrio procesal necesario otorgando igualdad de armas al interior de un procedimiento. Así, el Tribunal Constitucional de Chile, en sentencia señaló:

La igualdad ante la ley o en el ejercicio de sus derechos, no puede consistir en que las partes que confrontan pretensiones en un juicio tengan idénticos derechos procesales. En efecto, desde el momento en que uno es demandante y el otro demandado, tendrán actuaciones distintas; el uno ejercerá acciones y el otro opondrá defensas y excepciones. Cada una de esas actuaciones procesales estará regida por reglas propias, que no pueden ser idénticas, pues las actuaciones reguladas no lo son. Por consiguiente, la existencia de un trato diferente para una cierta categoría de demandados no es suficiente para concluir que ello es contrario a la Constitución, pues ésta no prohíbe establecer diferencias, sino que hacerlo arbitrariamente; esto es, careciendo de fundamento razonable que pueda justificarlas. Adicionalmente, la diferencia se ha establecido en razón de criterios objetivos y no de características subjetivas adscritas, como podría ser la edad, el sexo, raza, origen social o nacional, entre otros (2008).

Es claro, que los requisitos exigidos para cada parte dentro del proceso, no son los mismos, pues mientras el uno afirma hechos para unas pretensiones, el otro sin duda, niega

dichos hechos de forma categórica, o refiere otros hechos que a lo largo del proceso también deben ser probados. Cada parte plantea sus posiciones, sobre las cuales, el otro tiene el derecho a réplica y contradecir argumentos y prueba. En definitiva, cada uno tiene el mismo derecho de escucha ante la Autoridad Judicial, pues incluso en el tiempo, este es regulado de forma igualitaria, de esta forma, en cada etapa del proceso, se permite la defensa de cada parte procesal, sin discriminación de ninguna naturaleza, a tal suerte que ningún pueda quedar en algún tipo de desventaja.

Principio de Contradicción. Si bien el principio de contradicción guarda estrecha relación con el derecho de igualdad de partes o armas, mediante el cual cada parte contradice o desdice sobre las afirmaciones del otro, el presente trabajo investigativo busca principalmente su enfoque en el derecho a la contradicción probatoria, como parte de la efectividad de la tutela judicial. Este derecho de contradicción probatoria en la audiencia oral se convierte en la oportunidad de cada parte para exponer su defensa, de refutar y oponerse a las afirmaciones realizadas por la parte contraria, de aportar elementos que le permitan desvirtuar lo dicho en su contra, pero sobre todo de desechar aquella prueba actuada de forma ilegal o con irrespeto a lo dispuesto por la norma Constitucional, al contradecir las mismas.

El derecho a ser oído implica la posibilidad de otorgar a las partes procesales idénticas oportunidades de defensa, no pudiendo el Juez emitir una determinada decisión cuando no se ha dado la oportunidad de ser escuchado en un término razonable, para que puedan ser oídos (Ramírez, 2005, p. 9).

La contradicción probatoria constituye un elemento transcendental para el desenlace del juicio, pues sobre aquellas pruebas que una vez verificadas y calificadas se introduzcan al proceso como válidas, se sustentará la decisión final del juzgador. Es necesario entonces, contar con la aceptación o negativa de cada prueba por las partes, lo que dará luz al juez sobre la verdad de los hechos.

Los elementos constitutivos del derecho a probar, son: El derecho de presentarlas y requerirlas; ii) el ejercicio de la contradicción sobre las pruebas presentadas en su contra; iii) la publicidad de la prueba; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, que se observen las reglas del debido proceso; v) el derecho a que se practiquen pruebas de oficio en caso de ser necesarias para asegurar la realización y efectividad de la justicia; y vi) el derecho a que se consideren y valoren las pruebas incorporadas al proceso (Sentencia Nro. C1270, Corte Constitucional de Colombia, 2000).

Queda claro, que, sin la publicidad de las pruebas, las partes no puedan ejercer en debida forma su ejercicio de defensa, siendo imprescindible, que cada parte tenga conocimiento pleno y oportuno de aquellas pruebas que actúa o va actuar la contraparte, pues únicamente de esta forma, se puede alertar al juzgador de aquella prueba obtenida con violación a la ley y la Constitución. Es el derecho de las partes procesales, que el juzgador evalúe las pruebas anunciados, para lo cual, de manera previa, debe escuchar el pronunciamiento de cada parte sobre las mismas, en estricto cumplimiento al derecho a contradecir.

Sobre la contradicción probatoria puntualmente la Corte Constitucional Colombiana, ha señalado: El derecho de contradicción apunta a dos fenómenos distintos. De una parte, a la posibilidad de oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra. Desde esta perspectiva, el derecho de contradicción aparece como un mecanismo directo de defensa, dirigido a que los propios argumentos sean justificados probatoriamente y considerados en el proceso. (...). Por otro lado, corresponde a la facultad de (i) participar de manera efectiva en la producción de la prueba, (...) y (ii) de exponer sus argumentos

en torno a lo que señalan los medios de prueba (Sentencia Nro. C790, Corte Constitucional de Colombia, 2006).

Bajo este contexto, se entiende que cada parte podrá pronunciarse únicamente sobre la prueba aportada en su contra, no pudiendo oponerse a la incorporada por él mismo, quien justamente la ha agregado por considerarla conducente y útil. Cada parte está facultada para rebatir las pruebas presentadas por la contraparte, señalado la razón por la que dichas pruebas no deben ser aceptadas por el Juzgador. La contradicción probatoria constituye en la participación de las partes en cada una de las fases de la actividad probatoria, y en la construcción argumentativa de la verdad, este es un derecho que emana del derecho constitucional y permite que la tutela judicial y el derecho a la defensa se haga efectiva en cada proceso.

Principio de Inmediación y Concentración. En relación al principio de inmediación, este guarda conexión con el principio de concentración, para el primero es necesaria la participación activa del juez durante el proceso, el segundo busca reunir la mayor actividad procesal posible en el menor número de actos. Justamente, en la reunión de gran cantidad de diligencias procesales, como se da en las audiencias, es las que se anuncia y actúa prueba, es vital la participación del juzgador, quien es el llamado a actuar las diligencias garantizando el debido proceso a las partes y por ende la aplicación de los demás principios procesales. El COGEP, castiga con nulidad a los procesos que no sean conducidos por el Juzgador, conforme se señala en su Artículo 6.

Se evidencia que la inmediación hace referencia clara a la presencia del juzgador en el proceso, a su participación y la relación que debe mantener con los sujetos procesales. Justamente, el término inmediación equivale a proximidad, cercanía física, a un objeto u otro elemento, precisamente por la íntima relación que debe asegurarse durante el proceso, para la evacuación de todas aquellas diligencias trascendentales para el proceso, como lo es el

anuncio y evacuación de prueba. Esta proximidad debe darse durante todo el proceso, de tal suerte, que, quien conoce el proceso desde su etapa preparatoria, acto de proposición, pruebas y demás, es quien al final debe emitir la resolución, lo que no podría darse sin la oralidad y concentración.

Hablar de inmediación significa vincular de manera necesaria los principios de concentración y oralidad, pues es dentro de una audiencia que se desarrollaran un conjunto de actividades procesales en presencia de las partes y del juzgador, siendo el juez el director de la misma y quien tutela el derecho de las partes y obtiene de los mismos los elementos necesarios para su decisión final. Desde la perspectiva procesal, respecto a la inmediación, se sostuvo:

Pertenece a la categoría de principios atinentes a la forma de los actos procesales o principios de procedimiento, particularmente vinculado a los principios de oralidad y concentración, siendo asimismo apreciable un intento generalizado entre la literatura especializada de ampliar su alcance más allá del momento procesal en que tradicionalmente se viene imponiendo su preceptiva vigencia, esto es, en la fase probatoria (Cabezudo, 2009, p.p. 1-2).

Obtención de pruebas con violación a la Constitución. La Constitución del Ecuador, en relación a las pruebas ha puntualizado que las mismas deberán garantizar el cumplimiento de la norma constitucional o de lo contrario no tendrán ningún valor probatorio (Asamblea Nacional Constituyente, 2008), no pudiendo ser consideradas por la Autoridad Judicial como parte de sus elementos de convicción para sustentar su resolución. La prueba actuada sin violación a la constitución es aquella que ha sido anunciada, incorporada y actuada con respeto a todas las garantías básicas del debido proceso, contenidas en el Art. 76 de la Carta Magna. Con mayor énfasis en las que están destinadas a salvaguardar el derecho a la defensa de las partes, que se ha venido analizando.

Los frutos de la violación de los derechos fundamentales o de un delito, no los puede utilizar el Estado, mucho menos los particulares, porque el primero por lo menos podía tener excusa, que no es válida, que lo hace para que los delitos no queden impunes, en cambio los segundos, un proceso civil por ejemplo, son movidos por intereses egoístas y por sobre todo rompiendo el equilibrio que debe reinar el proceso, premiando ese manejo ilegal, estimado a favor del violador de los frutos del delito (Parra, 2011, p. 32).

Según la legislación colombiana, conforme el Art. 29 de la Constitución Política Colombiana, que establece “aquella prueba obtenida o actuada con violación al debido proceso, es nula, de pleno derecho” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 18), los frutos productos de violación del debido proceso deben ser excluidos de plano, no pudiendo ser considerados por el Juzgador. No puede existir justificativo alguno para considerarlos ni en procesos penales ni civiles, por lo que tampoco se podía alegar que no admitirlos podría generar una sentencia no apegada a la realidad, pues justamente la decisión motivada que se pretende debe efectuar el análisis estricto de que admite y que niega, y sus razones en hechos y derecho. Por su parte la Corte Constitucional del Ecuador, sobre el tema, puntualizó:

(...) Primero, es evidente que la disposición constitucional reconocida en el artículo 76, numeral 4 de la Constitución constituye, per se, una garantía del debido proceso, presupuesto que tomaría directamente procedente, desde el punto de vista material, a la acción extraordinaria de protección. A pesar de ello, es evidente también, que como consecuencia de la constitucionalización de la que ha sido objeto todo el aparato jurisdiccional, no sólo la Corte Constitucional es el órgano llamado a velar por el ejercicio y protección de los derechos constitucionales en la sustanciación de un proceso; por el contrario, dicha labor es responsabilidad y deber de todos los administradores de justicia del país a partir de los mecanismos jurisdiccionales pertinentes. Es el caso, por ejemplo, del derecho reconocido en el artículo 76, numeral 4 de la Constitución, cuya protección también compete a los órganos de la justicia ordinaria. Segundo, esta Corte no puede dejar de advertir cuál es la diferencia entre una eventual actuación u obtención probatoria lesiva de la Constitución, y la valoración probatoria que podría efectuarse en violación de la ley y la Carta Fundamental. En el segundo caso, es evidente, tal como se mencionó en la consideración precedente, que la valoración involucra un asunto atinente a la sana crítica del juez respecto a la prueba actuada por las partes procesales. Por consiguiente, se constituye en un asunto de legalidad que no forma parte del ámbito material de procedencia de la acción extraordinaria de protección y que es de competencia privativa de la justicia ordinaria. Con respecto a la actuación u obtención de pruebas, en tanto momento procesal previo a la valoración de las mismas por parte de la judicatura, este sí se constituye como un problema de relevancia constitucional siempre que se identifiquen vulneraciones a

preceptos constitucionales en los términos previstos en el numeral 4 del artículo 76 de la Constitución (...) (Sentencia Nro. 022-10-SEP-CC, 2010).

En efecto, la valoración corresponde a una acción exclusiva del juzgador de la causa, en la que se analiza porque dar mayor valoración a una prueba que a otra, por el contrario, al obtención y actuación de pruebas corresponde a un momento procesal anterior, en el que debe garantizarse a las partes su derecho a la igualdad y a todas aquellas garantías que guarden relación con su legítimo derecho a la defensa. Solo de esta forma, se puede tener una prueba como válida y sin causar lesividad al marco constitucional.

La expedición de una decisión motivada. Si bien la motivación, dentro de la legislación ecuatoriana es parte de las garantías del derecho a la defensa, también constituye un elemento esencial de la tutela judicial efectiva y adicionalmente forma parte del contenido esencial del derecho de petición reconocido en la C.E., en el numeral 23 de su Art. 66, el cual no abarca únicamente la posibilidad de realizar un requerimiento, sino de que este sea resuelto; y, todas las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas, conforme la Constitución, teniendo en cuenta que esta se constituye cuando se señalan las normas o principios con injerencia en los hechos presentados y que permiten resolver el conflicto jurídico, buscando de esta forma que la decisión no sea arbitraria.

“La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho con en que el juez apoya su decisión” (De la Rúa, 1991, p. 146) ; se puede establecer que no se trata de un simplemente requisito de forma, sino de la fundamentación de la sentencia; que no corresponde a un expediente explicativo, por el contrario, fundamentar la decisión no es igual a explicarla, en tanto que, para cumplir con la fundamentación es obligatorio justificar los motivos por cuales se ha llegado a cierto razonamiento, analizando los hechos fácticos y la

norma; explicar conlleva únicamente la indicación de los motivos o antecedentes que causan una acción.

“Si arbitrariedad indica voluntad no gobernada por la razón, significa un acto o una omisión carente de razonabilidad” (Soto, 1982, p. 188). En definitiva, la arbitrariedad en el ámbito jurídico consiste en la mayor tiranía por parte de los administradores de justicia y es el equivalente a la falta del nexo causal requerido entre los hechos y la norma aplicable, de tal forma que las partes puedan conocer como se ha llegado a la conclusión o solución a la controversia. La motivación es consecuente con la seguridad jurídica, pues constituye el único mecanismo de medir la tutela judicial anhelada, de otra forma y sin motivación no tendría sentido activar el aparato judicial, pues el resultado no tendría el fruto pretendido de la justicia.

Cabe resaltar que la motivación no consiste ni debe consistir en una mera declaración de conocimiento, menos en una manifestación de voluntad, sino que ésta ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas de litigio, para el interesado, destinatario inmediato, pero no único, y además, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la *ratio decidendi* de las resoluciones. Se convierte así, conforme expresan las mentadas resoluciones, en una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del Juez en la interpretación de las normas, se comprobará que la solución dada al caso sea consecuencia de la exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad (Sentencia Nro. 053-10-SEP-CC, 2010).

Como lo expresa la Corte Constitucional, no se trata de la posición del Juez frente al hecho, sino de aquella solución que concede en general el ordenamiento jurídico para ese hecho concreto, en el análisis y la concreción del conjunto de pruebas, que vez valoradas

conforman la decisión final sobre el tema controvertido. Bajo esta premisa, puede haber sobre un mismo caso, varias posibilidades de respuesta, pero la motivación constituye únicamente la que da la mejor solución al problema jurídico. No debe el juzgador, detenerse a revisar si una situación jurídica tendrá más de una decisión y que la misma dependerá de su voluntad, por el contrario, la norma contiene un solo camino, que será determinado en función de las pruebas evacuadas, de tal forma que se emita una sentencia con irrestricto respecto a las normas, sin que pueda quedar alguna posibilidad de haber tomado otra salida al problema jurídico propuesto.

Diligencias preprocesales

Existe un limitado estudio orientado al análisis concreto de las diligencias pre procesales, en el ámbito doctrinal, encontramos escasas obras de renombrados tratadistas que han profundizado en el estudio de la anticipación o el aseguramiento de la prueba, que, si bien no puntualiza nuestro análisis, nos ayuda a comprender la concepción real de las diligencias objeto de estudio, pues buscan precisamente desarrollar prueba anticipada. Siendo fundamental previamente entender o conceptualizar la importancia que mantiene la prueba en el proceso.

La Prueba en el proceso. En el mundo del proceso, la prueba se convierte en la esencia del mismo, al ser aquella que produce la certeza al juzgador, permitiéndole saber cómo sucedieron los hechos que se ventilan, para lograr subsumirlos en la norma. El objeto inmediato de la prueba es acreditar los hechos expuestos por las partes y permite la fundamentación de las decisiones optadas por el juzgador. Por su parte el objeto mediato de la prueba y el más importante es llegar a la realidad de los hechos, para la emisión de una sentencia en justicia.

Si las demás instituciones son la médula, el cerebro o el corazón del Derecho Procesal, la prueba encierra el sistema respiratorio del Derecho Procesal, puesto que su régimen de prueba es lo único que puede garantizar el contacto del proceso con el mundo exterior que lo circunda (Aragoneses, 1955, p. 497).

En efecto, aun cuando otras instituciones constituyen de alta importancia dentro de un proceso, ninguna es del nivel de la prueba; pues, así como el sistema respiratorio es el que da vida al ser humano, la prueba es la que permite que el proceso tenga principio y fin, sencillamente sin prueba no hay proceso, lo que se traduce en que la prueba equivale a aquello que da vida al proceso y sin la cual es imposible avanzar o tener un resultado que evidencie la verdad. Por ello la prueba fue definida “como la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza del juzgador respecto de los datos aportados por las partes” (Montero, 2007, p. 226). Entendiéndose que, sin certeza del juzgador, no habrá sentencia que alcance las pretensiones del accionante dentro del proceso, justamente es mediante la valoración de la prueba aportada al proceso, que el juzgador formará su *ratio decidendi*, buscando la solución correcta al problema presentado.

De la Oliva & Díez-Picazo (2004) se refirió a la prueba “como aquella actividad que desarrollan las partes con el tribunal para que adquiriera el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o para fijarlos como ciertos a los efectos de proceso” (p. 317). Efectivamente, la prueba, consiste en aquel sustento o soporte que se acompaña tanto en la demanda como en la contestación, que ajustada a una norma específica, resuelve un inconveniente jurídico, de ahí que, quien tenga la razón no será el que mayor pruebas aporte al proceso, sino aquel que aporte pruebas con las cuales se ajusten los hechos concretos y la norma. En este contexto, la sentencia siempre deberá contener la valoración y análisis de cada prueba, sin las cuales no se podría obtener una decisión.

La prueba es necesariamente vital para la demostración de los hechos en el proceso; sin ella la arbitrariedad sería la que reinaría. Al juez le está prohibido basarse en su propia experiencia para dictar sentencia; ésta le puede servir para decretar pruebas de oficio y, entonces, su decisión se basará en pruebas oportuna y legalmente recaudadas. Lo que no está en el mundo del proceso, recaudado por los medios probatorios, no existe en el mundo para el juez (Parra, 2011, p. 73).

En consonancia con lo que hemos señalado, siendo la prueba la esencia que permitirá la emisión de una sentencia justa, el juzgador debe ser el mayor interesado en tramitar y verificar que a lo largo del proceso, y principalmente en el anuncio y evacuación de pruebas se respete el derecho al debido proceso, traducido en el derecho a la defensa de las partes, mediante el cual, actor y demandado, necesitan mantener una igualdad de oportunidades al momento de pedir y obtener las pruebas necesarias para el ejercicio de sus derechos.

Diligencias preprocesales para anticipar prueba. La legislación ecuatoriana, ha establecido diligencias preparatorias para el aseguramiento de prueba que pudiere perderse y diligencias preprocesales para anticipación de prueba que deba ser acompañada en libelo inicial de demanda a contestación en materias no penales. No obstante, la diligencia pre procesal, de la que buscamos su análisis, es aquella tendiente, a anticipar la prueba, no por una cuestión de aseguramiento, sino porque con el actual sistema procesal es obligatorio acompañar toda la prueba desde la demanda. De ahí, que ya no se convierte en un mecanismo de salvaguardar la misma por algún defecto, sino más bien, en la necesidad de contar con la misma desde un inicio, teniendo la misma que cumplir con todas las garantías de las que se enviste la prueba dentro de un proceso.

El anticipamiento de la prueba, ciertamente resulta peligroso para el proceso, pues justamente es la prueba, aquella que le da vida al proceso, sin la cual, la demanda, sea cual fuere, no tendría asidero alguno. Pues como afirmó Devis Echandía (2017): “son fuentes de la

prueba aquellos hechos divisados por el juzgador y que los llevan a la convicción de los hechos que se necesitan probar.” (p. 29), por constituirse los medios de prueba, aquellos que permitirán insertar las fuentes u objetos de prueba, para finalmente obtener una decisión fundada en los mismos.

Por su parte, Barona Vilar (1999), al tratar las diligencias preliminares las consideró a éstas como “un acto de jurisdicción voluntaria y no como un verdadero proceso, esto en cuanto, se trata de requerimientos que se efectúan mediante solicitud, no por demanda, y guardan conexión procesal con un verdadero pero presunto proceso futuro”. (p. 401). Esta premisa, no precisa si los requerimientos refieren a prueba anticipada o no, pero si plantean la importancia doctrinal de que quien las atiende sean los jueces que conocerán el futuro litigio.

En sentido estricto cuestión incidental es aquella que, estando en conexión con el objeto del proceso o con el proceso mismo, y siendo en todo caso competencia del juez o tribunal que conoce de la cuestión principal o fondo del asunto, da lugar a un procedimiento y a una resolución propia (Montero, 2019, p. 42).

En línea común de los tratadistas citados, se entiende o denota que aquella anticipación de un acto procesal, debe ser tratada por intermediación por aquel juzgador que atenderá el fondo del asunto, este debe ser el eje de la causa incidental, preliminar o pre procesal que busque anticipar la prueba, pues permite que quien tome una decisión final de la causa, sea quien promueva, otorgue y evacúe los medios probatorios que introducirán fuentes y objetos de prueba, que finalmente “son el instrumento, cosa o circunstancia en los que el juez encuentra los motivos de su convicción” (Alsina, 1963, p. 230).

Diligencias preparatorias para aseguramiento de prueba. Sobre la importancia de asegurar la prueba, Parra Quijano (2011) señaló que: “no poder asegurar la prueba, en caso de riesgo de pérdida de la misma, es igual a negar el derecho” (p.111); en efecto, lo que resulta

igual a no tener acceso a la justicia y por consiguiente a no salvaguardar la garantía de la tutela judicial efectiva. Sin embargo, para que hablemos de vulneración de la tutela judicial, es primordial que se pueda justificar el riesgo o peligro de que la prueba desaparezca.

Desde el punto de vista práctico, las pruebas judiciales anticipadas se disponen ante la necesidad de asegurar una prueba que, por el transcurso del tiempo y el cambio de los hechos y situaciones, no podría practicarse, o su práctica no arrojaría los mismos resultados (...) (Sentencia Nro. C-830/02, Corte Constitucional de Colombia, 2002).

Criterio consonante con los demás autores, en el que se explica la necesidad del anticipamiento de prueba con la única finalidad de asegurarla por existir urgencia en que la prueba pueda perderse, pero de ninguna manera como actividad general y común para todos los procesos, como se analizará más adelante en el análisis del Código Orgánico General de Procesos ecuatoriano. Pues tiene como finalidad esencial, como lo explicó Picó I Junoy (1996) que: "*la ratio de la prueba para perpetua memoriam* es evitar que las partes no puedan justificar las circunstancias principales que cimenten sus pretensiones" (p.171).

El derecho a la prueba puede ser definido como el derecho de las partes de influir sobre la determinación judicial de los hechos, por medio de todas las prueba relevantes, directas y contrarias de las que se dispone (Taruffo, 1984, p.106); al referirnos al derecho de las partes, debemos entender también que anticipar la prueba, no debe dejar de lado el derecho de aquellas partes dentro de un proceso previo y por lo tanto de que se respeten sus derechos de inmediación y de contradicción, sobre todo al momento de solicitar, reproducir y evacuar la prueba dentro de una causa.

Diligencias Preprocesales COFJ. Dentro de las competencias determinadas para los jueces de contravención en el COFJ, en su numeral 4, se establece la de atender las diligencias preprocesales de prueba, tanto en materia penal como civil (Asamblea Nacional, 2009);

siendo de interés del presente trabajo aquellas que refieren a las diligencias preprocesales de prueba en materia civil, sobre las cuales, en el resto de la legislación ecuatoriana no existe un procedimiento determinado para la evacuación de las mismas. Lo que, si queda claro, es que las pruebas preprocesales civiles deben ser atendidas por un juez distinto al que conoce a causa principal, incumplimiento con el principio de inmediación.

En la práctica, estas diligencias son atendidas sin hacérselas conocer a la contraparte, por lo general sirven para la obtención de pruebas provenientes de instituciones públicas o privadas, que no proporcionan información, sino es mediante requerimiento judicial, como es el caso, de información del Servicio de Rentas Internas, de la Superintendencia de Bancos, entre otras. También suelen ser utilizadas para la obtención del domicilio de la contraparte del proceso principal, para de ser el caso, lograr justificar el desconocimiento del domicilio. Inician con una petición, la que en primera providencia es atendida o negada de plano, de ser atendidas de forma favorable, se emiten los oficios, y una vez que la institución contesta, todo el proceso es entregado al peticionario inicial.

En términos generales, la forma en que se vienen evacuando las diligencias preprocesales de prueba civil determinadas en el COFJ, incumple con el debido proceso, al no notificar a la contraparte las pruebas que se van a actuar; pero, sobre todo, no concede la posibilidad de efectuarlas o solicitarlas a la parte demandada, pues tal como señala la norma, estas diligencias se realizan de forma previa al proceso y sin que la contraparte tenga conocimiento de tal requerimiento y del proceso posterior que se impondrá en su contra, no otorga la posibilidad de que el demandado también efectúe diligencias preparatorias de su defensa. Incumpléndose con el principio de igual de las partes.

Diligencias Preparatorias COGEP. El COGEP ha establecido todo un Título para determinar la aplicación, presentación y calificación, procedimiento y enumeración de las diligencias preparatorias para materias no penales, a partir del Artículo 120, contiene que:

Todo proceso podrá ser precedido de una diligencia preparatoria, a petición de parte y con la finalidad de: 1. Justificar la legitimación activa o pasiva de las partes. 2. Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse (...) (Asamblea Nacional, 2015).

Según la norma procesal general estas diligencias preparatorias deben tener únicamente dos finalidades, la primera que guarda relación con la capacidad, corresponde a la legitimación de las partes, que consiste en las condiciones necesarias y concretas que permiten participar de un proceso, en atención al derecho material que se pretende accionar. La segunda, que refiere a la prueba urgente por riesgo de pérdida, que justamente comprende nuestro objeto de estudio, aunque no se permite actuar todo requerimiento de prueba, sino de manera exclusiva aquellas que estuvieran con riesgo de pérdida. A diferencia de las diligencias preprocesales contenidas en el COFJ, éstas deben ser atendidas por el juzgador que conocerá la demanda del juicio principal, en efecto cumplen con el principio de inmediación.

En relación a la forma de presentación y calificación, el COGEP señala: El solicitante señalará los nombres y apellidos de la persona contra quien promoverá el proceso, el objeto del mismo y su finalidad concreta. El juzgador procederá a la calificación del requerimiento y dispondrá o rechazará su práctica. En el primer caso dispondrá la citación a la persona contra quien se la pide y se señalará día y hora en que se efectúe la diligencia. La contraparte podrá, oponerse a la misma o solicitar una modificación o ampliación (Asamblea Nacional, 2015, p.p. 47-78).

La segunda diferencia de las diligencias preparatorias del COGEP con las preprocesales contenidas el COFJ, corresponde a la citación que debe realizarse a la persona contra quien se propone el acto solicitado, que permite el cumplimiento de la igual de partes. Adicionalmente las diligencias preparatorias permiten que la contraparte conozca el objeto de la diligencia previa y su finalidad, que corresponde al juicio principal que se interpondrá. Por

otro lado, concede la posibilidad al demandado de oponerse a la misma, sobre lo que el juez deberá resolver, por tanto, dicha oposición debe estar debidamente fundamentado, caso contrario, no puede ser tomada en cuenta por el juzgador; asimismo, el demandado podrá solicitar la modificación o ampliación, de la diligencia requerida por la parte actora.

Finalmente, el procedimiento también establece la posibilidad de la apelación, para ambas partes, evidenciándose una clara desventaja, pues en el caso de que apele el demandado, el actor podrá iniciar el juicio de manera inmediata y solo en caso de dictarse sentencia en su contra, procederá el recurso, por el contrario, si quien apela es la parte actora, la apelación es con efecto suspensivo.

CAPÍTULO METODOLÓGICO

En el presente capítulo se exponen las características del marco metodológico de la presente investigación, al que se reconoce con un enfoque cualitativo. Los alcances de los mismos buscan lograr una propuesta que permita mejorar el sistema de administración de justicia por y para quien acuden al aparato judicial. Se sitúa como un tipo de investigación no experimental y transversal, con métodos teóricos y empíricos concretos.

En la elaboración de este trabajo se proponen dos componentes en la metodología, primeramente, la construcción de un marco conceptual sobre el alcance y límites de la tutela judicial efectiva y de las diligencias preprocesales; y, en segundo lugar se examina la aplicación de las diligencias preprocesales por parte de juzgadores, mediante la realización de entrevistas y un estudio de providencias de casos concretos, para finalmente analizar el contenido de la norma en la legislación ecuatoriana.

Metodología

Esta investigación tiene un enfoque cualitativo. Su objetivo es el de proporcionar comprensiones más completas de los fenómenos sociales, permite el análisis del objeto y campo de estudio mediante categorías expuestas en el marco teórico, mediante la descripción y la identificación de “problemas concretos de coherencia, ambigüedad y vaguedad de las normas procesales” (Ragin, 1998, p. 150). Mediante este enfoque se analizará la norma procesal en materias no penales, que regulan el procedimiento de las diligencias preparatorias, norma procesal que contiene las diligencias preprocesales, así como demás normativa que guarda injerencia con las mismas.

En igual sentido y una vez efectuado el análisis de las normas procesales, se efectuarán análisis de providencias que guarden relación con la atención de diligencias preprocesales y el despacho de jueces en materias no penales inherentes a la atención de estas diligencias, a fin de verificar concretamente los antecedentes empíricos presentados y las

demás realidades que se presenten, para evidenciar las semejanzas y diferencias encontradas, sobre la diversidad de las normas analizadas, en la búsqueda de encontrar la mejor solución al problema planteado.

Finalmente, también se analizará en criterios de jueces de contravenciones y de materias no penales en la ciudad de Machala, respecto de las diligencias preprocesales, para tener un acercamiento a la realidad de lo que ellos despachan en cada caso, verificando los procedimientos y problemas presentados en la práctica al requerirse el despacho de las diligencias preprocesales.

Mediante este diseño de investigación se busca analizar el objeto de estudio que es la Tutela Judicial Efectiva, con análisis de la norma y marcos conceptuales, para su cumplimiento en el despacho de las diligencias preprocesales. Es por ello, que el enfoque metodológico no es estático, sino, que se va alimentando a medida que avanza la investigación, mediante un proceso que se denomina retroducción, que consiste en el dialogo que existe entre la teoría y los datos obtenidos.

Alcance de la investigación

El alcance de la presente investigación es exploratorio, descriptivo, y explicativo. Exploratorio porque permite incursionar en un territorio sobre el que recientemente se han generado ambigüedades con la implementación del COGEP, respecto de las diligencias preprocesales de anticipamiento de prueba. Es preciso analizar el nacimiento de las diligencias referidas en el COFJ y la razón de ser de las mismas, verificando que en las mismas no se vea afectada la tutela judicial efectiva, a partir de un análisis conceptual de objeto y campo de estudio.

Para explorar este objeto y campo de estudio, se dispone de un amplio espectro de medios para recolectar datos a partir de una bibliografía especializada, estudios previos,

entrevistas y análisis documental de providencias y de la norma para permitirnos evidenciar la existencia de vulneración de la tutela judicial en la práctica de las diligencias preprocesales.

Esta investigación es descriptiva porque se pretende llegar a caracterizar todos los elementos jurisprudenciales y presupuestos doctrinales de la Tutela Judicial Efectiva y Diligencias preprocesales. La meta no se limita a análisis de documentos y datos obtenidos de entrevistas, sino a la predicción e identificación de las relaciones que existen entre todas las unidades de análisis. Además, permite la caracterización de los procedimientos, características y demás particularidades del campo de investigación, que conlleva abstraer todos los aspectos y relaciones del objeto de estudio en la actividad práctica jurídica.

Finalmente, la presente investigación tiene un alcance explicativo porque busca encontrar las razones o causas que ocasionan el fenómeno estudiado. Su objetivo último es explicar por qué se presentan ambigüedades en la atención de la Diligencias preprocesales y la incidencia de su práctica en la vulneración de la tutela judicial. Los estudios de este tipo implican esfuerzos del investigador y una gran capacidad de análisis, síntesis e interpretación del fenómeno investigado y la realización permite contribuir al desarrollo del conocimiento científico.

Métodos Teóricos

Para fundamentar el marco teórico es necesario métodos propios de las ciencias sociales que permitan abrir una perspectiva diferente de investigación tanto teórica como experimental. Por lo tanto, se utilizará el método Histórico-lógico: ya que lo histórico está relacionado con el estudio de la trayectoria real de los fenómenos y acontecimientos en el decursar de una etapa o período, así como en la elaboración de las normas que se enfrentan a nuevas realidades. El Método Sistematización jurídico doctrinal permitirá aportes en la construcción de la investigación tanto para el objeto como para el campo de estudio, así como con el sustento emitido por jueces en el despacho de providencias en cada caso.

El Método de análisis-síntesis; que conlleva el desintegrar, un todo en sus partes para estudiar en forma intensiva cada uno de sus elementos, así como sus relación entre sí y con el todo, tal como se ha desarrollado con el estudio del objeto de estudio, esto es, con la tutela judicial efectiva, pues se ha analizado cada uno de sus componentes, para establecer aquellos que vienen faltando en el desarrollo de las diligencias preprocesales, de tal forma que con la información que se proporciona en el análisis documental y de la norma, así como con el conjunto de entrevistas, se puede obtener una respuesta al problema planteado. En definitiva, con el presente trabajo de investigación se persigue profundizar en los aspectos teóricos y prácticos de las diligencias preprocesales determinadas en el COFJ, de ahí que se apele a métodos como el histórico-jurídico, el jurídico doctrinal, y el análisis-síntesis.

Métodos Empíricos

Para caracterizar y diagnosticar la problemática presentada en el campo de estudio de la presente investigación, se utilizan los métodos de análisis documental, entre los que tenemos: de la normativa relacionada al objeto y campo de estudio, como de providencias emitidas por jueces de contravenciones y por jueces de materias no penales, que guardan relación con la práctica de las diligencias preprocesales; y, también se realizarán entrevistas a profundidad a jueces en materias no penales y de contravenciones, sobre el ejercicio de sus competencias en relación con las diligencias preprocesales.

Categorías, Dimensiones, Instrumentos y Unidades de Análisis

Dentro del contenido de la Tutela Judicial Efectiva, como objeto de estudio, analizaremos el cumplimiento de esta, puntualmente sobre sus elementos: acceso a la justicia y procesamiento de la petición, dentro de la práctica de las diligencias preprocesales. Para caracterizar y diagnosticar la problemática presentada en el campo de estudio de la presente investigación, se toma como instrumento el análisis documental, pues este nos permitirá conocer tanto el alcance de la norma así como la realidad en la atención de las diligencias

preprocesales dentro de las providencias emitidas por jueces de contravenciones y por jueces de materias no penales, lo que resulta en trascendental para verificar o resolver la problemática planteada y confirmar la existencia de la misma. También se realizarán entrevistas a profundidad a jueces en materias no penales y de contravenciones, sobre el ejercicio de sus competencias en relación con las diligencias preprocesales, lo que será eficaz para validar la presente investigación con criterios de expertos, válidos y confiables.

Tabla 1

Métodos Empíricos -CDIU

Categorías	Dimensiones	Instrumentos	Unidades de análisis
Tutela Judicial Efectiva	Diligencias Preprocesales	Análisis documental	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución de Ecuador, Artículo 75. • COFJ, Artículo 231, numeral 4. • COGEP, Artículos 120, 121, 122, 123, 142.7.8, 143.5. • Providencias emitidas por jueces en materias no penales. • Providencias emitidas por jueces de contravenciones, en la práctica de diligencias preprocesales.

		Entrevista a profundidad	<ul style="list-style-type: none"> • Jueces en materia no penales. (3) • Jueces de Contravenciones. (3)
--	--	--------------------------	---

Gestión de datos

El análisis concreto de la norma tanto de las Tutela Judicial efectiva como de las diligencias preprocesales, es esencial, pues permite conocer las dificultades o realidades presentadas en la misma, para sobre su análisis, pasar al examinar las providencias emitidas por los juzgadores en el desarrollo de estas diligencias de anticipamiento de prueba, mediante la cual se puede observar la existencia real o no de la vulneración de la tutela judicial en su práctica. Por su parte, las entrevistas realizadas proporcionarán datos para hacer tanto inferencias como análisis factoriales sobre la base de los resultados anteriores del análisis documental. Dejando sentado que para la obtención de tales resultados es obligatorio un buen basamento teórico y normativo.

Criterios éticos de la investigación

La ética es, ante todo, filosofía práctica, cuya tarea no es precisamente resolver conflictos, pero sí plantearlos. Ni la teoría de la justicia ni la ética comunicativa indican un camino seguro hacia la sociedad bien ordenada o la comunidad ideal del diálogo que postulan. Y es precisamente ese largo trecho que queda por recorrer y en el que estamos el que demanda una urgente y constante reflexión ética. La presente investigación se ciñe en un criterio ético tanto de la investigadora, como de los entrevistados, para las cuales se han solicitados las autorizaciones correspondientes (*Ver Anexo A*); así como de la revisión documental de providencias emitidas por juzgadores, quienes actúan en su ejercicio jurisdiccional con ética en cada uno de sus casos, en tanto que en los resultados se puede obtener un razonamiento coherente.

La investigación cualitativa comparte muchos aspectos éticos con la investigación convencional. Así, los aspectos éticos que son aplicables a la ciencia en general son aplicables a la investigación cualitativa. Lo que puede decirse de las relaciones de la ciencia con los valores de verdad y justicia se aplica correctamente también a esta modalidad de investigación, en efecto se ha cumplido con este criterio que tiene un enfoque pragmático hacia el debido proceso en todas las etapas, inclusive en las previas.

Finalmente, *la metodología planteada permite lograr con el objetivo general del estudio*, pues del mismo se concluye la forma en la que deberían plantearse las diligencias preprocesales para alcanzar la no vulneración de la tutela judicial efectiva proponiendo un proyecto de reforma al COGEP, que delimite y establezca un procedimiento respecto de las referidas diligencias, de tal forma que se ajusta a la norma constitucional y no se ocasione tal vulneración.

CAPÍTULO DE RESULTADOS

El análisis documental y entrevista a profundidad, en su orden, permiten alcanzar los objetivos específicos planteados, pues del análisis de la norma se permite analizar el contenido, límite y alcance de la Tutela Judicial Efectiva como principio constitucional y de las diligencias pre procesales. Por su parte al estudiar las providencias de juzgadores se puede examinar la aplicación de las diligencias pre procesales por parte de los Juzgadores. Mientras que las entrevistas a profundidad permitirán implementar un procedimiento y delimitación de las diligencias preprocesales de prueba en materias no penales, mediante una reforma al Código Orgánico General de Procesos.

Análisis Documental

A continuación, se presentan los artículos de la Constitución, COFJ, COGEP, en consonancia con la investigación, y su respectivo análisis que resultan relevantes porque hilvanan aspectos sustanciales que permiten dar respuesta a los objetivos planteados, además del análisis documental de providencias emitidas por Jueces de Contravenciones y Jueces en materia no penales.

Constitución de la República del Ecuador, Artículo 75

En el Ecuador se reconoce el acceso sin costo a los órganos de justicia y una tutela efectiva, imparcial y expedita de derechos e intereses, lo que se había revisado como parte del objeto de estudio, el poder presentar una petición de derecho, que esta sea proceda, respetándose durante su tramitación las garantías básicas de un debido proceso, para obtener una decisión motivada y que la misma pueda ser ejecutada, que la misma sea ágil y siempre atendida por un juez imparcial. La tutela judicial efectiva, es justamente el cumplimiento de todos sus requisitos contenidos en el Artículo 75 de la Carta Magna, siendo un deber y obligación del Estado con todos sus ciudadanos.

Código Orgánico de la Función Judicial, Artículo 231, numeral 4

El COFJ dispone que, como parte de las competencias de los jueces de Contravenciones, estos atenderán diligencias previas de prueba material, tanto civiles como penales, siendo ésta la única disposición normativa que se refiere a actos previos para anticipar prueba de forma general, en materia civil, pues no existe regulación alguna respecto al procedimiento que de llevarse a efecto para su tramitación. Esta diligencia como su nombre lo indica debe ser presentada de forma previa al inicio de un proceso principal y su principal finalidad es la obtención de las pruebas que debe ser incorporada y anunciada en el acto de proposición.

Esta norma libera a un grupo de jueces de esta actividad, pero recarga a otros con la misma, genera que un funcionario que nada tiene que ver con el proceso verifique, si el requerimiento de prueba previa es o no procedente, vulnerando de alguna manera el principio de inmediación con relación al juicio principal, pues, aun cuando esta documentación ingresa al juicio principal a ser verificada y revisada por el juzgador principal, la prueba previa se llevó a cabo sin la intromisión de éste, que es, el dueño del proceso y a quien le corresponde resolverlo.

Código Orgánico General de Procesos, Artículos 120, 121, 122, 123, 142.7.8, 143.5.

El COGEP, dentro de su Libro II, establece el Título II, para abarcar todas disposiciones referentes a las diligencias preparatorias, las que se consideran como tal por mantener las siguientes finalidades: a) determinar legitimación de las partes; y, b) Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiese perderse. En efecto, no permiten la práctica de todo medio prueba, sino únicamente aquel, del que haya riesgo de pérdida, deterioro o del que por alguna razón no pueda ser practicado con posterioridad. Las características principales de estas diligencias, son la siguientes: 1) la solicitud deberá contener los nombres completos contra quien se propondrá el juicio principal, el objeto del mismo y la finalidad de acto que se requiere. 2) En la

calificación de dispondrá la citación de la contraparte. 3) El demandado podrá oponerse a la petición o pedir su modificación o ampliación. 4) la providencia que confiera el acto solicitado, una vez opuesto, podrá ser apelado. En igual sentido, si el acto es negado, dicha providencia también podrá ser apelada. 5) El Juez que conocerá del juicio principal será el competente para atender la diligencia preparatoria.

Las características descritas, hacen notar, que las diligencias preprocesales establecidas en el COFJ y las diligencias preparatorias del COGEP, no pueden ser entendidas como sinónimos, pues las mismas, tienen particularidades contrapuestas, empezando por quien las atiende y por su finalidad concreta. Esta ambigüedad de términos en las normas, ha generado confusión al momento de atenderlas por parte de los Juzgadores.

Por otra parte, en el COGEP, se establecen los requisitos que deben contener los actos de proposición, en los que se establece, que se debe incorporar y anunciar todos los medios de prueba con los que se cuente. Se señala que, en caso de no tener acceso a las pruebas documentales o periciales, deberá requerirse las medidas pertinentes para su práctica, lo que deberá presentarse debidamente fundamentado. En este sentido, podría no iniciar una diligencia preprocesal para ante una negativa de documentación, requerirle al juez principal que conforme dispone la norma, disponga la práctica de aquella prueba a la que no tuvo acceso. Debería el Juzgador de la causa principal, una vez justificado documentadamente la falta de acceso a determinada prueba, ordenar la práctica de prueba requerida por actor o demandado, sobre la que no se puede acceder.

La norma, en definitiva, contempla la posibilidad, de actuar la prueba de manera directa con el juez principal, siempre que se justifique de manera fundamentada la petición; siendo así y cumpliéndose esta norma, las diligencias preprocesales perderían su razón de ser, pues se ahorraría bastante tiempo en la práctica de las referidas diligencias.

Providencia emitida por Jueza de Unidad Judicial de Trabajo con Sede en el cantón Machala, causa 07371-2016-00595, de fecha 18 de julio de 2016. (Ver Anexo B).

(...) Revisada ésta, se observa que no cumple los requisitos señalados en los artículos 142 numeral 7 y 143 numeral 5 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Por lo expuesto, previo a admitir la demanda a trámite, de acuerdo a lo establecido en el artículo 146 del COGEP, inciso segundo, se dispone que, dentro del término de tres días, el accionante la complete, específicamente en los siguientes requisitos: señalando los hechos sobre lo que declararan los testigos, la contestación al oficio debido a que esta Autoridad no le corresponde oficiar (...)

En contraposición con el análisis que veníamos realizando a la norma, presentada una demanda, el Juzgador dispone que la parte actora la aclare, en cuanto a un requerimiento de oficios realizados como anuncio de prueba, los que debían estar dirigidos al Servicio de Rentas Internas y a la Superintendencia de Bancos, Instituciones de las que se requiere el auxilio judicial por disposición legal que así lo dispone en ambos casos y que fue fundamentado dentro de la demanda, sin embargo, la Juzgadora sin mayor análisis, señala en providencia que no le corresponde la emisión de oficio. No aplicando o interpretando de forma distinta lo contenido en los numerales 7 y 8 del Artículo 142 del COGEP, vulnerando de esta forma, la tutela judicial efectiva, en el procesamiento de la petición.

Guarda relación el campo de estudio, las diligencias preprocesales, pues justamente, el juzgador de la causa principal, busca que la prueba sea obtenida mediante la práctica de dichas diligencias, surgiendo una nueva interrogante, que sería ¿en qué casos debería aplicarse la norma dispuesta en el Artículo 142, numerales 7 y 8?

Providencia emitida por Jueza de Unidad Judicial de Garantías Penales con Sede en el cantón Machala, causa 07283-2017-04937G, de fecha 22 de septiembre de 2017. (Ver Anexo C).

(...) Incorpórese al expediente el escrito presentado por Orly Bukmar Escalante Ligua, en el que manifiesta que la información solicitada servirá para incorporarla como prueba en un proceso laboral que se encuentra sustanciando, habiéndose presentado la apelación respectiva, se ha anunciado la misma para ser practicada en audiencia en segunda instancia; en atención al mismo se observa que la información requerida constituirá medios de prueba dentro de un proceso ya iniciado, en el cual existe una etapa de prueba; debiendo recordar al peticionario que las diligencias preprocesales tiene como finalidad lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 121 del Código Orgánico General de Procesos, ante ello no se atiende lo peticionado por el recurrente (...).

En efecto, la presente providencia, recalca que, al existir un proceso ya iniciado, la diligencia preprocesal resulta improcedente, pues como su nombre lo indica, esta se desarrolla previo al proceso. Por consiguiente, no podría ser utilizada para recabar prueba material para segunda instancia, pero sobre todo, tampoco podría ser interpuesta por el demandado, en el sentido de que este se entera del desarrollo de la misma, con la citación del juicio principal, por tanto, se interpretaría que las mismas están destinadas de forma exclusiva a la parte actora.

El Juzgado, para rechazar la práctica de la diligencia en referencia, además de señalar que el proceso principal ya ha iniciado, también cita el artículo 121 del COGEP, señalando la supuesta finalidad de la diligencia, creando una gran confusión, pues del análisis que se ha venido realizando ha quedado claro, que las diligencias preprocesales del COFJ, son para cualquier tipo de prueba material civil o penal y son atendidas por los jueces de contravenciones, mientras que las diligencias preparatorias, son destinadas de forma exclusiva

a aquella prueba que pueda perderse y son atendidas por el juez que atenderá la causa principal. De tal forma, que los términos, como habíamos dicho, general vaguedades que afectan, la tutela judicial.

Providencia emitida por Juez de Unidad Judicial Civil con Sede en el cantón Machala, causa 07333-2018-01326, de fecha 15 de octubre de 2018. (Ver Anexo D).

(...) o en su defecto dentro del mismo término justifique en legal y debida forma mediante documentación estar realizando las gestiones necesarias a fin de determinar la individualidad del domicilio o residencia del referido demandado cuya información se debe RECABAR DIRECTAMENTE ante las entidades respectivas y/o DE NO PODER TENER ACCESO, LOS PODRÁ OBTENER APLICANDO lo dispuesto en el Art. 231 del Código Orgánico de la Función Judicial, que tienden a recabar la prueba material en material penal y civil (...).

Al contrario de la providencia que se revisó en líneas anteriores, el juez de la causa principal dispone a la parte actora, que para recabar la información que necesita justificar, lo haga mediante el requerimiento de una diligencias preprocesal, situación que se la dispone una vez iniciado el juicio principal, lo que resulta un exceso de la autoridad jurisdiccional, pues mientras la Unidad Judicial Civil, lo envía al Juez de Contravenciones, éste último, le indica que el proceso ya inició y que quien debe atenderle es el Juez del Juicio Principal, restando de esta forma, el acceso a la administración de justicia, al no continuar con el trámite y no ejercitándose un debido proceso.

Providencia emitida por Jueza de Unidad Judicial de Garantías Penales con Sede en el cantón Machala, causa 07283-2018-07505G, de fecha 13 de noviembre de 2018. (Ver Anexo E).

(...) y hace conocer que se está tramitando en contra del ciudadano Juan Gabriel Cevallos Carvajal un juicio de procedimiento ejecutivo por cobro de dinero (letra

de cambio), signado con el Nro. 07333-2018-01326 en la Unidad Judicial Civil con sede en esta ciudad de Machala, por lo que en atención al mismo dispongo: El Código Orgánico General de Procesos en su artículo 120 manifiesta: “*Art. 120.- Aplicación. Todo proceso podrá ser precedido de una diligencia preparatoria, a petición de parte y con la finalidad de: 1. Determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso. 2. Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse. La o el juzgador que conozca la diligencia preparatoria será también competente para conocer la demanda principal*”; bajo esta argumentación por existir una causa ya iniciada la presente solicitud deberá ser presentada ante el juez que conoce la causa, puesto que de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del Art. 231 del Código Orgánico de la Función Judicial, la suscrita jueza es competente para conocer diligencia preprocesal, es decir, previo a que exista una causa, en consecuencia al amparo de lo establecido en los Art. 75, Art. 76 No. 1 y Art. 82 de la Constitución de la República en relación con el Art. 23 y 25 del Código Orgánico de la Función Judicial, se INADMITE la diligencia solicitada (...).

Una vez más, se puede observar que los Jueces de Contravenciones, manifiestan que, al existir un proceso ya iniciado, la diligencia preprocesal no procede, pues como ya se había mencionado, esta se desarrolla antes de la existencia de un proceso principal. Dejando nuevamente la pauta, de que debe ser interpuesta por la parte actora, previo al inicio del proceso. No obstante, lo mencionado, el juzgador en la presente providencia hace referencia al artículo 120 del COGEP y lo cita, señalando que conforme el contenido de dicho artículo al haberse iniciado el juicio principal la presente solicitud deberá ser presentada ante el juez que conoce la causa, cuando el artículo 120 del COGEP, regula las diligencias preparatorias, que también son atendidas previo al inicio de la demanda principal, generando nuevamente confusión.

Providencia emitida por Jueza de Unidad Judicial Civil con Sede en el cantón Machala, causa 07333-2018-01326, de fecha 21 de noviembre de 2018. (Ver Anexo F).

(...) De conformidad con el Art. 231 del Código Orgánico de la Función Judicial, que tiene a recabar la prueba material en materia penal y civil, y toda vez que en el caso que nos ocupa, se solicita determinar la individualidad, el domicilio o la residencia del demandado a fin de justificar su juramento como lo exige el Art. 45 del COGEP, por cuanto las partes procesales son quienes deben aportar todas las pruebas y/o documentos que se estimen pertinentes para hacer valer sus derechos y excepcionalmente será el órgano judicial quien solicite la información (...).

En esta providencia se puede observar, que para el Juzgador, las partes en un primer momento deben incorporar la documentación necesaria para la prosecución del proceso, pues la excepcionalmente el órgano judicial solicitará la información, esto, no tiene sustento en alguna norma jurídica, únicamente el Juez hace referencia a que deben ser las partes quienes aporten la prueba, inclusive una vez más solicita que la parte actora active una diligencias preprocesal para dar cumplimiento a lo que se le está solicitando. Nuevamente, tenemos el escenario en el que el Juez de la Unidad Judicial Civil, deriva ciertos actos al Juez de Contravenciones, aun cuando el proceso ya ha iniciado, lo que constituye un error, pues ya hemos reiterado, dichas diligencias deben ser presentadas antes del inicio de un proceso principal, no durante ni después de evacuarse éste.

Providencia emitida por Jueza de Unidad Judicial de Garantías Penales con Sede en el cantón Machala, causa 07283-2018-08047G, de fecha 28 de diciembre de 2018. (Ver Anexo G).

(...) Dentro del trámite de diligencia preprocesal, agréguese al expediente escrito presentado por María de los Angeles Córdova Loayza, con la que manifiesta que

la información requerido es previo iniciar un juicio ejecutivo, asimismo señala en número de cedula de la de quien se requiere información 0704537398, una vez revisada la presente petición, dispongo elaborar los oficios solicitados, para que proporcionen la información solicitada (...)

Este corresponde a un ejemplo de una diligencia preprocesal atendida favorablemente, en la que el Juzgador, verifica para que será utilizada la información, cerciorándose si efectivamente servirá para ser incorporada en un juicio que aún no ha iniciado. Verificado este detalle, se dispone la elaboración de oficios para recabar la documentación solicitada, sin disponer que se cuente ni que se cite a la parte contra quien se presenta la misma. En efecto, el Juzgador verifica que se trate de un acto previo y dispone su práctica sin dilación ni objeción, encontrándonos frente a una clara muestra de desigualdad entre actor y demandado.

Esta desigualdad aumenta, cuando la norma tampoco prevé un tiempo para incoar el juicio principal, contado desde la obtención de estas pruebas preprocesales, por cuanto, mientras la parte actora, puede estar un año o más armando su estrategia de defensa y la demanda a plantearse, la parte demandada no se ha enterado de los actos previos que sirven de base y forma parte del proceso que se instaurará en su contra.

Entrevista a profundidad

Respuestas de Jueces de Contravenciones (3- Ver Anexos H, I y J)

1. ¿Existe un procedimiento determinado en la norma para la atención de diligencias preprocesales contenidas en el numeral 4 del Art. 231 del COFJ?

En contestación, los 3 jueces manifestaron que no existe un procedimiento determinado para las diligencias preprocesales; por tanto, ningún contestó que si existe.

2. ¿Determine el procedimiento que se efectúa en la actualidad para las diligencias preprocesales del COFJ?

- Si es procedente se acepta a trámite de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del Art. 231 del COFJ y se ordenan los oficios.
- Se verifica el contenido de la petición, en relación con los Artículos 120 y 122 del COGEP, califican y si es procedente se otorga y si no se niega.
- Se verifica si procede, en cuanto, a si está debidamente fundamentada, sino se trata de procesa que ya ha iniciado y la competencia del juzgador en cuanto a territorio y materia. Según eso, se califica o se archiva.

3. ¿Tienen alguna disposición de parte de la Escuela de la Función Judicial, para la tramitación de las Diligencias Preprocesales?

Los 3 jueces manifestaron que no han tenido ninguna disposición por parte de la Escuela de la Función Judicial para la tramitación de las diligencias preprocesales. De tal forma, que ninguno contestó que si tengan alguna disposición.

4. ¿Cómo parte del procedimiento se cita a la contraparte?

Los 3 jueces manifestaron que dentro del proceso, no se dispone la citación a la contraparte. Ninguno de ellos, señaló que si dispusiera la citación.

5. ¿Las diligencias preprocesales son atendidas favorablemente cuando un proceso ya ha iniciado?

Los 3 jueces manifestaron que cuando se presenta un requerimiento de diligencia preprocesales, cuando el juicio principal ha iniciado, la diligencia es negada de plano, es decir que no es atendida favorablemente. Ninguno de los jueces ha atendido la diligencia en dicho caso.

6. ¿Quién plantea las diligencias preprocesales actor o demandado?

Los 3 jueces manifestaron que por regla general estas diligencias son presentas por el actor, quien va a iniciar un proceso principal y que en el caso de que sea requerido por el

demandado, esta es negada en primer providencia, al tratarse de un proceso que ya ha iniciado.

7. ¿Coméntenos tres casos, en los cuales se haya negado el despacho de las diligencias referidas?
- Cuando el proceso ya ha iniciado (2).
 - Cuando son improcedentes, porque lo que están solicitando son el despacho de diligencias preparatorias (2).
 - Cuando no se ha agotado la diligencia de forma directa.
 - Cuando son requeridas para ser incorporadas en incidentes de juicios de alimentos.
 - En el caso de inspecciones judiciales, por principio de inmediación.
 - Cuando pueden ser obtenidas de forma directa por el peticionario.
8. ¿Cree usted que las diligencias preprocesales al ser atendidas por los jueces de contravenciones, afectan al principio de inmediación?

Los 3 jueces manifestaron que las diligencias preprocesales al ser atendidas por los jueces de contravenciones no afectan al principio de inmediación. Ninguno, señalo que se afectaría a dicho principio.

¿Por qué?

- Porque son previo al juicio, la inmediación se rompe cuando hay un juicio instaurado.
- Porque esa prueba va a ser contradicha en la Audiencia en el Juicio Principal.
- Porque son básicas para determinar domicilio y recabar documentos.

Respuestas de Jueces en Materias No penales (3- Ver Anexos K, L y M)

1. ¿Está de acuerdo con el despacho de diligencias preprocesales dispuestas en el numeral 4 del artículo 231 del COFJ, por parte de los jueces de contravenciones?

Los 3 jueces de materia no penales señalaron que no están de acuerdo con que las diligencias preprocesales sean atendidas por los jueces de contravenciones. Ninguno manifestó estar de acuerdo.

¿Por qué?

- Deben ser actuadas por el juez de la causa principal, se congestiona a un solo administrador de justicia, no hay acto jurisdiccional.
- Por su utilidad, no son útiles.
- Afecta al principio de inmediatez.

2. ¿Existe un procedimiento determinado en la norma para la atención de diligencias preprocesales referidas?

En contestación, los 3 jueces, manifestaron que no existe un procedimiento determinado para las diligencias preprocesales; por tanto, ningún contestó que si existe.

3. ¿Cuándo alguna de las partes procesales acompaña a sus actos de proposición diligencias preprocesales, verifica el procedimiento que se ha llevado a cabo en las mismas?

Los jueces señalaron: uno de ellos que, si procede a la verificación, otro que no procede a ninguna verificación pues no existe un procedimiento determinado y el tercer juez manifestó que no se le ha presentado ningún caso, para dar contestación a la interrogante.

4. ¿Cuándo alguna de las partes procesales requiere a Usted dentro de su anuncio probatorio el despacho de oficios para recabar información para justificar sus pretensiones, están son atendidas favorablemente?

Uno de los jueces señaló que sí y dos de ellos manifestaron que depende.

¿Por qué?

- Si, cuando ha justificado que no tiene acceso, agregando la negativa.
- Depende, cuando justifica el no tener acceso con la presentación de la petición previa y la negativa.

- Depende, debe justificar la imposibilidad de obtenerlos.

5. ¿Por lo general, quien agrega en los juicios principales diligencias preprocesales, el actor o el demandado?

Los 3 jueces manifestaron que estas diligencias son presentas por el actor, no tienen casos en los que las haya presentado el demandado.

6. ¿Cree usted que las diligencias preprocesales al ser atendidas por los jueces de contravenciones, afectan al principio de inmediación?

Dos de los juzgadores manifestaron que si afecta al principio de inmediación y uno manifestó que no afecta.

¿Por qué?

- No, porque la práctica de estas diligencias se realiza frente al juez de la causa principal.

Finalmente, los resultados obtenidos, *han permitido comprobar la interrogante planteada*, sobre la forma en la que deberían plantearse las diligencias pre procesales y/o preparatorias, para alcanzar la no vulneración la tutela judicial efectiva, de tal forma que se ha podido *confirmar el cumplimiento de la premisa de estudio*, esto es, la construcción de una reforma legal al Código Orgánico General de Procesos, respecto de las diligencias preparatorias.

CAPÍTULO DE DISCUSIÓN

En este capítulo se exponen los resultados obtenidos en la investigación, con la aplicación de los métodos empíricos, especialmente con el análisis de la normativa y providencias que guardan relación con el objeto de estudio. Los resultados demuestran que existen problemas en la atención de diligencias preprocesales del COFJ y confusión entre estas y las diligencias preparatorias determinadas en el COGEP. No existe unidad de criterios entre jueces de contravenciones y juzgadores de unidades judiciales en materia no penal, por el contrario, tiene criterio opuestos y contrarios, lo que genera mayor preocupación al momento de acceder a la administración de justicia, conforme pasamos a detallar en el análisis de los resultados de las entrevistas, en compendio con el análisis documental ya realizado.

¿Existe un procedimiento determinado en la norma para la atención de diligencias preprocesales contenidas en el numeral 4 del Art. 231 del COFJ? Conforme se ha venido analizando en el presente trabajo y del análisis realizado a la norma, las respuestas obtenidas son concordante con nuestros antecedentes empíricos, en el sentido de que no existe un procedimiento que contenga la práctica de las diligencias preprocesales por parte de los Jueces de Contravenciones, y así lo han manifestado los tres Jueces de Garantías Penales con sede en la ciudad de Machala, que mantienen las competencias de Jueces de Contravenciones, entrevistados. Esto sin duda, deja claro, que, al no existir un proceso concreto y determinado en una ley, su práctica es ambigua y discrecional del criterio de cada Juzgador. Para el esclarecimiento del procedimiento que se desarrolla actualmente se ha formulado la siguiente interrogante.

¿Determine el procedimiento que se efectúa en la actualidad para las diligencias preprocesales del COFJ? Los tres Jueces de Garantías Penales con sede en la ciudad de Machala, que mantienen las competencias de Jueces de Contravenciones, han señalado que el

trámite que se les da a las diligencias referidas, es el de verificar el contenido de la petición y según su fundamentación y procedencia, la califican o en su defecto, dispone su archivo. Es decir, que en ciertos casos niegan su práctica, pero por lo general, verifican si se trata de un proceso que está por iniciarse o si por el contrario ya fue iniciado, porque en el segundo caso, la diligencia es negada de plano. Se puede notar, que no hacen referencia a la necesidad de justificar su petición con alguna documentación adicional, lo que sería preciso para probar sus afirmaciones.

Lo que, si hemos podido evidenciar, es lo que habíamos manifestado en el análisis de providencias que guardan relación con la presente investigación, en tanto los jueces de contravenciones confunden las diligencias preprocesales del COFJ con las diligencias preparatorias del COGEP, pues han mencionado que se cercioran del contenido del artículo 120 y 122 de la última norma referida. Como ya hemos mencionado, a lo largo del estudio que se viene realizando, las diligencias son contrapuestas, empezando por el Juzgador por el cual son atendidas.

¿Está de acuerdo con el despacho de diligencias preprocesales dispuestas en el numeral 4 del artículo 231 del COFJ, por parte de los jueces de contravenciones? Esta interrogante fue efectuada a tres jueces de materias no penales, específicamente, dos de la Unidad Judicial Civil y uno de la Unidad Judicial de Trabajo, todos con sede en el cantón Machala, quienes manifiestan no estar de acuerdo con que estas diligencias sean atendidas por los jueces de contravenciones, por cuanto, a su criterio deben ser actuadas por el juez de la causa principal, porque se congestiona a un solo administrador de justicia, sin la existencia de un acto jurisdiccional, además señalan que estas diligencias no son útiles y finalmente que afectan al principio de inmediación. Razonamientos que en parte se comparten dentro de esta investigación, pero lo más importante es entender, que inclusive hasta al juzgador de la causa

principal, le resulta improcedente que dichos actos previos sean atendidos por un juez distinto al principal, lo que hace notar que indudablemente es algo que debe cambiar.

¿Tienen alguna disposición de parte de la Escuela de la Función Judicial, para la tramitación de las Diligencias Preprocesales? En relación a esta interrogante tres de los Jueces entrevistados, que atienden competencias contravencionales, han señalado no tener ninguna disposición expresa, más uno de ellos, comentó a su respuesta, que, por requerimiento de ellos, solicitaron una charla respecto del despacho de estas diligencias. Lo que evidencia, que el Consejo de la Judicatura y la Escuela de la Función Judicial, tampoco ha implementado un manual que determine el proceder de las diligencias preprocesales, en la búsqueda de una mejor administración de justicia.

¿Como parte del procedimiento se cita a la contraparte? Para completar una de las preguntas analizada anteriormente, mediante la cual se buscaba indagar respecto del procedimiento actual que se les da a las diligencias pre procesales, dentro de la cual, ninguno de los jueces menciono dentro del trámite la disposición de contar o citar a la persona contra quien se instaurara el juicio principal, con esta interrogante, se busca, dejar claro que dentro del trámite de diligencias preprocesales, no se dispone la citación a la contraparte, sino que por el contrario se atiende o niega de forma directa, generando en consonancia con lo que se viene investigando que no se respeta el derecho a la defensa de la otra parte.

El demandado tiene el derecho a conocer de todos los procesos que se sigan en su contra y en todas sus etapas, siendo la diligencia referida un acto previo, que formará parte de un proceso principal, debe ser puesto en conocimiento del accionado de forma previa, para que las partes cuenten con la igualdad de armas y condiciones, pero sobre todo, para que éste, puede también recabar información que pueda ser de utilidad para el futuro proceso, de lo contrario, el demandado quedaría en desventaja.

¿Las diligencias preprocesales son atendidas favorablemente cuando un proceso ya ha iniciado? En efecto, conforme se ha realizado el análisis de providencias, uno de los casos por los cuales se niega el despacho de diligencias preprocesales, se da cuando el proceso principal ya ha iniciado, en efecto los tres jueces entrevistados que atienden competencias contravencionales, han confirmado que las mencionadas diligencias no son atendidas favorablemente, cuando existe un proceso en curso. En este sentido, el demandado una vez citado con la demanda del juicio principal, no puede acceder a la práctica de diligencia preprocesales y debe obligatoriamente intentar recabar la información de forma directa y ante la negativa, solicitar el auxilio judicial dentro del juicio principal por no tener acceso a la prueba, como lo dispone la norma.

La problemática se genera cuando el juez de la causa principal niega la atención de estos requerimientos de prueba, como observamos en una de las providencias analizadas. Tampoco puede activarse las diligencias preprocesales para el caso de prueba nueva en primera ni en segunda instancia, porque como se había referido, el juicio ya ha iniciado. Finalmente, si las pruebas pueden ser requeridas dentro de la causa principal con su fundamentación, cual vendría siendo la razón de ser las diligencias preprocesales. La respuesta a esa interrogante va mucho más allá, pues lo que se buscaba era acelerar los procesos, sin dilaciones innecesarias, como era el caso de ciertos procesos que se retrasaban por la falta de incorporación de pruebas ya dispuestas por la Autoridad.

¿Coméntenos tres casos, en los cuales se haya negado el despacho de las diligencias referidas? Lo que se busca con esta interrogante, más allá de saber las razones concretas por las cuales se niegan las diligencias preprocesales, es conocer, que efectivamente en muchos casos, las mismas son negadas, lo que constituye una vulneración a la tutela judicial efectiva en sus elementos de acceder a los órganos de justicia y del procesamiento de la petición. Por lo general, de acuerdo a la contestación dada por los tres Jueces de Garantías

Penales con sede en el ciudad de Machala, que ejercen competencia contravencional, estos actos previos, son inadmitidos o rechazados, cuando derivan de un proceso que ya ha iniciado, cuando se intenta requerir una diligencia preparatoria que no es procedente, cuando no se ha justificado haberse agotado el requerimiento de forma directa, anexando la negativa, cuando se requieren para ser incorporadas en incidentes de juicios de alimentos; en el caso de inspecciones judiciales por que afectan al principio de inmediación en relación con el juez principal y cuando pueden ser obtenida de forma directa por el peticionario.

¿Cuándo alguna de las partes procesales acompaña a sus actos de proposición diligencias preprocesales, verifica el procedimiento que se ha llevado a cabo en las mismas? Esta pregunta, contesta *todo un tema nuevo de investigación*, por cuanto, va más allá, de lo que venimos estudiando, pues tiene relación con la forma de incorporarse la diligencia al juicio principal y la forma en que esta es otorgada al peticionario una vez practicada. Uno de los jueces en materia no penales, ha señalado que no verifica la diligencia una vez que esta es incorporada en el acto de proposición, ciertamente, no existe un procedimiento que pueda ser revisado, sin embargo, existen garantías básicas de un debido proceso, que deben ser examinas en todo proceso, por tanto, salta a relucir esta deficiencia por parte de la administración de justicia.

Otro de los jueces, contestó que, si verifica el procedimiento de la diligencia preprocesal, sin embargo, nos resulta dudoso, por cuanto, una vez efectuada estas diligencias, las mismas deben ser consignadas al peticionario, pero esto responde al criterio propio de cada secretario, es decir, unos entregan la totalidad del proceso, mientras que otros entregan únicamente la información proporcionada por la institución a la cual fue requerida, en este último caso, no se puede verificar que procedimiento se le dio al trámite. Finalmente, el último juez entrevistado, señalo que no se le ha presentado ningún caso en el que alguna de las partes anexe una diligencia preprocesal.

¿Cuándo alguna de las partes procesales requiere a Usted dentro de su anuncio probatorio el despacho de oficios para recabar información para justificar sus pretensiones, están son atendidas favorablemente? Esta interrogante, está relacionada con el análisis efectuado sobre el artículo 142.7.8 y 143.5 del COGEP, mediante los cuales se dispone que al acto de proposición deben acompañarse y anunciarse todos los medios de prueba con los que se cuente, de los que no se tenga acceso deberá requerirse su práctica de manera fundamentada, justificando la posibilidad de obtenerla de forma directa. Bajo esta premisa, las diligencias preprocesales no tendrían razón de ser, pues las partes por comodidad optarían por requerirla dentro del juicio principal y como revisábamos una de las providencias para el juzgador principal, disponer la práctica de oficios es solo un caso excepcional, sin que esto, este dispuesto así en la norma.

Los juzgadores en materia no penal con sede en el cantón Machala, han manifestado, uno de ellos que, si se atienden favorablemente, cuando se ha justificado que no se tiene acceso a la información, agregando la negativa. Los otros, han manifestado que depende, pero argumentando la misma razón, la justificación de la imposibilidad de obtenerlos. De esta manera, actor y demandado, requerirían la atención de oficios dentro de un proceso principal y no activarían las diligencias previas. Sin embargo, como se pudo observar en una de las providencias analizadas, el juzgador señala que no es oficiador y dispone que se aclare el acto de proposición.

Por tanto, la disposición que contemple diligencias previas para anticipar prueba, debe ser clara en determinar los casos en los que proceden tales, dejando aclarado los casos exclusivos en los cuales podrá actuarse el despacho de oficios dentro del proceso principal.

¿Por lo general, quien agrega en los juicios principales diligencias preprocesales, el actor o el demandado?; ¿Quién plantea las diligencias preprocesales actor o demandado? Dos preguntas, con la misma finalidad, efectuada a los Jueces en competencia

contravencional y en materia no penal, los 6 han manifestado que quien plantea estas diligencias, es el actor del futuro proceso. Tiene sentido, pues el demandado al conocer del juicio principal, es porque, el proceso ya ha iniciado, no pudiendo activar las diligencias previas para recabar información. Por otro lado, del análisis efectuado a la norma, tampoco se contempla la posibilidad de que el demandado tras ser citado pueda adherirse a la petición de requerimiento de información, que sería lo óptimo para no dejarlo en indefensión.

En este escenario, el contenido de la norma que analizábamos en líneas anteriores no tendría sentido y únicamente debería quedar para los casos en los cuales, la parte actora no proponga una diligencia preprocesal, no habiendo tenido la posibilidad el accionado de adherirse.

¿Cree usted que las diligencias preprocesales al ser atendidas por los jueces de contravenciones, afectan al principio de inmediación? Esta pregunta, al igual que la anterior, fue realizada a los dos grupos de jueces, en materia no penales y de contravenciones, de los cuales, cuatro de ellos manifestaron que las diligencias preprocesales al ser atendidas por los jueces de contravenciones no afectan al principio de inmediación, mientras que los otros dos, señalaron que si afectan a este principio. La razón principal, para los que manifestaron que no hay afectación, es por cuanto, señalan que en el acto previo aún no existe litigio y que la práctica de dicha prueba se realizará en el juicio principal. Criterio que se respeta, pero no se comparte, pues se pretende catalogar que las diligencias preprocesales únicamente servirían para recabar información en instituciones a las que no se tiene acceso, cuando el acto previo, puede referir a cualquier tipo de anticipamiento de prueba, como una pericia grafológica, inspección judicial, recepción de testimonio.

Estos actos previos requieren la presencia del juez que decidirá la causa, requieren que este para su despacho tenga conocimiento de los antecedentes pues finalmente se trata de aceptar a trámite un despacho de prueba, que anticipadamente debe verificar que sea útil y

conducente, pues de no verificarse, se estaría incorporando al proceso información que después podrá no ser utilizada, pero que ya habrá afectado la sana crítica del juez.

Finalmente, las diligencias preprocesales de anticipamiento podrían simplemente no ser contempladas, como ha señalado un juzgador, por su falta de utilidad, volviendo al proceso anterior, sin embargo, el legislador exige que, en los actos de proposición, se incorporen todas las pruebas con las que cuenten las partes, lo que genera la necesidad de su incorporación en la norma, pero sobre todo, porque suman a la administración de justicia, en el sentido de que al actuar una prueba de manera previa, que como resultado arroje algo no favorable al peticionario, el juicio principal no prosperará, ahorrando un recurso económico y humano, por lo que la reforma a plantearse, buscar justamente activar *esta novedad en la ciencias jurídicas*.

CAPÍTULO DE PROPUESTA

Una vez que se ha verificado e identificado, los errores y deficiencias prácticas de la norma contenida en el numeral 4 del Artículo 231 del COFJ y el Título II del Libro Segundo del COGEP, en consonancia con otros artículos de la norma en referencia, que también deben ser modificados, para mantener una armonía normativa; es preciso, plantear una solución alternativa, a fin de que se garantice una tutela judicial efectiva a la ciudadanía, en relación al procesamiento de la petición y al derecho a la defensa de las partes.

Justificación de la propuesta

La propuesta a presentarse permitirá que las diligencias de anticipamiento de prueba en material civil sean atendidas por los jueces conocedores de la causa principal, admitiendo además que la parte demandada puede adherirse a la petición, de tal forma que no se resten sus derechos, como ocurre actualmente, pues del análisis efectuados, estas diligencias, que actualmente son atendidas por los jueces de contravenciones, únicamente son solicitadas por la parte actora, sin la citación a la contraparte, generando un estado de indefensión, que es lo que se quiere evitar, para alcanzar la no vulneración de la tutela judicial efectiva en la práctica de las diligencias preparatorias de prueba. Esta propuesta se construye sobre la base de los presupuestos teóricos abordados desde la doctrina, el análisis de la normativa pertinente al caso y de los que sucede en la practicidad con cada ciudadano que acude al órgano judicial, en el análisis de las providencias, al verificar las inconsistencias encontradas, es necesaria la búsqueda real de la justicia, con un proyecto de reforma al Código Orgánico General de Procesos.

Título de la Propuesta

Proyecto de Reforma a los Artículos 120, 121, 122 y en concordancia los Artículos 142 y 152 del Código Orgánico General de Procesos.

Objetivo General

Proponer un proyecto de reforma al COGEP, para delimitar y establecer un procedimiento respecto de las diligencias pre procesales, de tal forma que se ajuste a la norma constitucional y no se vulnere la tutela judicial efectiva.

Propuesta

Considerando:

Que, la Constitución de la República del Ecuador establece que: “los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes, con base a los derechos de igualdad, no discriminación, acceso gratuito a la justicia, tutela efectiva, imparcial y expedita, debido proceso y seguridad jurídica”, conforme se señala en los artículos 11, 75, 76 y 82 de la Carta Fundamental.

Que, la Constitución en el Art. 167 consagra que: “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los Órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones previstos en la Constitución”.

Que, el literal c) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, establece: “como una de las garantías del debido proceso, el derecho a la defensa de las personas, que incluye el ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”, por lo que es imperativo modificar el alcance y procedimiento de las diligencias preparatorias reguladas en el COGEP.

Que, la Constitución del Ecuador en sus artículos 168 y 169 prescribe que: “la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, fases y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral y que el sistema procesal es un modo para la realización de la justicia y las normas procesales consagran los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal”.

Que, con la implementación y entrada en vigencias del Código Orgánico General de Procesos, se ha observado falencias e inconsistencias, que guardan relación con la aplicación del nuevo régimen procesal, que deben ser corregidos.

Que, es necesario armonizar el sistema procesal actual con las normas constitucionales, para garantizar una tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa de las partes, mediante la aplicación de un debido proceso.

Que, de acuerdo al Artículo 120 numeral 6 de la Constitución la Asamblea Nacional puede expedir, codificar, reformar o derogar leyes;

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales se expide la presente:

Proyecto de Reforma a los Artículos 120, 121, 122 y en concordancia los Artículos 142 y 152 del Código Orgánico General de Procesos.

Artículo 1. – *Agréguese a continuación del numeral 2 del artículo 120, el siguiente numeral:*

“3.- Recabar prueba documental o pericial sobre la que no se tiene acceso, lo que deberá justificarse documentadamente.”

Artículo 2. – *Sustitúyase el Artículo 121, por el siguiente:*

“La parte que solicite la diligencia preprocesal señalará los nombres apellidos y domicilio de la persona contra quien se promoverá el proceso principal, antecedentes y objeto del juicio por iniciar y la finalidad concreta del acto solicitado. Para el caso de recabar prueba documental o pericial, de ser necesario se describirá su contenido con indicación precisa del lugar en el que se encuentra o se anexará la justificación de la imposibilidad del acceso.

El juzgador calificará la petición y dispondrá o rechazará su práctica. En el primer caso dispondrá la citación de la persona contra quien se plantea la misma. La persona contra quien se promueve la diligencia podrá, en el término de 10 días, de efectuada la citación, oponerse a la misma, solicitar su modificación o ampliación, pudiendo también adherirse a la

diligencia, planteando en el mismo acto su requerimiento de diligencia preparatoria que tenga por objeto el ejercicio de su derecho a la defensa que verse sobre los hechos del juicio principal a promoverse.

Transcurrido el término dispuesto y resuelto lo pertinente por el juzgador señalará día y hora para que lleve a efecto la diligencia o se entregue la documentación respectiva. Si existe agravio, el solicitante o la parte contra quien se dicta el acto solicitado, podrá apelar con efecto diferido. Si se resuelve negar la práctica de la diligencia solicitada, la parte afectada podrá interponer recurso de apelación con efecto suspensivo.”

Artículo 3. – *Sustitúyase el primer inciso del Artículo 122, por el siguiente:*

“Para el caso de anticipar la práctica de prueba urgente, además de otras de la misma naturaleza, podrá solicitarse como diligencias preparatorias.”

Artículo 4. - *En el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos, elimínese el numeral 8 y sustitúyase el numeral 7, por el siguiente texto:*

“El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañará la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares”.

Artículo 5. - *Sustitúyase el tercer inciso del artículo 152 del Código Orgánico General del Procesos, por el siguiente:*

“En el caso de que no haya tenido la posibilidad de adherirse a una diligencia preparatoria para recabar prueba documental o pericial y no tenga acceso a las pruebas en referencia, se describirá su contenido, indicando con precisión el lugar en el que se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso. La justificación de la imposibilidad de acceso deberá ser presentada documentadamente.”

Disposiciones Transitorias

PRIMERA: *Las diligencias preprocesales presentadas ante los jueces de contravenciones, continuaran sustanciándose hasta su conclusión, conforme la normativa vigente a la presentación de la solicitud.*

Disposiciones Reformatorias

PRIMERA. - *Refórmense el numeral 4 del artículo 231 del Código Orgánico de la Función Judicial, por el siguiente texto:*

“Conocer las contravenciones de policía, las diligencias preprocesales de prueba material en materia penal, la notificación de los protestos de cheques y la realización de actuaciones procesales que le sean deprecadas o comisionadas.”

Disposición Final

La presente reforma entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Validación de la propuesta**Tabla 2**

FICHA TÉCNICA DEL VALIDADOR	
Nombre:	Dr. Juan Sarango Rodríguez
Cédula N°:	110216639-2
Profesión:	Abogado en libre ejercicio. Magíster en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional
Dirección:	Machala.

ESCALA DE VALORACION ASPECTOS	MUY ADECUADA 5	ADECUADA 4	MEDIANAMENTE ADECUADA 3	POCO ADECUADA 2	NADA ADECUADA 1
Introducción	X				
Objetivos	X				
Pertenecía	X				
Secuencia	X				
Premisa	X				
Profundidad	X				
Coherencia	X				
Comprensión	X				
Creatividad	X				
Beneficiarios	X				
Consistencia lógica	X				
Cánones doctrinales jerarquizados	X				
Objetividad	X				
	X				

Universalidad					
Moralidad social	X				

Fuente (Obando, 2015)

Comentario:

La presente propuesta es adecuada, no obstante, sería apropiado establecer un mayor grado de factibilidad de poder ser aplicada dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Fecha: 13 de marzo de 2020

Firma _____ CI: 110216639-2

CONCLUSIONES

Luego de haber terminado el presente trabajo investigativo, se puede generar las siguientes conclusiones:

1. La Tutela Judicial efectiva, conlleva el acceso a los órganos de administración de justicia, sin dejar de lado, el procedimiento que se le dé a la petición, considerando que en el trámite deben respetarse las garantías mínimas para un debido proceso, en el ejercicio del derecho a la defensa de las partes, para logran obtener una decisión fundada en derecho que pueda ser ejecutable. El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos, constituye en vulneración a la Tutela Judicial Efectiva.
2. La legislación ecuatoriana ha generado dos concepciones distintas de las diligencias previas para anticipamiento de prueba, estableciéndose diligencias preprocesales de prueba en materia civil atendidas por los jueces de contravenciones; y. diligencias preparatorias para prueba urgente con riesgo de pérdida, atendidas por los jueces de materia no penales competente de la causa principal.
3. La duplicidad de conceptos ha generado confusión y falencias en la práctica de las diligencias preprocesales contenidas en el COFJ, pues se ha evidenciado la falta del principio de inmediación y de igualdad de armas, además se ha verificado, que una solicitud de prueba como previa o no, es opcional, pues la norma permite su atención, dentro de la causa, generando contradicción, por lo que existe la necesidad de plantear la reforma propuesta.
4. Se ha generado una propuesta de reforma al Título II, del Libro II del Código Orgánico General de Procesos, en la que los jueces en materia no penales serán quienes atenderán las diligencias preparatorias de acuerdo a sus competencias, pero en estas se podrán recabar información a la que no se tiene acceso. Permitiendo finalmente que la parte

demandada también pueda acceder a este requerimiento, tras su citación, mediante la figura de la adhesión a la solicitud.

5. En el presente trabajo investigativo se ha generado puntos de interés para nuevas investigaciones, como el caso de establecer el mecanismo para la entrega de la documentación recaba dentro de la diligencia preparatoria, pues del análisis efectuado, ha quedado en evidencia que en la actualidad no se verifica el procedimiento que se ha llevado a cabo, por lo que no se tiene la certeza de que la documentación corresponda a la entregada por el juzgado. En todo caso, la presente reforma al tratarse del mismo juzgador que las atenderá en algo podrá mejorar esta situación, que podría generar una siguiente investigación.

RECOMENDACIONES

Expuestas las conclusiones, con la finalidad de objetivar la propuesta presentada, se recomienda:

1. Realiza un trabajo de investigación que guarde relación con las diligencias preprocesales, específicamente con el mecanismo de verificación de los jueces de materia no penales, para establecer la certeza de que la información incorporada a un proceso principal, corresponde a la recabada dentro de la diligencia previa.
2. Impulsar para que se presente el proyecto de reforma planteado ante el poder legislativo, proponiendo mesas de debate y discusiones en todos los niveles, especialmente en el ámbito de la academia, a fin de armonizar la normativa procesal.

BIBLIOGRAFÍA

- Alsina, H. (1963). *Tratado Teórico práctico del Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Edier.
- Aragoneses, P. (1955). *Técnica Procesal: proceso de cognición y juicio verbal*. Madrid: Aguilar.
- Asamblea Nacional. (09 de marzo de 2009). Código Orgánico de la Función Judicial. Quito, Pichincha, Ecuador: Sofigraf.
- Asamblea Nacional. (22 de Mayo de 2015). Código Orgánico General de Procesos. *Suplemento del Registro Oficial Nro. 506*. Quito, Pichincha, Ecuador: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional Constituyente. (6 de julio1 de 1991). Constitución Política Colombiana. Bogota, Colombia.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de Ecuador. Quito, Pichincha, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Barona, S. (1999). *Tutela Civil y Penal de la Publicidad*. Valencia: Universidad de Valencia.
- Bascuñan, A. (1998). El Principio de la Distribución de Competencia como criterio de Solución de Conflictos de Normas Jurídicos. *Revista Chilena de Derecho*.
- Bidart, G. (2005). *Compendio de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Sociedad Americana de Editores.
- Cabezudo, N. (2009). *Universidad de Valladolid*. Recuperado el 10 de julio de 2019, de <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp4cab.pdf>
- De la Oliva, A., & Diez-Picazo, I. (2004). *Derecho Procesal Civil: El Derecho de Declaración*. Madrid: Cesarasa.
- De la Rúa, F. (1991). *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Ediciones Desalma.
- Devis Echandía, H. (2017). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogota: Editorial Temis S.A.

- García, J. (2004). *El Derecho Constitucional a la Tutela Efectiva en la Administración de Justicia*. Quito: Ediciones Rodin.
- Jaen, M. (2006). *Derechos Fundamentales del Proceso Penal*. Bogota: Editoria Jurídica Gustavo Ibañez.
- Montero, J. (2007). *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Thomson Civitas.
- Montero, J. (2019). *tirant.com/actualizaciones/an312.doc*. Obtenido de tirant.com/actualizaciones/an312.doc
- Oyarte, R. (2016). *Debido Proceso*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Parra, J. (2011). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogota: Libreía Ediciones del Profesional.
- Picó, J. (1996). *El Derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: María Bosch.
- Ragin, C. (1998). *La Construcción de la investigación social*. Colombi: Universidad de los Andres: Siglo de Hombres Editores.
- Ramírez, M. (2005). *El debido proceso*. Recuperado el 1 de julio de 2019, de <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1307/1283>
- Sánchez, A. (2003). *Derecho a la Tutela Judicial Efectiva: Prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional*. Obtenido de Anuario de la Facultad de Derecho: <http://dialnet.uniroja.es>
- Sentencia , C 1270 (Corte Constitucional de Colombia 2000).
- Sentencia, C790 (Corte Constitucional Colombiana 2006).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Nro. 977 (Tribunal Constitucional de Chile 8 de enero de 2008).
- Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, Nro. 00042-2004-AI/TC (12 de agosto de 2005).
- Sentencia Nro. 004-13-SEP-CC, Nro. 0032-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 21 de Marzo de 2013).

Sentencia Nro. 022-10-SEP-CC, 0049-09-EP (Corte Constitucional para el periodo de Transición 11 de mayo de 2010).

Sentencia Nro. 053-10-SEP-CC, 0778-09-EP (Corte Constitucional para el periodo de transición 27 de octubre de 2010).

Sentencia Nro. C-830/02, Nro. C-830 (Corte Constitucional de Colombia 8 de Octubre de 2002).

Sentís, S. (1979). *La Prueba: Los Grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJEA.

Soto, E. (1982). *El Recurso de Protección*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Taruffo, M. (1984). Diritto a la prova. . *Dirito Processuale*.

Vargas, J. (2005). Panel I, Foro Iberoamericano de Accesos a la Justicia. Chile.

APÉNDICE A

Machala, 29 de agosto de 2019

Abg. Erik Javier Betancourt Pereira, Mgs.**DIRECTOR PROVINCIAL DE EL ORO DEL CONSEJO DE JUDICATURA**

En su despacho. –

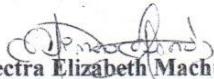
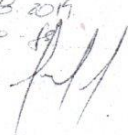
De mi consideración.

Por la presente extiendo mi más fraterno saludo, deseándole los mejores éxitos y bendiciones en sus funciones que viene desarrollando, por y para la justicia de nuestra provincia. Al tiempo, quiero solicitar su autorización para efectuar 6 entrevistas aleatorias a Jueces de materias no penales y a quienes ejercen competencia de jueces de contravenciones en la ciudad de Machala, esto, como parte de mi proceso de tesis, para la obtención del Título de Magister en Derecho con mención en Derecho Procesal.

Datos informativos:**Institución:** Universidad Católica Santiago de Guayaquil**Tema:** Las diligencias preprocesales y su incidencia en la vulneración de la tutela judicial efectiva.

Por la atención brindada, quedo inmensamente agradecida.

Atentamente,


Ab. Electra Elizabeth Machuca Romero**CI: 0705193647****Matricula F.A.O.: 07-2012-7**26.08.2019
12:50


APÉNDICE B

Juicio No: 07371201600595 Casillero No: 723

satje.eloro@funcionjudicial.gob.ec

Lun 18/7/2016 10:48

Para: elyands.leocu@hotmail.com <elyands.leocu@hotmail.com>

CC: satje.eloro@funcionjudicial.gob.ec <satje.eloro@funcionjudicial.gob.ec>

1 archivos adjuntos (8 KB)

Boleta_Juicio_07371201600595_Casillero_723.pdf;

REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONSEJO DE LA JUDICATURA

Juicio No: 07371201600595

Casilla No: 723

A: RAMON GOMEZ UBALDO ALBERTO

Dr / Ab: MACHUCA ROMERO ELECTRA ELIZABETH

En el Juicio Especial No. 07371201600595 que sigue [RAMON GOMEZ UBALDO ALBERTO] en contra de [RAMON GOMEZ RITA VICTORIA] hay lo siguiente:

VISTOS: Avoco conocimiento de la presente causa en legal y debida forma. Revisada ésta, se observa que no cumple los requisitos señalados en los artículos 142 numeral 7 y 143 numeral 5 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Por lo expuesto, previo a admitir la demanda a trámite, de acuerdo a lo establecido en el artículo 146 del COGEP, inciso segundo, se dispone que dentro del término de tres días, el accionante la complete, específicamente en los siguientes requisitos: Señalando los hechos sobre los que declararan los testigos, la contestación al oficio debido a que esta Autoridad no le corresponde oficiar, normas antes indicadas, bajo prevenciones de ley. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

f: MARTINEZ ARIAS MARIA CECILIA, JUEZ/A

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

VILLACRES VALENCIA JOHN JAVIER
SECRETARIO/A

La información contenida en este mensaje es confidencial y reservada, prevista solamente para el uso de la persona o la entidad a quienes se dirija y no puede ser

APÉNDICE C

Juicio No: 07283201704937G Casillero No: 723

satje.eloro@funcionjudicial.gob.ec

Vie 22/9/2017 15:46

Para: abelectramachucaromero@hotmail.com <abelectramachucaromero@hotmail.com>

REPÚBLICA DEL ECUADOR**FUNCIÓN JUDICIAL****Juicio No:** 07283201704937G**Casillero Judicial No:** 723**Casillero Judicial Electrónico No:** 0705193647**Fecha de Notificación:** 22 de septiembre de 2017**A:** ESCALANTE LIGUA ORLY BUKMAR**Dr / Ab:** ELECTRA ELIZABETH MACHUCA ROMERO**UNIDAD JUDICIAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN MACHALA**

En el Juicio Especial No. 07283201704937G, hay lo siguiente:

Vistos.- Ab. Fernando Jesús Ortega Cevallos, Msc, en mi calidad de Juez Titular de la Unidad Judicial Penal con sede en Machala, designado mediante acción de personal No. 8072-DNTH-2015-JV, de fecha 03 de junio del 2015; Dentro DILIGENCIA PREPROCESAL N° 07283-2017-04937: Incorpórese al expediente el escrito presentado por ORLY BUKMAR ESCALANTE LIGUA, en el que manifiesta que la información solicitada servirá para incorporarla como prueba en un proceso laboral que se encuentra sustanciado, habiéndose presentado la apelación respectiva, se ha anunciado la misma para ser practicada en audiencia de segunda instancia; en atención al mismo se observa que la información requerida constituiría medios de prueba dentro de un proceso ya iniciado, en el cual existe una etapa de prueba; debiendo recordar al peticionario que las diligencias preprocesales tienen como finalidad lo establecido en los numerales 1 y 2, del Art. 121, del Código Orgánico General de Procesos, ante ello no se atiende lo peticionado por el recurrente.- por consiguiente archívese el expediente. . Notifíquese conforme a las casillas judiciales y correo electrónicos señalados por las partes procesales.- Intervenga la señora Ab. Mirtha Angulo Camacho, secretaria titular de esta Unidad Judicial Penal.- Cúmplase y Notifíquese.-

f. ORTEGA CEVALLOS FERNANDO JESUS, JUEZ

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

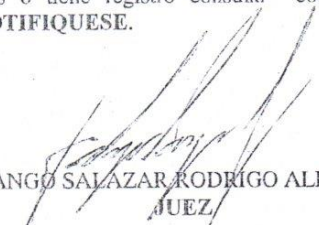
ANGULO CAMACHO MIRTHA DEL ROSARIO
SECRETARIO

La información contenida en este mensaje es confidencial y reservada, prevista solamente para el

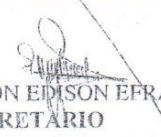
APÉNDICE D

Juicio No. 07333-2018-01326

UNIDAD JUDICIAL CIVIL CON SEDE EN EL CANTÓN MACHALA DE EL ORO. Machala, lunes 15 de octubre del 2018, las 15h42. **VISTOS:** Avoco conocimiento de la presente causa Dr. Rodrigo Sarango Salazar en calidad de Juez Encargado del despacho de la Dra. Jessica Sánchez Pomá mediante Acción de Personal No. 2866-DP07-2018-CA. El expediente Ejecutivo No. 07333-2018-01326, ha sido puesto para el despacho mediante formulario F01 de fecha 15 de Octubre del 2018, para lo cual dispongo lo siguiente: **PRIMERO.-** Agréguese al proceso las actas remitidas por la oficina de citaciones de este distrito.- **SEGUNDO.-** Téngase en cuenta que NO se ha cumplido con la citación al demandado, por **CAMBIO DE DIRECCION.** **TERCERO.-** Por lo expuesto, se conmina a la parte accionante consigne a esta Unidad Judicial una dirección de domicilio fidedigna y clara de la parte demandada, que contenga croquis y fotografías de apoyo a fin de dar cumplimiento con la citación dentro de la presente causa; o, en su defecto dentro del mismo término justifique en legal y debida forma mediante documentación, estar realizando las gestiones necesarias a fin de determinar la individualidad del domicilio o residencia del referido demandado cuya información la debe **RECABAR DIRECTAMENTE** ante las entidades respectivas y/o **DE NO PODER TENER ACCESO, LOS PODRÁ OBTENER APLICANDO** lo dispuesto en el Art. 231 Código Orgánico de la Función Judicial, que tienden a recabar la prueba material en materia Penal y Civil (Empresa Pública de Movilidad Machala, Corporación Nacional de Telecomunicaciones, Corporación Nacional de Empresa Eléctrica, Servicio de Rentas Internas. Presente el certificado que indique si el demandado salió del país o tiene registro consular conferidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores). **NOTIFIQUESE.**


SARANGO SALAZAR RODRIGO ALEJANDRO
JUEZ

En Machala, lunes quince de octubre del dos mil dieciocho, a partir de las dieciseis horas y cuarenta y nueve minutos, mediante boletas judiciales notifiqué el AUTO que antecede a: CORDOVA LOAYZA MARIA DE LOS ANGELES en la casilla No. 57 y correo electrónico jgomez1963@hotmail.com, mariangeles16jun@hotmail.es, en el casillero electrónico No. 0701837908 del Dr./Ab. JOHNY MIGUEL GÓMEZ FEJOO. No se notifica a CEVALLOS CARVAJAL JUAN GABRIEL por no haber señalado casilla. Certifico:


LOAYZA LEON EDISON EFRAIN
SECRETARIO

ANDREA.PENA



FUNCIÓN JUDICIAL

APÉNDICE E



122178355-NP

REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL
www.funcionjudicial.gob.ec

Juicio No: 07283201807505G, PRIMERA INSTANCIA, número de ingreso 1

Casillero Judicial No: 57

Casillero Judicial Electrónico No: 0701837908
jgomezf1963@hotmail.com

Fecha: 13 de noviembre de 2018

A: CORDOVA LOAYZA MARIA DE LOS ANGELES

Dr/Ab.: JOHNY MIGUEL GOMEZ FEIJOO

UNIDAD JUDICIAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN MACHALA

En el Juicio No. 07283201807505G, hay lo siguiente:

Machala, lunes 12 de noviembre del 2018, las 14h15, Barrezuela Torres, en mi calidad de Jueza de la Unidad Judicial de Garantías Penales con Sede en el Cantón Machala, continuando con la tramitación de la Diligencia Preprocesal N.- 07283-2018-07505G solicitada por la Sra. MARÍA DE LOS ANGELES CORDOVA LOAYZA, portadora de la cédula de ciudadanía N.- 0704706803: Agréguese al expediente el escrito presentado por la ciudadana María de los Angeles Córdova Loayza, en la que completa su requerimiento de diligencia conforme lo dispuesto en providencia de fecha 26 de Octubre del 2018 y hace conocer que se está tramitando en contra del ciudadano Juan Gabriel Cevallos Carvajal un juicio de procedimiento ejecutivo por cobro de dinero (letra de cambio), signado con el N.- 07333-2018-01326 en la Unidad Judicial Civil con sede en ésta ciudad de Machala, por lo que en atención al mismo dispongo: El Código Orgánico General de Procesos en su artículo 120 manifiesta: "Artículo 120.- Aplicación. Todo proceso podrá ser precedido de una diligencia preparatoria, a petición de parte y con la finalidad de: 1. Determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso. 2. Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse. La o el juzgador que conozca la diligencia preparatoria será también competente para conocer la demanda principal"; bajo esta argumentación por existir una causa ya iniciada la presente solicitud deberá ser presentada ante el juez que conoce la causa, puesto que de conformidad con lo establecido en el No. 4 del Art. 231 del Código Orgánico de la Función Judicial, la suscrita jueza es competente para conocer diligencias preprocesal, es decir, previo a que exista una causa, en consecuencia al amparo de lo establecido en los Art. 75, Art. 76 No. 1 y Art. 82 de la Constitución de la República en relación con el Art. Art. 23 y 25 del Código Orgánico de la Función Judicial, SE INADMITE la diligencia solicitada.

Artículo 29

por lo que dispongo el ARCHIVO del presente expediente.- Intervenga la Ab. Miryam Guamantario Patiño en calidad de secretaria de la Unida Judicial Penal.- CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-
f).- BARREZUETA TORRES ROSARIO ENITH, JUEZ

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

GUAMANTARIO PATIÑO MIRYAM JEANINNA
SECRETARIO

Verific 86 90 A.

APÉNDICE F

Juicio No. 07333-2018-01326

UNIDAD JUDICIAL CIVIL CON SEDE EN EL CANTÓN MACHALA DE EL ORO.
Machala, miércoles 21 de noviembre del 2018, las 14h31. **VISTOS:** Avoco conocimiento de la presente causa Dr. Boris Molina Zhindon, en calidad de Juez Encargado del despacho de la Dra. Jessica Sánchez Poma mediante Acción de Personal No. 3250-DP07-2018-CA, de fecha 20 de Noviembre del 2018.- Dentro del Juicio Ejecutivo No. 01326-2018, se dispone: **PRIMERO.-** Agréguese al proceso el escrito y anexos presentados por la parte actora. **SEGUNDO.-** De conformidad con el Art. 231 Código Orgánico de la Función Judicial, que tiende a recabar la prueba material en materia Penal y Civil, y toda vez que en el caso que nos ocupa, se solicita determinar la individualidad, el domicilio o la residencia del demandado a fin de justificar su juramento como lo exige el Art. 56 del COGEP, por cuanto las partes procesales son quienes deben aportar todas las pruebas y/o documentos que se estimen pertinentes para hacer valer sus derechos y excepcionalmente será el órgano judicial quien solicite información. **TERCERO.-** Por lo expuesto, la parte Actora deberá realizar las diligencias tendientes a determinar la individualidad, domicilio o residencia de quien se solicita se cite por la prensa, recurriendo directamente a la Unidad Judicial Penal de este distrito judicial y/o cualquier otro medio pertinente y así dar cumplimiento a lo que dispone el Art. 56 del COGEP.- **NOTIFÍQUESE**

BORIS ALFREDO MOLINA ZHINDON
JUEZ

En Machala, miércoles veinte y uno de noviembre del dos mil dieciocho, a partir de las catorce horas y cuarenta y nueve minutos, mediante boletas judiciales notifiqué el AUTO que antecede a: CORDOVA LOAYZA MARIA DE LOS ANGELES en la casilla No. 57 y correo electrónico jgomez1963@hotmail.com, mariangeles16jun@hotmail.es, en el casillero electrónico No. 0701837908 del Dr./Ab. JOHNY MIGUEL GOMEZ FELJOO. No se notifica a CEVALLOS CARVAJAL JUAN GABRIEL por no haber señalado casilla. Certifico:

LOAYZA LEON EDISON ERRAIN
SECRETARIO

ANDREA.PENA



APÉNDICE G

Expediente No. 07283-2018-08047G

UNIDAD JUDICIAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN MACHALA DE EL ORO. Machala, viernes 28 de diciembre del 2018, las 11h26. **Vistos.-** Ab. Fernando Jesús Ortega Cevallos, Msc, en mi calidad de Juez Titular de la Unidad Judicial Penal con sede en Machala, designado mediante acción de personal No. 8072-DNTH-2015-JV, de fecha 03 de junio del 2015, dentro del trámite de **DILIGENCIA PREPROCESAL No. 07283-2018-08047G**; Agréguese al expediente escrito presentado por **MARIA DE LOS ANGELES CORDOVA LOAYZA**, con la que manifiesta que la información requerido es previo iniciar un juicio de ejecutivo, así mismo señala en número de cedula de la persona de quien se requiere información 0704537398; Una vez revisada la presente petición, **DISPONGO**, elaborar los oficios solicitados, para que proporcionen la información solicitada, advirtiéndoles que lo deberán hacer en el plazo de cinco días, bajo prevención de ley, conforme lo establece el Art. 30 del Código Orgánico de la Función Judicial, en armonía con el Art. 282 del Código Integral Penal. Para la entrega de los oficios el peticionario deberá dar las facilidades del caso, acercándose a coordinar con el actuario del despacho; así mismo promover la entrega recepción de la información solicitada de forma personal, una vez obtenida la información solicitada se entregará los originales al peticionario, previa razón de entrega; E) Téngase en cuenta el correo electrónico que señala para notificaciones; Una vez que se haya cumplido lo solicitado, procédase al **ARCHIVO** del presente trámite; Intervenga la señora Ab. Mirtha Angulo Camacho, secretaria titular de esta Unidad Judicial Penal.-
Cúmplase y Notifíquese.-

ORTEGA CEVALLOS FERNANDO JESUS
JUEZ

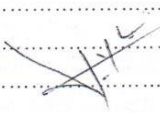
En Machala, viernes veinte y ocho de diciembre del dos mil dieciocho, a partir de las once horas y treinta y tres minutos, mediante boleta judicial notifiqué el **DECRETO** que antecede a: **CORDOVA LOAYZA MARIA DE LOS ANGELES** en la casilla No. 57 y correo electrónico **kgomezf1963@hotmail.com**, en el casillero electrónico No. 0701837908 del Dr./Ab. **JOHNY MIGUEL GOMEZ FEIJOO**. Certifico:

ANGULO CAMACHO MIRTHA DEL ROSARIO
SECRETARIO

APÉNDICE H
ENTREVISTA
JUECES DE CONTRAVENCIONES

1. ¿Existe un procedimiento determinado en la norma para la atención de diligencias preprocesales contenidas en el numeral 4 del Art. 231 del COFJ?
SI.....
NO..X.
Si la respuesta es SI, indique en que norma:
2. ¿Determine el procedimiento que se efectúa en la actualidad para las diligencias preprocesales del COFJ?
- Se verifica el contenido de la petición (120 COFJ) (122 COFJ)
- Califican y si es procedente se otorga, sino se niega.
3. ¿Tienen alguna disposición de parte de la Escuela de la Función Judicial, para la tramitación de las Diligencias Preprocesales?
SI.....
NO..X.
4. ¿Como parte del procedimiento se cita a la contraparte?
SI.....
NO..X.
5. ¿Las diligencias preprocesales son atendidas favorablemente cuando un proceso ya ha iniciado?
SI.....
NO..X.
6. ¿Quién plantea las diligencias preprocesales actor o demandado?
ACTORX...
DEMANDADO
7. ¿Coméntenos tres casos, en los cuales se haya negado el despacho de las diligencias referidas?
- Proceso ya iniciado
- Son improcedente: requieren diligencias preparatorias
- Cuando no se ha agotado la diligencia de fonsiña directa.
8. ¿Cree usted que las diligencias preprocesales al ser atendidas por los jueces de contravenciones, afectan al principio de inmediación?
SI.....
NO..X.
Porque? Porque son previo al juicio. La Inmediación se rompe cuando hay un litigio instaurado.

Datos del Entrevistado

Nombres y Apellidos completos: Fernando Jesús Ortega Cevallos
Cédula: 120101251-3
Cargo: Juez de Garantías Penales
Fecha: 30-08-2019 Firma: 

APÉNDICE I
ENTREVISTA
JUECES DE CONTRAVENCIONES

1. ¿Existe un procedimiento determinado en la norma para la atención de diligencias preprocesales contenidas en el numeral 4 del Art. 231 del COFJ?
SI
NO..X..
Si la respuesta es SI, indique en que norma:
2. ¿Determine el procedimiento que se efectúa en la actualidad para las diligencias preprocesales del COFJ?
Se verifica si procede, en cuanto a si este fundamentado y si no ha iniciado el proceso y la competencia. Según eso se califica o se archiva.
3. ¿Tienen alguna disposición de parte de la Escuela de la Función Judicial, para la tramitación de las Diligencias Preprocesales?
SI.....
NO..X..
4. ¿Como parte del procedimiento se cita a la contraparte?
SI.....
NO..X..
5. ¿Las diligencias preprocesales son atendidas favorablemente cuando un proceso ya ha iniciado?
SI.....
NO..X..
6. ¿Quién plantea las diligencias preprocesales actor o demandado?
ACTORX...
DEMANDADO
7. ¿Coméntenos tres casos, en los cuales se haya negado el despacho de las diligencias referidas?
* Juicio de Alimentos
* Jap. Judiciales
* Cuando la información puede ser obtenida de forma directa
8. ¿Cree usted que las diligencias preprocesales al ser atendidas por los jueces de contravenciones, afectan al principio de inmediación?
SI.....
NO..X..
Porque? Porque son básicos para determinar domicilio y recabar documentos.


Datos del Entrevistado

Nombres y Apellidos completos: Ramiro Fernando Loayza Ortega
Cédula: 0703158063
Cargo: Juez de Garantías Penales de Machala
Fecha: 30-08-2019 Firma: [Firma]

APÉNDICE K
RESUMEN ENTREVISTA
JUECES EN MATERIA NO PENALES

1. ¿Está de acuerdo con el despacho de diligencias preprocesales dispuestas en el numeral 4 del artículo 231 del COFJ, por parte de los jueces de contravenciones?
 SI.....
 NO...X.
 ¿Por qué?
Debe hacerlo el Juez de la causa principal
Se congestiona a un solo adm. de justicia / No hay acto jurisdiccional.
2. ¿Existe un procedimiento determinado en la norma para la atención de diligencias preprocesales referidas?
 SI.....
 NO...X.
 Si la respuesta es SI, indique en que norma:
3. ¿Cuándo alguna de las partes procesales acompaña a sus actos de proposición diligencias preprocesales, verifica el procedimiento que se ha llevado a cabo en las mismas?
 SI.....
 NO...X.
 ¿Por qué?
4. ¿Cuándo alguna de las partes procesales requiere a Usted dentro de su anuncio probatorio el despacho de oficios para recabar información para justificar sus pretensiones, están son atendidas favorablemente?
 SI.....
 NO.....
 ¿Por qué?
Depende. Cuando justifica la negativa: petición y negativa.
5. ¿Por lo general, quien agrega en los juicios principales diligencias preprocesales, el actor o el demandado?
 ACTORX..... Solo el actor.
 DEMANDADO
6. ¿Cree usted que las diligencias preprocesales al ser atendidas por los jueces de contravenciones, afectan al principio de inmediación?
 SI...X...
 NO.....
 Porque?

Datos del Entrevistado

Nombres y Apellidos completos: ERNESTO CASTILLO YANGE
 Cédula: 07.030.1806-9
 Cargo: Juez de la Unidad Judicial de Trabajo
 Fecha: 30-06-2019 Firma: 

APÉNDICE L
RESUMEN ENTREVISTA
JUECES EN MATERIA NO PENALES

1. ¿Está de acuerdo con el despacho de diligencias preprocesales dispuestas en el numeral 4 del artículo 231 del COFJ, por parte de los jueces de contravenciones?
 SI.....
 NO..X.
 ¿Por qué?
Afecta el principio de inmediación

2. ¿Existe un procedimiento determinado en la norma para la atención de diligencias preprocesales referidas?
 SI.....
 NO..X.
 Si la respuesta es SI, indique en que norma:

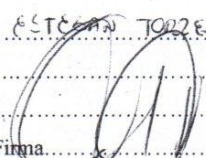
3. ¿Cuándo alguna de las partes procesales acompaña a sus actos de proposición diligencias preprocesales, verifica el procedimiento que se ha llevado a cabo en las mismas?
 SI..X..
 NO.....
 ¿Por qué?

4. ¿Cuándo alguna de las partes procesales requiere a Usted dentro de su anuncio probatorio el despacho de oficios para recabar información para justificar sus pretensiones, están son atendidas favorablemente?
 SI..X.....
 NO.....
 ¿Por qué?
Cuando ha justificado que no tiene acceso, anexando lo negativo.

5. ¿Por lo general, quien agrega en los juicios principales diligencias preprocesales, el actor o el demandado?
 ACTOR ..X..
 DEMANDADO

6. ¿Cree usted que las diligencias preprocesales al ser atendidas por los jueces de contravenciones, afectan al principio de inmediación?
 SI..X..
 NO.....
 Porque?

Datos del Entrevistado

Nombres y Apellidos completos: ALBERTO ESTEBAN TORRES VALLEJO
 Cédula: 0103376059
 Cargo: JUEZ UNIDAD CIVIL
 Fecha: 30/09/2019 Firma: 

APÉNDICE M
RESUMEN ENTREVISTA
JUECES EN MATERIA NO PENALES

1. ¿Está de acuerdo con el despacho de diligencias preprocesales dispuestas en el numeral 4 del artículo 231 del COFJ, por parte de los jueces de contravenciones?
 SI.....
 NO..X.
 ¿Por qué?
 Por la utilidad. No son útiles. _____
2. ¿Existe un procedimiento determinado en la norma para la atención de diligencias preprocesales referidas?
 SI.....
 NO..X.
 Si la respuesta es SI, indique en que norma: _____
3. ¿Cuándo alguna de las partes procesales acompaña a sus actos de proposición diligencias preprocesales, verifica el procedimiento que se ha llevado a cabo en las mismas?
 SI.....
 NO.....
 ¿Por qué?
 No. Porque no ha tenido ningún caso. _____
4. ¿Cuándo alguna de las partes procesales requiere a Usted dentro de su anuncio probatorio el despacho de oficios para recabar información para justificar sus pretensiones, están son atendidas favorablemente?
 SI.....
 NO.....
 ¿Por qué?
 Depende. Debe justificar la imposibilidad de obtenerlos. _____
5. ¿Por lo general, quien agrega en los juicios principales diligencias preprocesales, el actor o el demandado?
 ACTOR No tengo casos.
 DEMANDADO
6. ¿Cree usted que las diligencias preprocesales al ser atendidas por los jueces de contravenciones, afectan al principio de inmediación?
 SI.....
 NO..X.
 Porque? Porque la práctica de estas diligencias se realizan frente al juez que realiza el juicio. _____

Datos del Entrevistado

Nombres y Apellidos completos: Rodrigo Sánchez Salazar
 Cédula: 0702354978
 Cargo: Juez L. en J.
 Fecha: 30.08.2019 Firma: [Firma]



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Electra Elizabeth Machuca Romero**, con C.C: # **0705193647** autora del trabajo de titulación: ***Las diligencias preprocesales y su incidencia en la vulneración de la tutela judicial efectiva*** previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 19 de mayo de 2020

f. _____

Nombre: **Electra Elizabeth Machuca Romero**

C.C: **0705193647**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Las diligencias preprocesales y su incidencia en la vulneración de la Tutela Judicial Efectiva		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Machuca Romero Electra Elizabeth		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Dr. Juan Carlos Vivar Álvarez; Dra. Nuria Pérez Puig-Mir		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal		
GRADO OBTENIDO:	Master en Derecho Procesal		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	19 mayo del 2020	No. DE PÁGINAS:	80
ÁREAS TEMÁTICAS:	Tutela Judicial Efectiva y el proceso		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	diligencias preprocesales, tutela judicial efectiva, prueba.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>Antecedentes: El presente trabajo, estudia los elementos de la tutela judicial efectiva, como son: el acceso al órgano judicial, el procesamiento de la petición y la emisión de una resolución motivada, con su respectivo contenido y alcance. Buscando verificar el cumplimiento de dichos elementos en la práctica de las diligencias preprocesales o preparatorias de anticipamiento de prueba. Se tiene como objetivo general proponer un proyecto de reforma al COGEP, para delimitar y establecer un procedimiento respecto de las diligencias preprocesales, de tal forma que se ajuste a la norma constitucional y no se vulnere la tutela judicial efectiva. La metodología tiene un enfoque cualitativo, mediante el cual se realiza el análisis de la norma que contiene el procedimiento de diligencias preparatorias y preprocesales en materias no penales, examen de providencias y entrevista a jueces civiles y de contravenciones. Los resultados arrojan la existencia de diferencias entre las diligencias preprocesales dispuestas en el COFJ y las diligencias preparatorias contenidas en el COGEP, la existencia de un procedimiento sin igualdad de condiciones para actor y demandado y la afectación a la tutela judicial efectiva. En este sentido, se concluye, que existe la necesidad de reformar la normativa, en relación a las diligencias preprocesales y/o preparatorias, para lograr el cumplimiento de los principios de inmediatez e igualdad de partes, al ser un solo juez el que conozca tanto de la diligencia previa como del juicio principal y al otorgar la posibilidad al demandado de requerir anticipamiento de prueba, al hacerlo la otra parte.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-7-2961674 / 0991929736	E-mail: abelectramachucaromero@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando		
	Teléfono: +593-992854967		
	E-mail: ing.obandoo@hotmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			