



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCION DERECHO PROCESAL**

TEMA

**EL AUXILIO JUDICIAL COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL CODIGO
ORGANICO GENERAL DE PROCESOS**

AUTOR:

JONATHAN GARCIA VELASCO

**PREVIO A LA OBTENCION DEL GRADO ACADEMICO
DE: MAGÍSTER EN DERECHO MENCION DERECHO
PROCESAL**

TUTOR:

DR. JUAN CARLOS VIVAR ALVAREZ, Msc.

Guayaquil, Ecuador

2020



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCION DERECHO PROCESAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de investigación fue realizado en su totalidad por el **Ab. Jonathan García Velasco**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Mención Derecho Procesal**.

DIRECTOR DE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Dr. Juan Carlos Vivar Álvarez

REVISORA

Dra. Nuria Pérez Puig

VICERRECTOR DE INVESTIGACION Y POSGRADO

Ing. Walter Mera Ortiz, Ph.D

Guayaquil, a los 29 días del mes de julio del año 2020



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCION DERECHO PROCESAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Abg. Jonathan García Velasco

DECLARO QUE:

El proyecto de investigación titulado “**El Auxilio Judicial como medio de prueba en el Código Orgánico General de Procesos**” previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal**, ha sido desarrollado en base a 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, a los 29 días del mes de julio del año 2020

EL AUTOR

Abg. Jonathan García Velasco



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCION DERECHO PROCESAL**

AUTORIZACION

Yo, Ab. **Jonathan García Velasco**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del trabajo de investigación “**El Auxilio Judicial como medio de prueba en el Código Orgánico General de Procesos**” cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 29 días del mes de julio del año 2020

EL AUTOR



Abg. Jonathan García Velasco

AGRADECIMIENTOS

Agradezco este trabajo principalmente a Dios, por haberme dado la vida y permitirme el haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional.

Jonathan García Velasco

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a mi esposa Maribi Benavides, por ser el pilar más importante de mi vida y por demostrarme siempre su cariño y apoyo incondicional sin importar nuestras diferencias de opiniones, conocimiento, personales y familiares.

Así como también dedico el presente trabajo a mi hija Lorraine García Benavides, la pequeña persona más tierna del mundo.

Y finalmente sin quitar su gran importancia dedico mi trabajo al familiar que poseo con más admiración tanto familiar y profesional esto es a mi querido Tío el Doctor Aníbal Benjamín García Núñez.

Jonathan García Velasco

INDICE

RESUMEN.....	X
ABSTRACT	XI
INTRODUCCION.....	1
Objetivos Objetivo General	4
Objetivos Específicos	4
Resultados Esperados	5
CAPITULO TEORICO	7
1.1 El proceso.....	7
1.2 El debido proceso.....	10
1.2.1 Principios del debido proceso.....	12
1.3 La prueba	16
1.4 Derecho a la prueba.....	25
1.5 Principios generales que rigen la actividad probatoria.....	29
1.5.1 Principio de unidad de la prueba.....	29
1.5.2 Principio de la Comunidad de la prueba	30
1.5.3 Principio de contradicción de la prueba	31
1.5.4 Principio de ineficacia de la prueba ilícita	32
1.5.5 Principio de intermediación de la prueba	32
1.5.6 Principio de favor probationes.....	33
1.5.7 Principio de la originalidad de la prueba.....	34
1.5.8 Seguridad Jurídica.....	34
1.6 El auxilio judicial como medio de prueba.....	35
1.6.1 Debilidades del auxilio judicial	38
1.7 Legislación comparada	41
1.8 Referentes Empíricos	45
CAPITULO III MARCO METODOLOGICO.....	48
2.1 Enfoque	48
2.2 Alcance Exploratorio:	49
Descriptivo:	49
Explicativo:	50
2.3 Tipo de investigación	50
2.4 Métodos Teóricos:.....	51
2.5 Métodos Empíricos:	53
Tabla 2 Métodos empíricos	55

	IX
2.6	Fundamentación de las premisas..... 56
2.7	Tabla de categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis 56
2.8	Gestión de datos que determine el uso de análisis factorial, estadística descriptiva o inferencial..... 57
2.9	Criterios éticos de la investigación..... 59
CAPITULO IV 62	
RESULTADOS Y ANALISIS DE RESULTADOS 62	
4.1	TÉCNICAS 62
4.1.1	Entrevistas..... 62
CAPITULO V PROPUESTA..... 72	
5.1	Título de la propuesta..... 72
5.2	Caracterización de la propuesta 72
5.3	Planteamiento de la propuesta..... 73
5.4	Preámbulo 73
5.6	Anteproyecto de reforma..... 74
5.7	Impacto jurídico y social de la propuesta..... 76
5.8	Conclusiones parciales..... 77
CONCLUSIONES..... 78	
RECOMENDACIONES 80	
Bibliografía..... 82	
Anexos.....	

RESUMEN

El presente trabajo refleja un estudio de tipo cualitativo del auxilio judicial para corregir su ambigüedad a través de una propuesta de reforma legal. Esta figura está contenida en el artículo 159 del COGEP y si bien se han realizado escasas investigaciones al respecto, ya algunos autores ha planteado la inquietud de cómo debe actuar el juez y la parte en caso tal caso; es decir, qué requisito deben exigirse para su concreción o cómo podría conciliarse la discrecionalidad del juez con el debido proceso. Para la elaboración de este trabajo ha sido importante el uso de métodos teóricos como lógico, exegético y comparativo a fin de considerar la naturaleza del auxilio judicial, su ambigüedad legislativa y la proposición de su posible solución. Asimismo, se emplearon métodos empíricos que implicaron el estudio de la norma legal y la entrevistas a expertos en materia procesal civil. Entre los resultados más significativos se ha encontrado en el principio favor probationes un elemento importante para hacer más flexible y beneficioso el auxilio judicial pues le da más importancia a la prueba en sí que a las formalidades.

Palabras claves: Auxilio judicial, debido proceso, prueba,

ABSTRACT

The present work reflects a qualitative effort for the study of the judicial assistance in order to correct its ambiguity according to a legal reform proposal. This figure is contained in article 159 of the COGEP and although there have been few investigations in this matter, and some authors have raised the concern of how should act the judge and the party in such a case; that is, what requirement should be asked for its implementation or how the discretion of the judge with due process could be reconciled. For the elaboration of this work it has been important the use of theoretical methods as logical, exegetical and comparative in order to consider the nature of judicial assistance, its legislative ambiguity and the proposal of its possible solution. Likewise, empirical methods were used that involved the study of the legal norm and the interviews of experts in civil procedural matters. Among the most significant results has been found in the principle favor probation is an important element to make more flexible and beneficial judicial assistance because it gives more importance to the test itself than to the formalities.

Key words: Judicial assistance; due process; evidence.

INTRODUCCION

Un proceso comprende una serie de fases que son sucesivas y que conllevan a un resultado final. Aplica a muchos aspectos de la vida como un proceso de elaboración o construcción de una casa o algo tan sencillo como un postre; puede ser algo biológico o natural como un proceso de gestación; algo administrativo como un proceso de adopción o abstractos como un proceso de integración. En el derecho el proceso es un elemento clave para su propia existencia y realización; es prácticamente imprescindible que el derecho avance sin procesos; por lo tanto, el proceso en el derecho está representado en los actos, autos, trámites, fases que están orientados a dirimir una controversia entre las partes con la intervención o mediación de una autoridad competente.

Pero en el derecho no es suficiente con que haya un proceso. Es necesario que dicho proceso se ciña a principios, y uno de ellos es precisamente el debido proceso el cual implica que el proceso debe respetar las garantías mínimas y los derechos constitucionales de los individuos a lo largo del proceso. El debido proceso ordena que el proceso se haga con eficiencia y eficacia, por lo que los administradores de justicia, las partes, los abogados litigantes y el propio Estado deben contribuir a que el proceso en el derecho se apegue lo más posible al deber ser, y este deber ser es lo que está contemplado en la Constitución y en las leyes.

Para ello es importante que las partes puedan acudir al a justicia y hacer sus alegatos y reclamar sus pretensiones por intermedio de pruebas que demuestren cuál parte tiene la razón en el juicio. Una prueba pretende ser objetiva, inobjetable, y servir como justificación de la verdad para aclarar los hechos controvertidos en un juicio. Pero tales pruebas deben estar sujetas a las exigencias de la ley; de forma tal que la prueba debe ajustarse a lo contemplado en la Constitución y a los principios del debido proceso. Aunque sea pertinente, la parte interesada no puede exhibir una prueba que haya sido extraída por la fuerza, por la tortura, a

través de la extorsión u otros elementos corruptos que empañen principios del debido proceso y de la prueba en sí.

Por ello se hace necesario que el juez tenga la potestad de intervenir en este asunto, y que la parte tenga el derecho de así solicitarlo. El auxilio judicial es una figura que ha sido contemplada en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) precisamente con el propósito de que la parte que no tenga en sus manos una prueba pertinente, pero sospeche o tenga la seguridad de su ubicación, pero no su acceso, pueda solicitar a la autoridad competente su intervención para que dicha prueba sea incorporada en el juicio. Tal figura no constituye un agravio o un elemento de parcialidad del juez hacia una de las partes, sino que su esencia es darle al proceso una mejor fundamentación en aras de obtener no la verdad formal sino la verdad verdadera.

Uno de los logros del COGEP ha sido la de establecer que, en los actos de proposición, la demanda contenga el anuncio de los medios probatorios que acreditan los hechos, lo cual tiene como finalidad evitar que se presenten pruebas de manera improvisada y en el último momento. Esta posibilidad de presentar y contradecir las pruebas durante el proceso tiene carácter constitucional, por lo que está establecido de tal manera en el numeral 7, literal h, del artículo 76 de la Carta Magna, y si bien es cierto que las pruebas que estén en manos de las partes procesales se deben ajuntar en la demanda y en su contestación, también es cierto que en caso de que una o ambas partes no tengan en su poder alguna prueba porque no les ha sido posible acceder a ella, entonces deben solicitar con sus debidos fundamentos el auxilio al juez para tales fines.

El problema es que no está claramente establecido en la normativa si para el ejercicio del auxilio judicial se pueden exigir condiciones o requisitos que no estén contemplados en la Carta Magna o la Ley, lo cual podría hacer del auxilio algo improcedente y arbitrario toda vez que la

autoridad judicial le solicite a la parte solicitante del auxilio, alguna constancia documental que justifique su falta de acceso a la prueba.

Así, el auxilio judicial a la prueba actualmente presenta algunas ambigüedades que dificultan su aplicación como figura jurídica, toda vez que no está claramente determinado cómo la parte debe proceder en el caso que no tenga acceso a la prueba. Por otro lado, ya en la práctica, no se ha evidenciado casos donde los jueces hayan dado paso a solicitudes de obtención de prueba y que hayan podido establecer una jurisprudencia al respecto.

Al contrario, existe una heterogeneidad de criterios al respecto y algunos jueces han exigido que la solicitud de imposibilidad de acceso a la prueba debe justificarse documentadamente, lo cual no parece ser muy conveniente porque no aparece en la normativa, implica un burocratismo y formalismo innecesarios, y en algunos casos, es evidente la imposibilidad de acceso sin auxilio judicial, como en el caso de cuentas bancarias ajenas. De manera tal que el problema es: ¿De qué manera la ambigüedad del auxilio judicial en el procedimiento probatorio del COGEP perjudica el debido proceso?

El propósito de la presente investigación es contribuir al perfeccionamiento del procedimiento probatorio, especialmente en cuanto al auxilio judicial como una figura jurídica que sea viable, accesible, y efectiva para la obtención de la prueba a la cual no puede accederse por otro medio. A tal fin se elaborará una propuesta legal de reforma que le dé contenido y sentido claros a los artículos para que no existan dudas o ambigüedades con respecto a los requisitos y procedimientos en la obtención de la prueba.

Para el presente trabajo se emplearon los métodos teóricos jurídico- doctrinal, especialmente para conocer que dice la doctrina sobre la prueba y el debido proceso, tomando en cuenta que hay una falencia normativa. También se empleó el análisis y la síntesis haciendo un esfuerzo por separar los elementos que componen el auxilio judicial examinarlos y ver de qué manera se relacionan, para luego hacer la síntesis que está reflejada en la propuesta. También se ha

realizado una interacción con profesionales del derecho para conocer su opinión sobre la ambigüedad del auxilio judicial.

Pregunta

El auxilio judicial a la prueba actualmente presenta algunas ambigüedades que dificultan su aplicación como figura jurídica. Señala Jorge Mazón (2018) que no está claro cómo la parte debe proceder en el caso que no tenga acceso a la prueba. Por otro lado, ya en la práctica, no se ha evidenciado casos donde los jueces hayan dado paso a solicitudes de obtención de prueba.

Además, alega el mencionado autor que algunos jueces han exigido que la solicitud de imposibilidad de acceso a la prueba debe justificarse documentadamente, lo cual no parece ser muy conveniente porque no aparece en la normativa, implica un burocratismo y formalismo innecesarios, y en algunos casos, es evidente la imposibilidad de acceso sin auxilio judicial, como en el caso de cuentas bancarias ajenas. Por lo tanto, la pregunta de investigación es:

¿De qué manera la ambigüedad del auxilio judicial en el procedimiento probatorio del COGEP perjudica el debido proceso?

Objetivos

Objetivo General

Estudiar la ambigüedad de la figura jurídica del auxilio judicial en la etapa de prueba para su corrección y fortalecimiento

Objetivos Específicos

- Estudiar la relación entre el auxilio judicial y el debido proceso
- Identificar las debilidades del auxilio judicial en el marco jurídico del COGEP
- Explicar las ambigüedades del auxilio judicial como figura jurídica procesal en materia civil

- Diseñar una propuesta legal que fortalezca la figura del auxilio judicial y corrija sus ambigüedades.

Resultados Esperados

Con la presente investigación se pretende contribuir al perfeccionamiento del procedimiento probatorio, especialmente en cuanto al auxilio judicial como una figura jurídica que sea viable, accesible, y efectiva para la obtención de la prueba a la cual no puede accederse por otro medio. A tal fin se elaborará una propuesta legal de reforma que le dé contenido y sentido claros a los artículos para que no existan dudas o ambigüedades con respecto a los requisitos y procedimientos en la obtención de la prueba.

Se espera que con la presente investigación se pueda identificar, explicar y solucionar las ambigüedades que adolece en Código Orgánico General de Procesos en cuanto a la figura del auxilio judicial. En este sentido, se espera que queda claro cuál es el problema, por qué es un problema, y cómo se considera que puede ser solucionado. La solución en sí debería hacer del auxilio judicial una figura jurídica de fácil y claro empleo para que el solicitante pueda hacerla de acuerdo a lo establecido en la norma, sin quedar sujeto a las arbitrariedades del juez, y a su vez el juez, ajustándose al COGEP, pueda rechazar la solicitud o aceptarla sin que se vea como un acto de falta de objetividad, impericia o desconocimiento de la ley que pueda comprometer su reputación, el proceso, y en definitiva la justicia en Ecuador.

Vale tomar siempre en cuenta que la prueba es un elemento conducente a la verdad a lo largo del proceso. Señalaba Emilio Calvo Baca (Calvo, 2008) que las condiciones de un medio probatorio son la legalidad, es decir, que esté admitido como tal en la ley; la oportunidad, que se haga uso de la prueba en los plazos establecidos; la publicidad, que se cita a la parte contra la que se ofrecen; y cuarto pertinencia, quiere decir, que la prueba guarde relación con los hechos controvertidos.

Pero para ello es necesario que haya claridad con respecto a la obtención de la prueba a través del auxilio judicial, en qué casos puede aplicarse, y en qué casos no; también cómo debe el interesado solicitarlo ante el juez, es decir, cuáles serían los requisitos mínimos; incluso cómo debe proceder la parte si no hay un efectivo auxilio judicial. De ahí que sea fundamental la elaboración de la propuesta de reforma ya mencionada.

Con la investigación sobre el auxilio judicial para el acceso a la prueba se espera una mejor consonancia entre dicha figura jurídica y los principios generales y los principios rectores del derecho procesal como la imparcialidad del funcionario, la igualdad de las partes, la necesidad de oír al demandado, entre otros principios generales. Por último, con el presente trabajo de investigación pretende darse un aporte a la comunidad jurídica, procurando establecer criterios con respecto al auxilio judicial que puedan ser uniformes en la práctica y que pueda así asegurar las garantías y principios constitucionales y procesales a las partes en litigio.

CAPITULO TEORICO

1.1 El proceso

En una acepción literal, lógica y no jurídica, para Devis Echandía (2012) el proceso es un conjunto de actos que están coordinados para generar un fin; de manera tal que proceso se podría referir a la de producción de un determinado material o a la construcción de una casa o edificio. Se puede hablar de proceso legislativo o elaboración de decretos que requiere la intervención de personas o entidades; en materia administrativa podría hablarse del proceso de un contrato; y en cuanto al ámbito jurídico, aunque en sentido general, se entiende al proceso como una serie o cadena de actos coordinados para el logro de un fin jurídico.

La complejidad de definir el término la planteó Cuenca (2008) para quien el proceso (jurídico) es un conjunto de actividades ordenadas por la ley para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional. Es también una relación jurídica porque vincula a los actores que en él intervienen; es un método dialéctico en la medida que investiga la verdad jurídica dentro de un conflicto de intereses; es también una institución porque está regulado según leyes de una misma naturaleza. Todo proceso de esta índole busca reparar un derecho lesionado y resarcir lo que es debido; por lo tanto, el proceso no es un fin en sí mismo sino un instrumento para realizar justicia. El proceso persigue mantener la paz social y la tranquilidad pública y evitar la justicia privada o la justicia por mano propia- otro tanto pudiera decirse de la autodefensa sin embargo la propia ley permite mecanismo para que un afectado o un demandado pueda autodefenderse en el proceso-. El proceso tiene dos fines, uno que es inmediato, que es la sentencia, y otro mediato, que es posterior y se interesa por la satisfacción de un derecho mediante la expropiación forzosa u otro medio de ejecución de la sentencia.

Couture (2014) al referirse al proceso, lo entendía como progreso o transcurso de tiempo, y en su acepción jurídica como un cúmulo de actos con orden temporal, con su propia dinámica

y su forma de desenvolverse, avanzar y llegar a su fin. Lo entiende como una secuencia de actos que van desenvolviendo de forma progresiva hasta dar con la resolución de un conflicto sometido al juicio de una autoridad. Lo equivale con causa, pleito, litigio y juicio.

A diferencia de Cuenca (2008), el escritor uruguayo aseguraba que el proceso tiene una naturaleza teleológica, por lo que se caracteriza por su fin el cual es la decisión a un conflicto a través de una sentencia que adquiere autoridad de cosa juzgada. Y al igual que el mencionado jurista venezolano, le da al proceso distintas conceptualizaciones; así, entiende al proceso como un contrato porque supone un acuerdo de voluntades, lo cual es cuestionable porque si no hay consenso el Estado puede emplear mecanismos de coacción contra la parte que no quiere litigar como la confesión ficta. El proceso también se podría entender como un cuasi contrato porque no se manifiesta la voluntad libre de las partes, pero tampoco se presenta un delito porque las partes están haciendo uso de sus respectivos derechos, sin embargo, Couture no es partidario de tal concepción porque el juicio no es contrato, ni cuasicontrato ni cuasidelito. Podría entenderse el proceso como una relación jurídica porque hay varios sujetos investidos con poderes determinados por la ley que actúan para la obtención de un fin. Esta concepción es más aceptable, y habría que considerar que la relación jurídica procesal incluye relaciones menores como la de las partes con los órganos judiciales, y las de las partes entre sí (Couture, 2014).

Otra forma de entender el proceso según Couture es viéndolo como una situación jurídica. Esta postura es contraria a la anterior, la de relación jurídica, y en palabras sencillas significa en el proceso no hay relación ni de las partes con el juez ni entre ellas mismas, sino que el juez cumple con un deber funcional de carácter administrativo y político y las partes están en estado de sujeción con respecto al orden jurídico en pro de sus posibilidades, expectativas y cargas; ergo, no hay una relación sino el estado de varias personas frente a la sentencia judicial. El proceso también puede ser percibido como una entidad jurídica de carácter unitario y complejo;

en otras palabras, el proceso vendría a ser la particularidad de sus elementos coordinados estrechamente entre sí (Couture, 2014)

Finalmente, el proceso puede ser entendido como una institución, sin embargo debe tomarse en cuenta que este vocablo tiene múltiples acepciones y es muy amplio, lo cual hace el entendimiento del proceso más confuso; *verbi gratia*, algunos juristas han entendido la institución como una individualidad subjetiva o como todo ente o cuerpo social, por lo que concluía Couture que las imprecisiones del léxico no son compatibles con el rigor de pensamiento que debe tener un jurista. En consecuencia, si se va a tomar el vocablo de institución para describir el proceso, debe entenderse como un instituto, un método, un modo de acción unitario regulado por el derecho, que es su acepción primera, común y genérica; por otro lado, también es instituto porque aunque los procesos concretos nacen y se extinguen el proceso como institución perdura, es permanente; no obstante el autor somete este atributo y otros, como la jerarquía, la objetividad y la subordinación a los fines públicos, a otras consideraciones (Couture, 2014).

En cuanto a la dinámica del proceso puede decirse que comienza con una parte que tiene la pretensión de que se declare en su favor un derecho subjetivo, por lo que acude ante las instancias competentes para presentar su demanda y obtener el pretendido derecho. La autoridad competente, el juez, se pronuncia sobre la viabilidad de la demanda y si la concede llama a la contraparte para que participe en condición de sujeto al cual se le exige el derecho ajeno demandado. De esa manera se traba la litis y se establece la relación jurídica procesal. En el litigio cada parte defiende sus intereses, sustentándolos con las pruebas que consideren pertinentes para convencer al juez a su favor. Lo que busca cada parte es acreditar a través de las pruebas la razón por la cual debe o no actualizarse el derecho subjetivo demandado, conforme con el derecho objetivo. Por su parte el juez, acoge el principio de la sana crítica en materia de valoración probatoria, se ciñe por la razón y la objetividad, y con arreglo a las reglas

de la experiencia, valora los argumentos y las pruebas que le han sido presentadas, y decidirá si concede o no el derecho reclamado (Prieto, 2014).

A decir de su origen, de acuerdo con García Falconi (2016) el proceso jurídico apareció por la necesidad que tenían los Estados de solucionar los conflictos en el ámbito jurídico, que esencialmente se manifiesta cuando se quebranta el ordenamiento normativo que el propio Estado impone a la sociedad haciendo uso de sus facultades legislativas, administrativas y judiciales. Este conflicto de desobediencia o quebrantamiento de las leyes, es lo que motiva a buscar e instaurar formas de solución, siendo una de ellas el proceso, donde se promueven las pruebas que son las que sustentan los hechos alegados por las partes pero con la imprescindible intervención del juez pues las normas son de carácter público.

1.2 El debido proceso

Señalaba Prieto (2014) que el debido proceso es el cimero de los principios. El adjetivo *debido* empleado para describir al sustantivo *proceso* permite que su devenir se eleve a derecho fundamental. El autor a su vez se pregunta qué debe entenderse por debido, y al respecto explica que en una primera acepción, debido es lo que se debe, lo que una persona debe a otra, en términos de prestación. Por otra parte, debido es lo que es adecuado, y adecuado es lo que está conforme con un principio, por lo que debido es el proceder conforme con los principios. Por lo tanto, el debido proceso es la actividad judicial destinada a resolver pretensiones desenvolviéndose apegado a unos principios, que se concentran en el concepto de justicia, y que están particularizados en las normas de procedimiento y las propias de cada proceso. En resumen, un debido proceso es lo que la Constitución española de 1978 comprende como un proceso con todas las garantías (Prieto, 2014)

Castillo (2010) fue bastante enfático en la asociación entre el debido y proceso y la Constitución. Por lo tanto, alega que el debido proceso es un derecho fundamental complejo

con carácter instrumental, que contiene numerosas garantías, y significa la mayor expresión del derecho procesal. Lo entiende como una institución- al igual que el proceso- integrada a la Constitución y que permite que los sujetos se adhieran a ella para la tutela clara de sus derechos. Por otra parte, por ser también un derecho fundamental se integra por lo general a la parte dogmática de las Constituciones escritas de cada Estado, y se reconoce como un derecho de primera generación porque forma parte de los derechos individuales, civiles y políticos que son por excelencia fundamentales. Tales derechos cuentan con sus mecanismos de protección y efectividad como recursos de amparo o la acción de tutela. Al ser un derecho fundamental, el debido proceso es también un derecho humano, reconocido por los Estados en sus respectivas Constituciones políticas, y también en los tratados y convenios en materia de derechos humanos que han suscrito y que igualmente pertenecen al bloque de constitucionalidad.

Por su parte, Casal (2014), asoció el debido proceso con el acceso a la justicia y la seguridad jurídica; así, señala que las personas pobres son más propensas a ser acusadas de hechos delictivos donde se les violan las garantías del debido proceso. Esto es importante para explicar la importancia de corregir las ambigüedades del auxilio judicial porque el débil jurídico (por lo general el pobre y el empleado) quedan más expuestos a hechos de injusticia en el proceso al no tener acceso a la prueba o al no contar con la venia del juez para el acceso. Por lo tanto, el debido proceso debe garantizarse independientemente de la situación socioeconómica de las partes involucradas.

El debido proceso podría entenderse simplemente como el cumplimiento de los requisitos previstos en la Constitución en materia de procedimiento, *verbi gratia*, con respecto a la posibilidad de una persona de defender y la producción de la prueba. (Ossorio, 2011). Esta sencilla conceptualización contiene elementos claves para este trabajo de investigación. Uno de ellos hace alusión a la Carta Magna de la cual emana el cuerpo normativo que rige un país.

En el caso del Ecuador, su Constitución contempla la figura del debido proceso en varios de sus artículos como se demostrará y analizará más adelante.

La importancia del debido proceso y el conocimiento de la prueba la refirió implícitamente Henríquez Salido (2015) cuando argumenta que la solución de un conflicto jurídico exige el pronunciamiento de una sentencia, como actividad fundamental, definitiva y definitoria, del juez; pero tal sentencia, para que sea una buena sentencia, requiere que el juez conozca la ley, el derecho y la justicia, que presencie las pruebas y el debate entre las partes, y se acoja a los principios del debido proceso, de congruencia y de contradicción.

1.2.1 Principios del debido proceso

Afirmaba Alberto Wray (2000) que la Constitución de 1998 fue la primera norma ecuatoriana en contemplar el derecho al debido proceso. Aunque su texto es anterior a la Carta Magna vigente, sus aportes en cuanto a la perfección del proceso, es decir, que lo convierte en un debido proceso, siguen siendo una valiosa contribución académica para entender dicho principio jurídico constitucional. En primer lugar la idoneidad, la cual permite asegurar los derechos básicos frente a un tipo específico de amenaza y expresa una correspondencia entre las exigencias formales, el derecho que se quiere proteger y la naturaleza del peligro que amenaza. Otro elemento es la neutralidad de manera que lo debido impide que la balanza se incline hacia una de las partes. Pero esta neutralidad no es indiferente a los intereses en juego, por lo que sí considera las preferencias, como en el caso de menores de edad, grupos vulnerables, entre otros.

La imparcialidad del órgano encargado de llevar el proceso; ello implica, de manera palmaria, que no haya vínculos con ninguna de las partes o con el caso en sí. Hay sin embargo posturas más controversiales que cuestionan la posible recusación del juez. Una de ellas es si hay una identificación, bien sea por su nacionalidad, sexo, religión, o cualquier otro elemento

que identifique a una de las partes con el juez; también es posible que el juez esté afrontando una situación similar a la causa que lleva. Wray hacía hincapié en la ideología como un elemento que sí puede afectar la parcialidad porque ser liberal o conservador- u otra ideología- influye indudablemente en las acciones; pero también aclara que la imparcialidad sigue predominando porque excluir a alguien o descalificar por su forma de pensar contraviene los derechos constitucionales, y la exclusión per se no representa una solución sino la tesis contraria.

La imparcialidad es un elemento determinante en la obtención de la prueba. Varios autores han trabajado esta problemática, aunque enfocándose en la prueba de oficio. Esto a su vez conduce a otro debate, es decir, ¿es posible considera el auxilio judicial como una prueba de oficio? Ciertamente se requiere la diligencia del juez, aunque a solicitud de la parte, lo cual lo convierte en una figura mixta o ambigua, al no depender enteramente de la parte ni enteramente del juez. Además coloca al juez y al debido proceso en una disyuntiva: si se acepta la solicitud de la prueba se pondría pensar que está parcializado hacia la parte solicitante, y si la rechaza entonces está a favor de la otra parte.

Otro elemento del debido proceso es la igualdad la cual significa que en situaciones similares se debe recibir el mismo tratamiento; de ahí que las leyes se enuncien de manera general, porque la generalidad es condición de la neutralidad y de la imparcialidad (Wray, 2000). Un quinto elemento es la transparencia, la cual tiene que ver con posibilidad de conocimiento, por lo que las partes deben tener la posibilidad de estar al tanto de los procedimientos, de los motivos para estar en el proceso, de conocer los fundamentos de hecho y las evidencias presentadas. La transparencia es a su vez condición indispensable para el principio de contradicción, el cual es otro elemento del debido proceso y significa que las partes tienen el derecho de enunciar sus argumentos, pero también someterse a las evidencias que contradigan o que reafirmen tales argumentos.

La evidencia y la motivación son los últimos elementos del debido proceso. El primero sostiene que no se pueden afectar los derechos si antes no se ha demostrado razonablemente los supuestos de hecho, los cuales deben ser invocados y probados. Lo importante es que la decisión no se tome sin antes considerar los puntos de vista de los intereses contrapuestos. Finalmente, la motivación constituye los fundamentos por los cuales el juez dicta su decisión; esta es una exigencia que se le hace a la autoridad para que dé cuenta del motivo de sus acciones, y que tales motivos compaginen con los referentes normativos que lo legitiman en el ejercicio de su autoridad (Wray, 2000).

A rasgos generales puede decirse que el debido proceso responde al concepto formal de cómo debe sustanciarse un procedimiento. (Ferrer, Martínez, & Figueroa, 2014). Además, señalaban los autores que el adjetivo debido no aparece en la mayoría de las constituciones americanas, aunque su origen aceptado es la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, en la que se establece que todos los ciudadanos tienen derecho a un proceso judicial, así como la décima cuarta enmienda, en la cual se restringe al poder del Estado resolver sobre el destino de los hombres sin que medie el debido proceso.

Los autores también le dan una importancia preponderante al principio de razonabilidad debido a que establece límites a la potestad judicial, y constituye una advertencia al Estado en el sentido de que deben ajustarse tanto a las normas establecidas en la Carta Magna como también al sentido de justicia al que hace referencia, el cual significa, a su vez, que deben cumplirse exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad. En síntesis, para los autores el debido proceso se ha desarrollado en tres grandes sentidos: un primer sentido que es del debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal; un segundo sentido, que es constitucional o debido proceso a secas, que lo entiende como un procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal; y finalmente, el desarrollo del debido proceso sustantivo o principio de

razonabilidad, el cual se puede entender como el acoplamiento de todas las leyes y normas independientemente de su ramo y de los actos emanados de las autoridades públicas con las normas, principios y valores consagrados en la Carta Magna. (Ferrer, Martínez, & Figueroa, 2014)

De acuerdo con la actual Carta Magna ecuatoriana, el artículo 11 estipula el debido proceso el cual gira sobre fundamentales principios para ejercer el derecho. En el numeral 9 del magno texto, señala que el respeto y hacer respetar la Carta Magna es el más alto deber del Estado. En consecuencia, el Estado se responsabiliza en caso de que se viole el debido proceso en sus principios y sus reglas. De igual manera, el artículo 169 de la Constitución estipula que el sistema procesa es un instrumento para que se realice la justicia, así que las normas del proceso se fundamenta en principios que lo simplifiquen, uniformen, lo hagan eficaz, inmediato, rápido y económico, lo cual que las garantías del debido proceso sean efectivas (Constitución del Ecuador, 2008).

El artículo de la Carta Magna que plantea como mayor sustancia el debido proceso es el 76 el cual contempla las garantías básicas que contiene, y que en resumidas cuentas son: el cumplimiento de las normas y los derechos de la partes deben ser garantizados por las autoridades; la presunción de inocencia; la imposibilidad de ser juzgado o sancionado por un acto que no esté tipificado en la ley; la falta de eficacia probatoria de las pruebas que se obtienen o se actúan violando la ley y la Carta Magna; preferencia de la ley menos gravosa en caso de colisión normativa; proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones; y el derecho a la defensa.

Sobre este último vale hacer una acotación y es que si bien el auxilio judicial no se limita a la defensa conviene entender qué abarca tal derecho. Así, el literal 7 del artículo 76 se disgrega en los siguientes términos: que pueda tener el tiempo y los instrumentos idóneos para su defensa; que sea escuchado en el momento que corresponde y en condiciones iguales; poder

acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento, prohibición de ser interrogado sin la presencia de un abogado o defensor público; que haya presentación de pruebas y puedan contradecirse aquellas que se muestren en contra; que no se juzgue por la misma materia o causa; que se juzgue por una autoridad con independencia, competencia e imparcialidad; las resoluciones, actos administrativos, o fallos deben ser motivados de lo contrario serán nulos, la motivación implica el uso de normas y principios jurídicos en que se funda la decisión y la explicación de la pertinencia de la aplicación.

Como puede observarse, la ambigüedad del auxilio judicial puede ocasionar que los actos donde se rechaza la solicitud- o incluso donde se acepta- puede desembocar en una violación en el derecho a la defensa toda vez que estaría mal motivada porque, aunque pueden esgrimirse principios jurídicos, las normas en cambio adolecen de precisiones.

1.3 La prueba

Con respecto al debido proceso, un segundo elemento, todavía más pertinente, es la producción de la prueba. Se evidencia en todo estudio la relación natural e inevitable entre el debido proceso y la producción de la prueba. La prueba es uno de los elementos del debido proceso, se inserta dentro del proceso para darle el carácter de debido, que en palabras llanas se entiende por debido lo que es lícito o lo que es hecho como corresponde (RAE, 2014). Para apreciar mejor esta relación, puede afirmarse que todo proceso para que sea debido, tiene obligatoriamente que dar a las partes involucradas el derecho a probar los hechos que fundan sus pretensiones, mientras que al juzgado le concierne hacer la respectiva valoración. El juez parte de una verdad material que podría exigir una mayor o menor prueba, pero que obligatoriamente debe ser demostrada en el proceso, pues solamente los hechos probados son susceptibles de aplicárseles la norma decisoria para la resolución del conflicto. Por lo tanto la prueba es una carga procesal, es parte del proceso, pero si no se rinde en su momento específico del proceso, se vence la oportunidad (Navarro, 2013).

De acuerdo con Acosta (2010) la prueba se entiende como la acción y efecto de probar; y probar se traduce como la demostración de a través de un medio la certeza de algo que se ha afirmado o la verdad de un hecho que la parte alegue. En otras palabras, la prueba surge de la necesidad y obligación de materializar lo que se afirma. En el sentido jurídico procesal la prueba es el método que se utiliza para realizar las respectivas averiguaciones y comprobaciones; por lo tanto, la prueba es un instrumento que de servir para que se verifiquen cada proposición que las partes expongan en el litigio.

Otros autores hacen planteamientos interesantes que podrían ayudar a dar luces sobre la importancia de la prueba, y por ende del auxilio judicial. Así, Vargas Ávila (2011) argumentaba que la prueba puede tener varias concepciones, siendo una de ellas la cognitiva, la cual relaciona a la prueba con la teoría del conocimiento. Es la concepción racionalista o cognoscitiva de la prueba, ergo, se vincula a la prueba en su fin con la verdad o de relativo grado de correspondencia empírica con un aspecto del mundo ontológico, es decir, que los hechos a los cuales se refiere la prueba han tenido o tienen ocurrencia en un mundo independiente, o que se corresponde con la realidad (Vargas, 2011).

Existe también una concepción persuasiva de la prueba; bajo esta concepción no interesa tanto el conocimiento, ni la verdad real, objetiva o correspondiente de los hechos, lo que se persigue es persuadir al juez y una solución institucional del conflicto y que sea favorable a los intereses de una de las partes. Esta concepción simplemente sacrifica la parte científica como un instrumento para la averiguación de la verdad pues ésta no es el fin de la prueba y del proceso.

Este tipo de opinión se corresponden con otros autores como Vivares (2015) quien consideraba que la prueba no es producto del proceso ni mucho menos nace por cuenta del

derecho, sino que obedece a otros ámbitos como la gnoseología, la epistemología y la probabilística, sin embargo, llega al proceso jurisdiccional gracias al derecho probatorio.

Tartufo (2013) fue más incisiva en este punto y señala que los métodos científicos como instrumentos para la averiguación de los hechos que son objeto de controversia representan una de las novedades más importantes y más influyentes a finales del siglo pasado en el ámbito del derecho procesal. Aunque la aplicación de la ciencia para estudiar la prueba no es nuevo pues entre otras cosas el juez siempre se ha apoyado en expertos para la evaluación y corroboración de los hechos y así poder ir más allá del conocimiento popular, más allá de la aplicación de nociones técnicas y científicas la novedad radica en el aumento de la frecuencia con la cual se hace uso de tales nociones, y en las características que han comenzado a mostrar en los últimos años.

Este punto no puede dejarse pasar por alto porque precisamente el elemento tecnológico podría estar riñéndose con conceptos como los derechos fundamentales y las libertades públicas. (González, 2012). Al respecto, el autor se refiere específicamente al ámbito laboral y refiere que el empresario tiene potestades para adoptar las medidas de vigilancia y control que considere más oportunas para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes del trabajador; pero tales medidas deben hacerse considerando también la dignidad humana, que a su vez comprende la intimidad personal y el secreto de sus comunicaciones. Tales medidas de control se pueden llevar a través de diferentes medios, y aduce el autor que se puede distinguir la valoración y la eficacia de la prueba distinguiendo dos situaciones, la primera en la que se emplean medios tradicionales como cintas magnetofónicas y videos, y otros medios más novedosos que incluye, entre otros los correos electrónicos.

Ferrer Beltrán et al (2016) discurrieron sobre la verdad material, también llamada objetiva, real e incluso, aunque suene tautológico, la verdad verdadera, ínterin la otra verdad es la

procesal, formal, judicial o forense. La primera se da más allá del proceso judicial, pero lo ideal es que ambas verdades se encuentren, es decir, que la verdad que se establezca en el proceso también se refleje en la realidad. El COGEP señala en el artículo 159 que la prueba debetener pertinencia, utilidad y conducencia y se practicará según la ley con lealtad y veracidad.

De acuerdo con Couture (2014) la prueba es probar, y probar es demostrar de alguna manera que algo es cierto o demostrar la verdad de algo que se afirma. En lo jurídico, la prueba es un método de averiguación y un método de comprobación; y específicamente en lo civil, una prueba es demostración y comprobación de que las proposiciones formuladas en el proceso son verdaderas o falsa.

Otros autores entienden probar como una noción que recuerda que la concretización de la prueba no es otra cosa que acreditar la existencia o inexistencia de ciertos hechos que se alegan, mediante la acción de probar, derivando de dichos hechos los juicios, motivos o razones que convengan y le permitan tener la certeza al juez, empleando para ello los mecanismos o medios de prueba con los que provee el ordenamiento jurídico. (Ferrer, Martínez, & Figueroa, 2014)

Según Jiménez la prueba es una actividad procesal realizada con la ayuda de los medios estipulados en las leyes, y que ayuda a generar la certeza judicial con respecto a que los hechos que afirma cada una de las partes bien sea para pretender o para defenderse, es decir, la prueba confirma si los hechos existieron realmente o no (Jiménez, 2015). Por su parte, Ferrer afirma que la prueba, como un derecho garantizado, debería asegurar a las partes la posibilidad de valerse de los medios generalmente reconocidos por el ordenamiento y, al mismo tiempo, impedir al legislador poner obstáculos no razonables de los derechos hechos valer en juicio (Ferrer, 2013).

Se parte del hecho de que en el litigio los hechos alegados pueden ser aceptados o contradichos por la otra parte. Si son aceptados se debe discurrir sobre cómo ocurrieron los

hechos, mientras que, si se han negado, la carga de la afirmación tendrá que acompañarse de una actividad diferente de la meramente alegatoria, cuyo propósito consiste en formar la convicción del juez sobre la existencia o no de los hechos que sustentan las respectivas afirmaciones de cada una de las partes.

De esto resulta que en materia procesal la prueba es un aspecto fundamental en un Estado de Derecho y por supuesto del debido proceso. Sobre esto el consenso es universal y sería una necesidad cuestionar la importancia de la prueba. Sin embargo, la verdadera disyunción versa sobre cuáles son las pruebas pertinentes, cómo obtener las pruebas y cómo deben incorporarse al proceso.

Al respecto, solo los hechos afirmados por las partes pueden ser objeto de prueba. Deben ser controvertidos, es decir, afirmado por una de las partes y negado por la otra. Esta característica es clave para entender la importancia del auxilio judicial. En este sentido, si es imposible acceder a la prueba sin intervención de la autoridad judicial, es más fácil para una parte negarse a los hechos que le desfavorezcan. Los hechos también deben ser conducentes para la decisión de la causa, es decir, que tenga pertinencia para resolver sobre el fondo del litigio; lo contrario significa que el hecho es inconducente. Esto también es perentorio para el auxilio judicial, porque determinar la conducencia o no de una prueba que solo puede ser obtenida a través del auxilio judicial podría violar los principios del debido proceso. Es decir, aunque el juez no se negare a practicar el auxilio judicial si pudiera alegar que el hecho no es conducente para resolver la controversia. (Jiménez, 2015)

No son objeto de prueba los hechos no afirmados por ninguna de las partes porque se estaría violentando el principio de congruencia, en otras palabras, no pueden producirse pruebas sin hechos alegados por las partes, y el juez no puede pronunciarse sobre hechos que no hayan sido afirmados por aquellos.

De acuerdo con Ferrer, Martínez y Figueroa, (2014), al hablarse de prueba en su sentido jurídico, se hace referencia a dos acepciones. Uno extraprocesal y otro procesal. En la primera acepción, lo que se pretende es cumplir con la solemnidad exigida por la ley para que el acto jurídico tenga existencia y validez, como ocurre, *verbi gratia*, con los actos dispositivos de derechos reales en bienes raíces; también sirve la prueba en lo extraprocesal para darle seguridad y garantía a los derechos subjetivos; y una tercera función es simplemente la creación, modificación, y extinción de situaciones derivadas de los hechos, actos y providencias que la ley califica como idóneos.

En cuanto a la prueba con un sentido jurídico procesal, se entiende por ella como la herramienta procesal, la razón, el argumento, el instrumento o el medio con el que se propone demostrar o dejar constancia ante al funcionario competente sobre la verdad o falsedad de los hechos alegados, para que dicho funcionario en consecuencia aplique determinada consecuencia jurídica. La prueba, en este sentido, determina su relación ineludible con el derecho procesal; configurándose así la trilogía: norma sustancial (hipótesis); prueba (la razón de la convicción); y la forma de llevarle al funcionario esa razón, o de adquirirla oficiosamente. Con respecto a la forma está gobernada por el propio derecho procesal, es decir, es éste el que determina el medio o los medios, la admisibilidad y oportunidad, el modo y el sistema de valoración. (Ferrer, Martínez, & Figueroa, 2014).

La cita es pertinente porque reitera la importancia de prueba si se entiende simplemente como la razón de convicción, o el elemento convincente objetivo que permite al juez poder emitir un juicio. Colocándolo en palabras llanas, podría decirse que los alegatos son infinitos, podrían las partes realizar argumentaciones a espuestas, pero ninguno podría prevalecer sobre el otro debido al principio de igualdad e imparcialidad; sin embargo, la prueba, sobre todo la documental, es finita, es objetiva, invariable.

Bien reseñaba Castañeda (2017) la importancia de la prueba para el proceso. Al principio del proceso, el juez conoce el derecho (*iura novit curia*) pero desconoce los hechos. Al final del proceso conoce los hechos alegados y las pruebas que los sustentan y entonces conoce la verdad procesal y puede emitir en consecuencia un juicio. El juez construye su decisión judicial con base en razonamientos constitucionales y legales, principios del derecho y doctrina jurídica que son necesarios para fundamentar sus conclusiones, las cuales son expuestas con brevedad y precisión pero bien motivadas. En la decisión del juez, se tiene por cierto lo que ha sido probado o cuando existe presunción judicial; si existen dudas al momento de tomar la decisión, se aplican principios constitucionales y legales tales como *in dubio pro reo*, *in dubio pro operario*, *in dubio pro infante*, interés superior del niño, presunción de legalidad. (Castañeda, 2018). Como puede fácilmente inferirse de la cita, lo que importa es la verdad procesal.

Algo que debe tomarse siempre en cuenta es que las pruebas no sirven para reconstruir los hechos en las idénticas circunstancias en que ocurrieron, pero sirven para reconstruirlos en condiciones similares a través de operaciones mentales a través de la ficción o representación, que a diferencia de las expresiones artísticas, el juez debe ser rigurosamente apegarse a las pruebas, esto es, que no tiene licencia para tergiversar la realidad, o agregarle o quitarle elementos. Lo artístico por lo general responde a la necesidad imperiosa del espectador de hacerlo olvidar por un momento de la imperfecta, la de emanciparnos de la tiranía de un mundo lleno de injusticias, fealdades y limitaciones, la de sacudirlo de su vida ordinaria, recreándolo con el espectáculo de un mundo más hermoso que aquél en que se desenvuelve.

En el derecho las recreaciones responden a una necesidad diferente, la cual es saber, conocer con la mayor exactitud posible la realidad tal cual como existió. El juez, a diferencia de la libertad que tiene el espectador del arte, tiene el deber de valorar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, de apelar a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia y a la ayuda de peritos. La motivación del juez legitima la valoración de la prueba; en su

decisión da cuenta del mérito que le ha asignado a la prueba, para lo cual argumenta, narra e informa a las partes y a la sociedad en general sobre los elementos de convicción, garantizando así el debido proceso. En esto concordaba Parra Quijano (2006) quien aducía que la prueba tiene una importancia fundamenta en las ciencias reconstructivas porque permite conocer el pasado, pero en el ámbito del derecho es vital porque además permite saber quién tiene la razón. De esta manera, el juez reconstruye los hechos procurando acercarse a la exactitud de cómo se supone ocurrieron y los coteja con la norma general y abstracta prevista por el legislador. Si el juez no hace esta tarea es imposible la aplicación de la norma.

Finalmente, de acuerdo con Rivera (2011), conviene hacer una distinción entre prueba, medio de prueba y fuente de prueba. Explica que hay una confusión en los términos señalando que, *verbi gratia*, para Carnelutti las fuentes de la prueba son testimonio, documento e indicio, mientras que para Echandía no son fuentes sino medios de prueba, y para Sentís el testimonio y la declaración del testigo son medios mientras que el testigo es fuente. Brevemente puede diferenciarse los términos diciendo que los medios de prueba son instrumentos que transportan los hechos al proceso; son susceptibles de dar un dato demostrativo de la existencia de uno o más hechos que permiten reconstruirlos donde se encuentran las fuentes de prueba; un ejemplo de ello sería el peritaje.

En cuanto a las fuentes de prueba, dice Rivera que son los órganos, instrumentos o circunstancias que conducen el hecho concreto al proceso porque en ellos está el hecho. Son los elementos donde quedan estampados los hechos históricos que se reconstruyen en el proceso. Se distinguen porque son materiales no abstractos, es decir, ya no es la prueba testimonial de fulano, sino fulano como testigo que presenció los hechos; no es la prueba documental en abstracto sino el documento en sí que contiene el contrato de arrendamiento entre dos personas determinadas; no se trata del vehículo como cosa en abstracto sino el vehículo con su respectiva identificación tal sobre la cual recae la experticia. Vale decir que la

fuerza es de donde se extrae el conocimiento de los hechos en su sentido integral. (Rivera, 2011).

Debe advertirse que doctrinariamente la diferencia entre medio y fuente no queda tan claramente delimitada; tanto es así, que De León y Mendoza (2011) al describir los medios de prueba lo han hecho en el sentido que Rivera se refiere a fuentes; en este sentido entiende a los medios de prueba como los elementos empleados por las partes o la fiscalía que le dan razones o argumentos al juez para pronunciarse sobre la causa; también puede entender como el vehículo o transporte con el cual se llevan al proceso las razones o argumentos que demuestran la existencia o no de los hechos controvertidos. Así, si el imputado presenta en el proceso un documento para sustentar sus defensas, el medio de prueba está representado por el documento en sí, mientras que la prueba sería la declaración que contiene el documento. En cuanto a los testigos, la prueba es la declaración, mientras que el testigo es el medio de la prueba. Pero los medios probatorios podrían no probar lo ocurrido, es decir, no generar la certidumbre o el conocimiento de los hechos probados. (De León & Mendoza, 2011)

Mientras tanto la prueba, en resumidas cuentas, para Rivera es la concreción en el proceso de los hechos que en él se debaten y que permiten al juez formular la proposición “Está probado que...”. Por lo tanto, prueba es el producto de la acumulación de la actividad probatoria en la realización de la fuente a través de los medios probatorios (Rivera, 2011).

En este punto se quiere hacer énfasis en la importancia de la prueba para el proceso. Aunque explícita o implícitamente ya se haya hecho referencia de ello en su conceptualización, se considera necesaria su recapitulación y profundización al respecto. En este sentido, parte de su importancia es que está destinada a producir la certeza en el juez, por lo que no puede prescindirse de ella sin atentar contra los derechos de las personas (Parra, 2006). También señalaba Parra Quijano que la prueba permite conocer el pasado, importancia que se le atribuye

dentro de cualquier ciencia reconstructiva, pero en el caso del derecho permite además saber que parte del proceso tiene la razón.

Esto tampoco significa que la existencia de la prueba es una condición sine qua non para que el juez pueda tener certeza o para que no se atenten contra los derechos. Es igualmente posible que se atenten derechos por no pronunciarse por falta de pruebas, de hecho no le es permitido al juez no tomar una decisión por falta de pruebas.

Por último, el procedimiento probatorio tiene que ver con las actividades procesales relacionadas con la prueba en las diversas etapas del proceso, va desde el ofrecimiento hasta la valoración de la prueba, por lo tanto, se refiere a la investigación, la proposición, la admisión, la práctica y la valoración de los diversos medios que la ley ordena (Toyama & Higa, 2012)

1.4 Derecho a la prueba

De acuerdo con Talavera (2009) si la función del proceso es la aplicación del derecho entonces es fundamental es que el ciudadano tenga derecho a demostrar la verdad de los hechos en que se fundamenta su pretensión procesal. Es otras palabras, el ciudadano, en su condición de parte procesal, tiene derecho a probar que se han producido, o no, hechos a los que el derecho establece consecuencias jurídicas.

Aunque Talavera realizó su investigación desde el derecho peruano y penal, al apoyarse en sentencias de tribunales constitucionales, expone ideas generales del derecho que pueden también aplicarse a la realidad civil y ecuatoriana. En efecto, señala que existe un derecho constitucional a probar, guiado por los propios fines de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. De igual manera, el derecho a probar es un elemento básico del derecho al debido proceso, que faculta a las partes procesales a postular los medios probatorios que expliquen sus afirmaciones en el proceso, dentro de los límites y alcances que la Constitución y la ley establecen. (Talavera, 2009). En efecto, como ya se ha señalado, el derecho a probar

está contemplado en el artículo 76, en su numeral 7, literal h, de la Carta Magna. (Constitución del Ecuador, 2008).

El derecho a la prueba tiene una doble dimensión o carácter. Una dimensión subjetiva, que explica que las partes o un tercero legitimado en un proceso tienen el derecho de producir la prueba necesaria, con el propósito de acreditar los hechos que escriben su pretensión o defensa. La otra dimensión, la objetiva, contempla el deber que tiene juez que lleva el caso para solicitar, actuar y dar en la sentencia el mérito jurídico que corresponde a los medios de prueba. (Talavera, 2009).

El derecho a la prueba a su vez entraña otros derechos, los cuales son: El derecho a ofrecer medios de prueba, derecho que solo es condicionado por los alcances y límites que establece la ley, por lo que no permitirlo se estaría violentando el debido proceso y la tutela judicial procesal efectiva. Así, pueden presentarse pruebas típicas o atípicas, aplicándose en este último caso medios análogos para su incorporación. Otro derecho es que los medios de prueba que se ofrezcan se admitan y trata en que el actor procesal tiene derecho a que sean admitidos los medios probatorios que ha ofrecido y que tratan de cumplir con el propósito de dar acreditación a la existencia o no existencia de los hechos que son foco de controversia. Deben admitirse todas las pruebas que puedan ser idóneas para aportar de manera directa o indirecta elementos de juicio sobre los hechos que deben ser probados. Este derecho no implica la obligación del órgano judicial de admitir todas las pruebas que sean ofrecidas, es decir, se pueden rechazar cuando no sean pertinentes, ni conducentes ni oportunas, o manifiestamente excesivas (Talavera, 2009). Por supuesto, corresponde al juez en su sentencia motivar el desecho de cada prueba.

El derecho para que haya una actuación adecuada de los medios de prueba aceptados, representa un tercer derecho que se deriva del derecho a la prueba, y se entendido éste como el

derecho que tienen los actores procesales para que se actúe de forma debida, es decir, que en los actos procesales se incorporen y ejecuten los diversos medios concretos que se invocan, solicitan o decretan de oficio. Este derecho significa que las partes no deben conformarse con cualquier práctica de la prueba en el proceso, de ahí que también se plantee la que se maximice la participación de las partes mediante el principio de contradicción, teniendo las partes la oportunidad en todo momento de contraprobar lo alegado por la parte contraria. (Talavera, 2009)

Señalaba Talavera que para una actuación probatoria adecuada se deben seguir rigurosamente los siguientes principios: El principio de legalidad de la actividad probatoria, el cual significa que la obtención, la recepción y la valoración de la prueba se desarrollan en orden a lo establecido por la ley, o en palabras más simples, que la actividad procesal se realice de acuerdo a la ley. Por lo tanto el principio precisa que, primero, solo se admitan los medios legalmente previstos, por lo que deben respetarse las limitaciones probatorias; y segundo, que los medios se propongan y practiquen de conformidad con la ley y no de otra forma.

El otro principio es la publicidad, que ordena que no solo las partes sino el público tengan oportunidad real y efectiva de constatar la recepción de la prueba. En los procesos sumarios solo es posible una publicidad mediata. La contradicción como tercer principio implica que para que la prueba sea válida y eficaz, se produzca con audiencia e intervención de la contraparte, de modo que pueda fiscalizar su promoción y contar con posibilidad de ofrecer prueba en descargo. La inmediación como cuarto principio obliga a que el juez y las partes se encuentren en contacto personal e inmediato con las personas, hechos y cosas que sirven como fuente o medio de prueba, según sea el caso, de modo tal que pueda alcanzarse una real coincidencia entre el hecho percibido y el hecho objeto de prueba. Finalmente, la comunidad de la prueba es la ventaja o provecho que los sujetos procesales pueden sacar de un medio de

prueba introducido en el proceso, independientemente de quien lo haya planteado. (Talavera, 2009).

En todo caso, se debe hacer hincapié en este principio porque corresponde con el auxilio judicial, si se entiende éste como un acto procesal para la incorporación de las pruebas en el proceso. Otro derecho derivado del derecho a la prueba es el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba. En palabras sencillas este principio indica que de poco sirve tener derecho a ofrecer medios de prueba o que éstos sean admitidos para su actuación en el juicio, si no están disponibles para su actuación en el momento oportuno del debate. De ahí que se plantee la idea de la prueba anticipada como aquella que se practica antes de juicio en términos que permitan la contradicción, cuando hay temor de que no pueda practicarse en juicio o que algo pudiera causar su suspensión.

Derecho a una valoración racional de las pruebas actuadas, como otro de los derechos que comprende el derecho a la prueba, implica que no basta que se les reconozca a las partes el derecho a que se admitan y se practiquen las pruebas pertinentes que demuestran los hechos que fundamentan sus respectivas pretensiones, porque si no se asegura el efecto de la actividad probatoria, es decir, la valoración de la prueba que hace el juez en la sentencia, entonces se vuelve en una garantía ilusoria y meramente ritualista. Este derecho exige que las pruebas actuadas en el proceso se valoren de forma adecuada y con la motivación debida. Con este principio se plantea una doble exigencia al juez: Por un lado, no puede omitir la valoración de las pruebas aportadas por las partes al proceso debido al respeto de los derechos fundamentales y lo que ordenan las leyes correspondientes; por otro lado, se le exige al juez que valore las pruebas con criterios objetivos y razonables. De ahí que la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, significa una vulneración del derecho a la prueba y, por lo tanto, al debido proceso

Finalmente, más que un derecho es una obligación, los jueces deben fundamentar razonada y objetivamente el valor jurídico de la prueba en la sentencia. El derecho a la prueba no consiste solamente en que los medios de prueba se practiquen de manera adecuada, sino que deben tener la motivación debida. La valoración debe ser hecha por escrito, con el fin de que las partes, sobre todo la vencida, puedan confirmar que dicha valoración se realizó de manera afectiva y adecuada. La motivación debe cumplir también con las condiciones de racionalidad, coherencia y razonabilidad. (Talavera, 2009).

1.5 Principios generales que rigen la actividad probatoria

De acuerdo con Ramírez Salinas (2005), es pertinente hacer referencia a estos principios pues como ella misma señala que los principios generales de la prueba judicial representan una base de todo procedimientos, y si no se conocen tales principios, la actividad que se desarrolle va a carecer de todo sustento y será simplemente el resultado de una mecánica basada en la práctica tribunalicia, sin ningún conocimiento de lo que conduce a ese resultado, que si bien está contemplado en el derecho positivo vigente, tiene sus fundamentos en tales principios.

1.5.1 Principio de unidad de la prueba

Este principio comprende en primer lugar la evaluación de la prueba en su conjunto, lo cual es importante porque si hay una apreciación general de la prueba se puede tener un mayor grado de certeza ya que existirán pruebas que existan como respaldo, así como otras que desvirtúen aquellas pocas convincentes. Las pruebas deben evaluarse de forma interrelacionadas, no de forma aislada, y dentro del contexto del procedimiento probatorio, para determinar las concordancias y discordancias. Tal evaluación le da mayores garantías al proceso, y además protege a las partes y al juez.

La prueba no debe evaluarse de forma aislada porque sola no le permite al juez tener un panorama amplio del procedimiento probatorio, y tampoco es suficiente para iluminar al juez en el propósito de llegar a la certeza. Otro elemento de este principio es la ejemplificación que se refiere a las presunciones las cuales desempeñan un rol instrumental en el procedimiento probatorio cuando suple las ausencias de elementos de juicio; así, adquieren relevancia cuando no hay pruebas contundentes que convencan al juez. La presunción entonces admisible como prueba cuando hay una conexión tan íntima y estrecha entre el hecho que se tiene por demostrado y el que se trata de establecer que aleja la posibilidad de llegar a conclusiones distintas.

Finalmente, el principio también versa sobre la valoración que se refiere a la sana crítica, la cual es una fusión de lógica y experiencia lo cual no implica la discrecionalidad o arbitrariedad del juez. La sana crítica como una ciencia que discierne lo verdadero de lo falso, se aplica tanto a la prueba de testigos y peritos como a los indicios, datos y comprobantes que aparecen en la causa y acompañan a la crítica racional. La sana crítica sirve al juez para determinar la fuerza de convicción que contienen las pruebas introducidas y poder determinar su eficacia para el logro de su propósito. La sana crítica se activa por reglas de la lógica y las máximas de experiencia.

1.5.2 Principio de la Comunidad de la prueba

Tal comunidad se sustenta en el principio de oportunidad del elemento probatorio una vez que la prueba y se admite en el proceso. Una duda podría generarse una de las partes que anunció y adjuntó la prueba o incluso solicitó su práctica que logró realizarse e incorporarse al expediente, pero quiere desistir o renunciar a la prueba. Al respecto el COGEP no establece regulaciones sobre la renuncia porque se entiende que no lo permiten los principios de oportunidad, intermediación, contradicción y unida. No obstante, señala Velepucha, y este es un elemento a tomar en cuenta, al estar tales principios desarrollados en una forma tan general, se

corre el riesgo de que el juez pueda desistir de la prueba cuando es parte del proceso. La prueba por lo tanto debe entender que una vez en el proceso no pertenece a ninguna de las partes, ni tampoco al juez sino del proceso y le permite al juez una valoración conjunta e integral con los otros elementos probatorios. (Velepucha, 2016). En otras palabras, la prueba pertenece a la prueba, y no a quien la aporta porque el proceso supone la realización de un interés público que comprende la justa composición del litigio que a su vez implica el recaudo de la prueba. En resumen, las partes no pueden desistir de las pruebas, tampoco el juez; la prueba pertenece a la masa probatoria, a una comunidad en razón de un interés público que es la realización de la justicia.

1.5.3 Principio de contradicción de la prueba

Dado que ambas partes aportan pruebas para sustentar sus pretensiones y sus intereses son diferentes, se produce esa colisión de intereses por lo que debe haber un control recíproco entre sí con el propósito de precautelar los derechos respectivos. (Ramírez, 2005). En el proceso se establece cierto grado de equilibrio pues ambas partes tienen los mismos derechos para presentar las pruebas convenientes que validen sus pretensiones, y el juez atiende por igual a ambas partes, sin mostrar preferencia alguna. También a un mutuo derecho a fiscalizar la prueba del otro, es decir, que no existen pruebas secretas.

Para Zabaleta (2017) este principio permite que la parte tome posición y se pronuncie sobre pretensiones y declaraciones de su contraparte; la oportunidad de participar, y que la audiencia tenga carácter bilateral, es un elemento básico de las garantías constitucionales. Según este principio, las partes deben tener la oportunidad para tomar posición, pronunciarse y poder refutar los alegatos, fundamentos y pruebas presentados por la otra parte. La contradicción es la oportunidad por igual de formar parte de la relación dialéctica en la administración de justicia, con igual oportunidad de acción y contradicción. La contradicción también es tener la

oportunidad de ser escuchado, de que la parte pueda defenderse, y de que el juez no pueda emitir una decisión sin antes escuchar los alegatos de ambas partes del proceso.

1.5.4 Principio de ineficacia de la prueba ilícita

Está relacionado con el principio de legalidad. Si bien en un principio todas las pruebas son admisibles, se pueden hacer ciertas discriminaciones dependiendo del caso. No solo es un requisito llegar a la verdad de los hechos, sino que también debe hacerse con los medios adecuados. Hay que diferenciar también la prueba prohibida por la ley, de las que son adquiridas de forma ilícitas. Aquellas fuentes de prueba que han sido obtenidas contraviniendo la ley, son ilícitas. Al ser ilícitas carecen de eficacia y deben ser rechazadas por el juez.

Señala también Ramírez que las probanzas se declaran ineficaces, no por el mero hecho de contravenir preceptos normativos, o por evadir mecanismos puramente formales con respecto a la forma de su obtención; sino que el fin primordial al otorgar el efecto de la ineficacia a los medios de prueba, es precautelar los derechos protegidos en diversas normas y en especial en la Constitución. Esta cita se trae a colación porque podría inferirse que parte la imposibilidad de materializar el acceso judicial podría ser precisamente la renuencia a contravenir preceptos normativos e incluso por evadir mecanismos formales que se desconocen o de los que no se tiene la seguridad.

1.5.5 Principio de inmediación de la prueba

Este principio implica que el juez tiene una relación directa con las pruebas, es decir, que puede apreciarlas personalmente, lo cual se evidencia claramente en los testigos. Esto le permite al juez aclarar sus dudas sin tener que emplear otros mecanismos más onerosos o que signifiquen dilaciones al proceso. La inmediación también impide las intermediaciones fútiles que pueden dar pie a desviaciones erróneas con respecto a la interpretación y valoración de la prueba. Este principio está estrechamente relacionado con la oralidad, pues es ésta la que

permite la inmediación, aunque no tendría ninguna pertinencia en lo documental, pero sí es fundamental en lo testimonial y confesional.

De acuerdo con Duque (2012) lo importante de este principio es que se dé necesariamente en el juicio una relación directa del juez personalmente con las pruebas; es decir, que los elementos a ser juzgados como medios de prueba los obtenga el juez de primera mano y personalmente, empleando sus propios sentidos para extraer la fuente de información. La inmediación está relacionado con la forma cómo se produce la prueba, por lo que el juez no debe informarse directamente y no por otros sujetos u otros momentos distintos al propio juicio.

1.5.6 Principio de favor probationes

Este principio es significativo para el presente trabajo de investigación porque sugiere que se esté siempre a favor de las pruebas. Este principio debe aplicarse en el caso de que se pretenda hacer prescindencia de ciertas pruebas y cuando hay dudas de las pruebas ofrecidas; en tales situaciones se debe desobedecer el criterio estricto para admitir y valorar y más bien darle admisión, conducencia y eficacia a las pruebas que no se consideran suficientes.

Señala Ramírez que en los casos que respecta a la esfera íntima de la persona, es muy importante dar lugar a la conducencia de cualquier medio idóneo que pueda demostrar los hechos. El artículo 159 en su segundo inciso sostiene que la prueba a la que no se tiene acceso igualmente debe ser anunciada. Atendidos a este principio, y a los principios previos, lo correcto es que la prueba con tal condición, pueda ser aceptada y que no se vea excluida por asuntos de meros formalismos, o por alguna arbitrariedad del juez.

En una sentencia venezolana de su Sala de Casación Civil (2010) hacen mención de este principio y al respecto señala que ordena el favorecimiento de la prueba cuando ésta se ha producido en juicio de forma regular porque se corresponde con artículos de la Constitución y coadyuva con el propósito del proceso como un mecanismo para la realización de la justicia y facilita la delicada labor del juez de sentenciar. Además, aduce la mencionada Sala que el

principio persigue que un medio de prueba determinado sea aceptado en los casos en los que el juez esté vacilante o tenga dudas sobre su admisión por no contar el medio de prueba con los requisitos fundamentales para ser admitido como que sea relevante, idóneo, pertinente, legal, entre otros; y tal decisión se toma para que se produzca la prueba y el juez pueda reservarse su valoración en la sentencia, pudiendo extenderse el principio hasta la fase de ejecución de la prueba para que el juez la practique, siempre y cuando tenga por norte la búsqueda de la verdad para hacer justicia en un caso concreto.

1.5.7 Principio de la originalidad de la prueba

Hace referencia a determinar los mecanismos más apropiados para demostrar los hechos. Las partes que ofrecen deben entregar pruebas que se caractericen por su concreción, originalidad e inmediatez, que faciliten la determinación de los hechos y así se permitan la apreciación de forma directa y eficaz de los acontecimientos reales. Actúa como filtro, excluyendo los medios dilatorios e insuficientes que desvían el procedimiento probatorio y alejan de la verdad. Este principio no está en contradicción con el principio anterior ni constituye un amenaza contra lo que se quiere que sea el auxilio judicial, de la que debe existir una mejor disposición del juez para admitirla- más en razón de las lagunas legales manifiestas en el COGEP al respecto-, sino que las fuentes y medios de prueba sean pertinentes; en este sentido, como ha dicho Tarrufo (2013) , de poco resultaría admitir testigos en un caso donde se requiera la opinión de peritos, que son quienes tienen el conocimiento necesario para determinar una situación.

1.5.8 Seguridad Jurídica

Puede entenderse sencillamente como una condición básica para la vida y el desenvolvimiento de los Estados y los individuos que en ellos interactúan. Es la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de forma tal que las personas saben, en todo momento, cuáles son sus derechos cuáles son sus derechos y sus derechos, los cuales están previamente establecidos

así que no están sujetos al capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes. La seguridad jurídica también implica que se limitan y determinan las facultades y los deberes de los poderes públicos. (Ossorio, 2011).

La Constitución en su artículo 82 establece que el derecho a la seguridad jurídica se basa en el respeto a la propia Carta Magna y consiste en que existan normas jurídicas que se caractericen por su previsibilidad, claridad, publicidad y aplicabilidad por las autoridades judiciales respectivas. Como puede observarse, debe haber una claridad en la norma para que pueda garantizarse la seguridad jurídica y en el caso del auxilio judicial regulado en el COGEP no se evidencia tal requisito constitucional lo que hace que se vulnere la seguridad jurídica de las partes, pudiendo quedar a merced del capricho, torpeza o mala voluntad del juez.

1.6 El auxilio judicial como medio de prueba

La Escuela de la función Judicial (2018) comprende la falta de acceso a las pruebas como una excepción, lo normal entonces es que las partes tengan un acceso normal a las pruebas que sustentan los hechos alegados. En tal caso, se dirige en primer lugar al numeral 7 del artículo 142 del COGEP, el cual establece, al final, que de no tenerse acceso a las pruebas documentales o periciales debe hacerse una descripción de lo que contiene, indicando con precisión el lugar donde están encontradas dichas pruebas y solicitando las medidas respectivas para su práctica. En segundo lugar, la Escuela se refiere al artículo 225 *ibídem*, el cual establece que cuando una de las partes justifica no tener acceso al objeto de la pericia, puede solicitar en la demanda, en la reconvencción o en sus respectivas contestaciones que el juez orden su práctica y designe al perito correspondiente. El informe pericial solicitado se notificará a las partes con un término de diez días antes de la audiencia, término que podría ser ampliado si el juez lo estima conveniente considerando la complejidad del informe.

Por otra parte, los incisos segundo y tercero del artículo 159 del COGEP (2015) establecen que la prueba a la que no sea posible tener acceso debe ser anunciada, y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, salvo las excepciones previstas en el Código. El documento o información no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar al juez que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas del Código.

Ahora bien, en la actividad procesal se espera que las partes presenten las pruebas sin mayores contratiempos. Sin embargo, en los casos que no sea posible acceder a la prueba, es necesario solicitar el auxilio judicial para su obtención. En el caso de Ecuador, el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos, en sus numerales 7 y 8 contempla una excepción a la calificación de la demanda que hacen los jueces, debido a que el demandante, en su libelo, debe describir el contenido de las pruebas documentales o periciales, con indicaciones precisas acerca del lugar donde se encuentra y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

El numeral 7 del artículo 142 del COGEP señala que la demanda se presenta por escrito y, entre otros requisitos, debe contener el anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Por una parte, el artículo estipula que se acompañará la nómina de testigos con la indicación de los hechos sobre los cuales versarán su declaración, y también ha de especificarse los objetos sobre los que deben tratarse las diligencias por ejemplo la inspección judicial, la exhibición, el informe del peritos entre otros de tal índole. Por otra parte, en cuanto a los actores del proceso interesados en que se realice la investigación, señala el artículo que si no se puede acceder a una prueba documental o pericial, se debe describir lo que contiene, y precisar sobre el sitio donde está ubicada la prueba, y solicitar las medidas adecuadas para que se practique.

De acuerdo con Velepucha (2016) en el artículo 159 del COGEP se encuentran elementos como la producción u obtención de la prueba, la cual si existe y está en manos de una de las partes del proceso debe adjuntarse, según el caso, a la demanda, contestación de la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción con el correspondiente anuncio de prueba. Ahora bien, señala el autor que cuando no es posible la producción u obtención de la prueba, de conformidad al inciso tercero del artículo mencionado, se solicita el auxilio judicial para que la autoridad que conoce el caso ordene la entrega de los elementos probatorios, o facilite su adquisición. Esta acción abarca, por un lado, la averiguación o investigación, y dependiendo la naturaleza del caso, se podría asegurar la prueba a través de medidas preventivas, recepción anticipada, y coerción de fuerza pública.

Las medidas preventivas están contenidas en los artículos que van del 124 al 133 del COGEP, y de acuerdo a dicho código, se entiende que cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito (artículo 124); y para ello es necesario que la parte solicitante pruebe la existencia del crédito, y que se pruebe que los bienes del deudor no alcancen para cubrir la deuda o que se puedan desaparecer, ocultarlos o que se traten de enajenar (artículo 125).

La recepción anticipada está referida en el artículo 181 y consiste en que el juez puede recibir como prueba anticipada los testimonios de personas que seguramente no podrán comparecer en el momento de la audiencia de juicio, pero para ello debe garantizarse el derecho de contradicción de la otra parte. Por su parte, la coerción de fuerza pública está normada en el segundo numeral del artículo 177 que sutilmente establece que si el declarante no asiste a la audiencia, la parte interesada puede solicitar de forma fundamentada, la suspensión de la audiencia por tratar de una prueba trascendental. (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

1.6.1 Debilidades del auxilio judicial

La excepción hecha en los numerales 7 y 8 del artículo 142 del COGEP, presenta algunas ambigüedades que dificultan su aplicación como figura jurídica. Señalaba Mazón (2018) que no está claro cómo la parte debe proceder en el caso que no tenga acceso a la prueba. Por otro lado, ya en la práctica, no se ha evidenciado casos donde los jueces hayan dado paso a solicitudes de obtención de prueba. Además, alega el autor que algunos jueces han exigido que la solicitud de imposibilidad de acceso a la prueba debe justificarse documentadamente, lo cual no parece ser muy conveniente porque no aparece en la normativa, implica un burocratismo y formalismo innecesarios, y en algunos casos, es evidente la imposibilidad de acceso sin auxilio judicial, como en el caso de cuentas bancarias ajenas.

El juez en lo civil, a diferencia del juez en lo penal que se aboca a la búsqueda de la verdad, se limita a las pruebas que ofrezcan los litigantes. Por esta razón, el procedimiento probatorio debe agotar todos los recursos para formar en el espíritu del juez un estado de convencimiento (Couture, 2014). Se aplica, más que en lo penal, el principio *onus probandi*, por lo que las partes si quieren hacer valer un derecho, si quieren demostrar que existen, deben probarlo.

Por ello la ambigüedad del auxilio judicial en el ordenamiento jurídico del Ecuador hace que el propio acceso a la justicia se vea comprometido y el debido proceso viciado. Si las partes no pueden acceder a las pruebas, bien sea por el vacío legal del COGEP en la figura del auxilio judicial, o bien sea por formalidades innecesarias, el proceso se alejaría de la verdad verdadera y se limitaría a la verdad formal.

También podría alegarse que se configura una violación al principio de la tutela judicial efectiva, y el principio de la igualdad de las partes. En cuanto a la tutela judicial efectiva porque un juez debe orientar correctamente el proceso y asesorar a las partes independientemente de

que estén asesorados por sus respectivos abogados. Con fundamento en el principio *Iura Novit Curia* se aspira que un juez se pronuncie conforme a derecho en cuanto al auxilio judicial.

Con respecto a la igualdad de las partes porque si no está claramente establecido en la normativa cómo debe proceder el auxilio judicial, podrían presentarse arbitrariedad por parte de los jueces para favorecer a una de las partes. Hablando llanamente, un juez podría imponer formalidades indebidas a una de las partes para favorecer a la otra. Esta sería una posible violación al Estado de Derecho, que haría retroceder a la justicia ecuatoriana cuando menos un siglo

Mientras que la pertinencia de la prueba es un hecho indiscutible, el acceso a la prueba plantea una diversidad de inquietudes jurídicas e incluso deontológicas. Así, una prueba no puede obtenerse por medios ilícitos, por medio de la violencia, la tortura, la extorsión o el abuso de la autoridad. Esto implicaría ir contra del principio de ineficacia de la prueba ilícita, la cual tiene dos vertientes, aquella prueba prohibida por ley, y aquella que es permitida por la ley pero es adquirida de forma ilícita. (Ramírez, 2005)

Un ejemplo ilustrativo de las debilidades o problemáticas para llevarse a cabo del auxilio judicial se consigue en la breve exposición de Cuadros (2017) cuando explicaba la presentación de la prueba según el Cogep, y formula la siguiente pregunta: “¿Qué pasa si la obtención de la prueba no depende de mí?”, a lo cual responde que en tal caso hay que anunciar la prueba que quiere q se practique en el momento de la demanda, reconvención o sus debidas contestaciones. Si se trata de información que no está en el poder de la parte que quiere introducirla, sino de la otra parte o de terceros ajenos al proceso, se debe solicitar de manera motivada el pedido del juez sobre el particular, y éste tiene la facultad de decidir si se concede o no el petitorio. En caso de aceptarse, el juez exigirá a quien sea necesario para que haga entrega o presente la prueba. Y es eso lo que se entiende por acceso judicial de la prueba. (Cuadros, 2017).

. Pero para ello es necesario que haya claridad con respecto a la obtención de la prueba a través del auxilio judicial, en qué casos puede aplicarse, y en qué casos no; también cómo debe el interesado solicitarlo ante el juez, es decir, cuáles serían los requisitos mínimos; incluso cómo debe proceder la parte si no hay un efectivo auxilio judicial. De ahí que sea fundamental la elaboración de la propuesta de reforma ya mencionada.

La era digital también ha hecho más compleja la prueba ya que ahora puede prescindir de su existencia física. Este fenómeno, que es reciente, ha forzado a considerar varios aspectos que antes no se tenía consciencia de su existencia como los correos electrónicos, videos, mensajes de textos y conversaciones a través de aplicaciones en dispositivos móviles. La falsificación y adulteración de prueba a través de las herramientas tecnológicas es también una realidad tan latente como reciente que afecta innegablemente al proceso

Mientras que la pertinencia de la prueba es un hecho indiscutible, el acceso a la prueba plantea una diversidad de inquietudes jurídicas e incluso deontológicas. Así, una prueba no puede obtenerse por medios ilícitos, por medio de la violencia, la tortura, la extorsión o el abuso de la autoridad. Esto implicaría ir contra del principio de ineficacia de la prueba ilícita, la cual tiene dos vertientes, aquella prueba prohibida por ley, y aquella que es permitida por la ley pero es adquirida de forma ilícita. (Ramírez, 2005)

Además, alega el autor que algunos jueces han exigido que la solicitud de imposibilidad de acceso a la prueba debe justificarse documentadamente, lo cual no parece ser muy conveniente porque no aparece en la normativa, implica un burocratismo y formalismo innecesarios, y en algunos casos, es evidente la imposibilidad de acceso sin auxilio judicial, como en el caso de cuentas bancarias ajenas

De acuerdo con Medina (2018) se pueden establecer otras tantas más debilidades de la figura del auxilio judicial. En este sentido, en el 143 in fine del COGEP se establece que el juzgador

no ordenará la práctica de ninguna prueba en contravención al Código y si de hecho se practica, carecerá de todo valor probatorio. Este apartado se presta para la arbitrariedad del juez toda vez que es muy ambiguo pues hasta qué punto no se está en contravención con el Código. Además, las solicitudes del juez para que la práctica de la prueba no se haga contrario al código en tarea de agotar la instancia podría ocasionar una demora que sacrifique la justicia.

De igual manera, en el segundo inciso del artículo 159, se establece que la prueba a la que sea imposible tener acceso debe ser anunciada y aquella que no se anuncie no puede introducirse en la audiencia. Señalaba Medina (2018) que en la normativa no hay un parámetro para determinar la imposibilidad de acceso, o siquiera cuando es complicado acceder a una prueba. Incluso la autora se refiere al caso 2016-00401 de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua donde queda en evidencia la falta de claridad del COGEP y la dificultad que ello trae para poder acceder a la prueba mediante el auxilio judicial. En el caso, un actor solicita un acceso a una prueba documental pero el juez, fundamentándose en el artículo 146, inciso segundo, le ordena que complete su libelo. La juez requiere que la parte solicitante justifique la imposibilidad de obtener la prueba, la cual se prueba con una solicitud de acceso por sus propios medios, aunado a la rechazo del petitorio por parte de la persona que debía proporcionarle la prueba. A esto se preguntaba Medina, qué ocurre cuando la persona natural o jurídica, pública o privada no responde al petitorio. El silencio del solicitado obligaría a la parte que solicita el auxilio judicial a iniciar otros trámites innecesarios retrasando el proceso o incluso

1.7 Legislación comparada

Debido a la complejidad del tema del auxilio judicial la comparación entre legislaciones con otro país se limitará a hacer un estudio satisfactorio sobre el equivalente al auxilio judicial de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil venezolano. En este sentido, de acuerdo con su artículo 436, la parte que manifieste que debe servirse de un documento que se halla en poder

de su contraparte, puede pedir su exhibición. Con la solicitud de exhibición la parte de acompañar una copia del documento, y si no tiene la copia, entonces debe acompañar la solicitud con la afirmación de datos que conozca sobre el contenido del documento, y un medio de prueba que represente una presunción grave de que dicho documento se halla o estuvo en manos de su contraparte (Pinto & Piva, 2004).

Dice también dicho artículo que hecha la solicitud, el tribunal intimará a la contraparte para que exhiba o entregue el documento dentro de un plazo establecido bajo apercibimiento. Ahora bien, si el documento no llega a ser exhibido en el plazo establecido, y no se reflejara en los autos prueba alguna de que está en poder de la contraparte, entonces se asumirá como exacto el texto del documento tal como está en la copia presentada por el solicitante, y si no hay una copia, entonces se asumirán como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento. Finalmente, si la prueba sobre la existencia del documento en poder de la contraparte resulta ser contradictoria, el juez se pronunciará al respecto en la sentencia definitiva, y tiene la facultad de poder hacer presunciones con base en las manifestaciones de las partes y de las otras pruebas suministradas (Pinto & Piva, 2004).

El artículo 437 de dicho código establece que el tercero en cuyo poder estén los documentos relacionados con el juicio, tiene igualmente la obligación de exhibirlos, al menos que invoque una justa causa a juicio del juez (Pinto & Piva, 2004). Y ambos artículos comprenden la sección Exhibición de documentos del capítulo V referente a la prueba por escrito. Del articulado puede considerarse que hay una promoción al principio *favor probationes* porque está a favor de la incorporación de las pruebas y no en prescindir de ellas a priori. Así, basta la presunción justificada para que se admita la prueba la cual puede ser desvirtuada por la contraparte posteriormente en el juicio. Como una desventaja del articulado, debe destacarse el artículo 437 específicamente pues deja a discrecionalidad del juez lo que debe considerarse como causa justa para no exhibir documentos. Deberían de existir criterios generales que permitan prever

lo que debe considerarse una causa justa y no dejar abierta la posibilidad de que llegue a la arbitrariedad o parcialidad del juez al respecto.

Ya en la práctica pueden observarse sentencias que permiten aclarar el articulado del Código Procesal Penal; por ejemplo la sentencia del Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas del 15 de mayo de 2013, dictada por la jueza Evelyn D'Apollo y que tiene como partes actora a Inversiones C.A y en calidad de demandados a Urbano Café (Tribunal Supremo de Justicia, 2013). El caso en sí contiene un ejemplo de exhibición de documentos, donde la parte demandada apela un auto donde se niega la admisión de la prueba de exhibición de documento por ella promovida. La prueba que se solicita exhibir es el Documento original del escrito de participación al Registro y Acta de Asamblea General Extraordinaria de la empresa Inversiones CA.

Al respecto, el juzgado señala que al momento de solicitar la prueba no se cumplió con los requisitos en el artículo 436, por lo que el promovente no acompañó la solicitud con una copia ni mencionó datos sobre el contenido del documento, requisitos que son trascendentales e imprescindibles, para que en caso de negativa de exhibición sea tomado como exacto lo presentado por el solicitante ; no hacerlo así estaría evidenciando la inexistencia del documento objeto de prueba.

Ahora bien, el tribunal hace uso de una sentencia del magistrado Dr. Hadel Mostafá Paolini como exponente del máximo tribunal del país para aclarar los requisitos para que proceda la prueba de exhibición; y al respecto el magistrado establece que el legislador, con el propósito de proteger el derecho a la defensa, contempló a través del medio probatorio de la exhibición de documentos, la posibilidad de que la parte pueda hacer valer un instrumento que esté en poder de la contraparte o incluso un tercero, solicitando su exhibición, sin que se exija para ello

conocer la ubicación física exacta, sino que pueda ser suficiente producir una prueba que induzca que se encuentra en manos de la persona a quien se le requiere, pudiendo esto ser desvirtuado posteriormente en razón de la naturaleza iuris tantum que proviene de tal presunción. En este sentido el magistrado señala que el promovente- el de su sentencia- identificó el contrato que pretende que se exhiba, el ente que debe hacer, y consignó pruebas suficiente para presumir que tal prueba se encontraba en manos de su contraparte, por lo que se admitió la prueba. El magistrado reitera que para la admisión de tal medio probatorio la exigencia es que exista una presunción que el documento se halla en poder, o estuvo en manos de la contraparte, y no una declaración de certeza definitiva, teniendo la contraparte la posibilidad de desvirtuar dicha presunción.

Por tales razonamientos, el tribunal considera que el juzgado del cual se apela el auto debió haber admitido el medio de prueba, porque al consignar las copias se genera la presunción de que los documentos a exhibir se hayan en manos de la parte actora, toda vez que dicha copia de documento contiene el visado del abogado de la parte actora y además aparece como la persona autorizada para hacer la participación al Registro Mercantil.

Como puede observarse, la aceptación al medio de prueba está prácticamente garantizada según se desprende del texto jurídico y las sentencias expuestas, de tal manera que el único requisito es justificar la existencia del documento y quién lo posee, utilizando para ello cualquier prueba necesaria que sea suficiente para que el juez pueda inferir que en efecto el documento debe incorporarse al juicio. Esto pareciera que inclina la balanza a favor de la parte que solicita la exhibición pero la contraparte tiene la posibilidad de desvirtuar, y en caso de que la copia o los alegatos sean poco satisfactorios o contradictorios entonces jugarán como elementos en contra del peticionario.

De esta manera el juez se halla menos comprometido en aceptar o rechazar un auxilio judicial, porque la propia ley da mucha flexibilidad al respecto, siendo el rechazo a la solicitud de exhibición de la prueba difícil de justificar más si hay una pretensión bien acompañada con el libelo. Tener tal postura, en el caso ecuatoriano, permitiría que el auxilio judicial sea una figura jurídica más viable, menos susceptible a posibles arbitrariedades del juez o a temidas parcialidades que puedan comprometer la reputación de la autoridad y la propia justicia ecuatoriana, como ya se ha manifestado previamente.

1.8 Referentes Empíricos

En este punto hay que tomar en cuenta que el Código Orgánico General de Procesos es reciente y por lo tanto hay una manifiesta limitación con respecto a los antecedentes. El trabajo de Flores (2008) titulado *Alcance de la libertad probatoria en el sistema oral por audiencias reconocido en el Código Orgánico General de Procesos* es importante porque plantea reformas legales al anuncio de la prueba, y uno de ellos se refiere a la necesidad de explicitar cuáles son los medios de prueba disponibles. La autora en efecto señala que la solicitud acceso judicial se da cuando el requirente no tiene posición de la prueba por lo que solicita del juez de sus buenos oficios para obtenerla. El problema es que los jueces solicitan una justificación la imposibilidad de acceso, que en algunas ocasiones la imposibilidad es obvia pero en otras ocasiones no. Por lo tanto, Marcia Flores se formula preguntas como: ¿Qué sucede si la información que se pretende hacer valer en juicio está en poder de la otra parte o de terceros? ¿Qué ocurriría si el juez rechaza una solicitud de acceso de prueba por considerar que no se ha probado la imposibilidad de acceso de la misma? ¿Cuál prueba podría ser considerada como idónea? (Flores, 2008).

Otro trabajo pertinente es el de Freire (2017), titulado *La Prueba en el Código Orgánico General de Procesos*. En su investigación se refiere a la prueba de acceso y prueba disponible. En este trabajo lamentablemente se da por sentado lo inherente al auxilio judicial sin hacer

mayor énfasis en la problemática de llevarla a cabo. Además, aunque su aporte es poco, la diferenciación conceptual entre la prueba de acceso y la prueba disponible constituye una buena base para cubrir los vacíos legales que tiene el auxilio judicial.

En ese orden de la liviandad de la problemática del auxilio judicial también se ubica el breve escrito de Cuadros (2017), *Presentación de Prueba según el COGEP* quien formuló la pregunta: ¿Qué pasa cuando la obtención de la prueba no depende de la persona que la necesita?, a lo que responde que simplemente debe motivar el pedido al juez y éste decidirá al respecto. Sin embargo Cuadros no da mayores detalles con respecto a la motivación pero al menos plantea una simplificación en cuanto a los requisitos para solicitar el auxilio judicial.

Por su parte, Castañeda (2018) en su escrito *La prueba en el COGEP* al hacer mención sobre la demostración de la imposibilidad de obtener la prueba y la necesidad de obtener auxilio a través de una intervención judicial, es necesario hacer la petición acompañada de documentos o diligencias a la entidad o persona pública o privada demostrando que no fueron atendidos o que se negó su entrega. Esta postura, pareciera ser más conservadora, es decir, más orientada hacia la exigencia de formalidades que harían más engorroso el procedimiento probatorio. Aunque su aporte es poco, se tomará en cuenta para valorar la necesidad de recurrir a instrumentos formales.

Finalmente, el aporte más importante al respecto lo suministra Mazón (2018) con su obra *Ensayos críticos sobre el COGEP* en la cual planteó la falta de certeza sobre cómo debe procederse en el caso del auxilio judicial. Por supuesto esta obra es la que da pie al presente trabajo de investigación. Mazón por una parte hace énfasis en la solicitud del auxilio judicial como una primera ambigüedad que ha generado exigencias por parte de los jueces como la documentación entendiéndola como un requisito y que lejos de ayudar a las partes, al contrario, carga de formalidades innecesarias, burocratismo y le resta celeridad al proceso. Por otro lado,

señala que hay ambigüedad en el momento procesal de prestar o denegar el auxilio por parte del juez.

A nivel internacional, y siendo consecuentes con esta investigación que trata de hacer un paralelismo con la legislación venezolana, se encuentra el trabajo de Peña (2008) titulado *Valor probatorio de la exhibición de documentos administrativo*; en su trabajo no hay una propuesta jurídica y además se alimenta de otras tantas leyes y campos y no solo del procesal; sin embargo, es acertada y concisa en sus planteamientos con respecto a la exhibición de documentos (equivalente venezolano del auxilio judicial), y al respecto señala que el artículo 436 del Código Procesal Civil, contempla la exigencia al peticionario de que acompañe su escrito con una copia del documento original que solicita sea exhibido; pero si el peticionario no carece de la debida copia, lo que importa para la admisión del medio probatorio es que genera convencimiento razonado en el juez de que el documento original está en manos de la contraparte. A esto lo llama la autora las reglas de valoración probatoria que tiene el juez como mecanismo supletorio como una consecuencia de la no exhibición de documentos.

CAPITULO III

MARCO METODOLOGICO

2.1 Enfoque

La investigación cualitativa estudia la realidad en su contexto natural y cómo sucede, sacando e interpretando fenómenos de acuerdo con lo implicado (Blasco & Pérez, 2007). En este orden de ideas, tomando en cuenta la naturaleza del auxilio judicial, la metodología es necesariamente cualitativa, porque se exige del investigador un comedido análisis que sustente teóricamente la relación causal. Además, no se trabajará con cifras, sino con los aspectos teóricos y legales que dan cuenta del auxilio judicial y del debido proceso.

Por otra parte, de acuerdo con Ferreyra (2010) al referirse a enfoque, y ateniéndose al caso bajo estudio, puede hacer alusión a un enfoque ontológico o estructural del derecho que entiende que el derecho es para el control social determinando la conducta de los poderes y de los ciudadanos, quienes tienen que admitir la normatividad como propiedad relevante; el derecho es entonces regla sobre el ejercicio de los poderes y la razón de la fuerza.

Este sentido, aunque algo rígido y estatista, sugiere un aspecto interesante y es que los jueces, como representantes del poder judicial, deben atenerse al derecho entendido como el conjunto de reglas que obligan a los funcionarios y a los usuarios de la administración de justicia. Este enfoque es conveniente al presente trabajo de investigación precisamente porque se quiere que sea la propia norma que establezca las reglas de juego, que de claridad, precisión y previsibilidad y por lo tanto seguridad jurídica a las partes. De esta manera, el juez tendría que atenerse a lo que está establecido en la norma- en este caso en el COGEP- y no tendría la discrecionalidad para exigir requisitos innecesarios o formalidades indebidas que obstaculizan o ralentizan el proceso.

Otro enfoque que ayuda como refuerzo del primero es que el Pabón (2012) describió como el enfoque lógico y que significa que haya un criterio de validez formal para medir la racionalidad de los argumentos jurídicos; por ello, este enfoque trata de establecer las normas y directrices que orienten el deber ser de la argumentación jurídica, y para ello es necesario que haya un uso lógico del lenguaje en la reconstrucción de los argumentos y ello significa que estén desprovisto de toda ambigüedad. Tal ambigüedad en las normas es el problema que se aborda en esta investigación y es lo que no permite que se desarrolle como debe ser el auxilio judicial; de ahí que sea necesario que el COGEP al respecto sea provista de una lógica jurídica que le dé una sólida argumentación jurídica a la figura del auxilio judicial.

2.2 Alcance

Exploratorio:

Abordan campos poco conocidos donde el problema, que sólo se vislumbra, necesita ser aclarado y delimitado (Paneque, 1998). Visto que el tema del auxilio judicial carece de referentes investigativos suficientes y que con excepción de un par de autores que han tratado el tema, no hay mayor desarrollo académico o doctrinario al respecto, estudiar el auxilio judicial bien puede tener un alcance exploratorio.

Se utilizarán documentos jurídicos tales como la Constitución del Ecuador y el Código Orgánico General de Procesos porque son la guía normativa por la que deben ceñirse los litigantes y los administradores de justicia. También será oportuno hacer uso de jurisprudencia, doctrina, que permitan dilucidar o precisar conceptos necesarios para el desarrollo de esta investigación.

Descriptivo:

Naturaleza práctica, y su solución transita por el conocimiento de las causas, pero las hipótesis causales sólo pueden partir de la descripción completa y profunda del problema en

cuestión (Paneque, 1998). El alcance de la investigación pretende ser descriptiva cuando no basta con conocer el auxilio judicial sino que además lo analiza, describiendo su naturaleza y sobre todo su propósito. A tal fin se investiga, se interpreta y se analiza la normativa adjetiva y sustancial; la investigación además se refuerza con entrevistas a profesionales del derecho que puedan dar cuenta de la ambigüedad del auxilio judicial y la actual vulneración del debido proceso.

Explicativo:

Con respecto al alcance explicativo, los estudios de este tipo parten de problemas bien identificados en los cuales es necesario el conocimiento de relaciones causa- efecto (Paneque, 1998). Por lo tanto, se hará un estudio de las unidades de observación ya expuestas, y del objeto y campo de estudio, describiendo sus propiedades y sus relaciones, que permitan vislumbrar su utilidad para analizar el problema y proponer soluciones al auxilio judicial. Esto permite identificar la problemática, la causa del problema, para posteriormente proponer una solución a la ambigüedad del auxilio judicial a través de una reforma legal al Código Orgánico General de Procesos.

2.3 Tipo de investigación

La presente investigación es no experimental y de corte transversal. Ello implica que no manipularán de forma deliberada las unidades de observación; que se observan los fenómenos de estudio tal y como se presentan en la realidad; que no se construye ninguna situación, sino que se estudia lo ya existente. Por lo tanto, se abordará la actual del problema de ambigüedad del auxilio judicial, tal como se presenta en la realidad, y de hecho la ausencia de información y de su práctica en tribunales es una limitante para la investigación, porque la investigación no experimenta, no crea situaciones, sino que trabaja con lo que ya existe sobre el auxilio judicial.

2.4 Métodos Teóricos:

Tabla 1 Métodos teóricos

METODO	DIMENSION	SISTEMA CONCEPTUAL	TRAYECTORIA Y MODELOS
HISTORICO – LOGICO	AUXILIO JUDICIAL	DERECHO PROBATORIO	AMERICA LATINA ECUADOR
SISTEMATIZACION DOCTRINAL	SEGURIDAD JURIDICA Y PRUEBA DEBIDO PROCESO	ACCESO IGUALDAD IMPARCIALIDAD OPORTUNIDAD CONTRADICCION D. DEFENSA TUTELA EFECTIVA	
JURIDICO COMPARADO	EL AUXILIO JUDICIAL DE ECUADOR Y LA EXHIBICION DE DOCUMENTOS DE VENEZUELA	DIFERENCIA, VENTAJAS Y DESVENTAJAS ENTRE AMBAS LEGISLACIONES	

Para fundamentar el marco teórico y el marco metodológico se utiliza los métodos histórico-jurídico, jurídico doctrinal, análisis-síntesis, inductivo deductivo, exegético jurídico y jurídico comparado.

Método histórico jurídico: Mediante este método se podrá abordar históricamente la figura del auxilio judicial. Es útil sobre todo para contrastar el Estado de Derecho con el Estado de derechos y justicia y éstos a su vez con el Estado absolutista o arbitrario como se ejercía anteriormente. Asimismo, la prueba tiene también un bagaje histórico que es importante examinar. Este método, también el dialéctico histórico, es propio de las ciencias sociales, sobre todo cuando abarca estudios transversales o multidisciplinario, abre una perspectivas diferente

que mezcla la investigación teórica con la experimental (Academia de ciencias de la URSS y de Cuba, 1978)

Método jurídico doctrinal: A través de los argumentos doctrinales que sustentan la importancia de la prueba, se podrá sustentar de manera satisfactoria la presente investigación en cuanto a la importancia de aclarar lo referente al auxilio judicial.

Método análisis síntesis: Un método clave en la investigación. La síntesis, comprende tres fases, empírica, crítica y constructivista, de acuerdo a sus elementos, datos, teorías y valores (Gatlung, 1988). Se realizará un esfuerzo por separar los elementos que comprenden el auxilio judicial, para examinarlos, estudiarlos y ver de qué manera pueden relacionarse. La síntesis estará representada en la propuesta de reforma legal

Método inductivo deductivo: En la inducción se procede de lo particular a lo universal mientras que en la deducción se estudia de lo universal a lo particular (Smith, 2000). Mediante el uso de las entrevistas se puede hacer un estudio inductivo de la realidad jurídica del auxilio judicial. Las impresiones profesionales y otros elementos particulares pueden servir de base para construir un marco jurídico que debe ser erga omnes.

Método exegético jurídico: Las interpretaciones del texto jurídico han dejado en evidencia la falencia en la aplicación de la figura del auxilio judicial en el COGEP. Aun así, es importante considerar este método para tener una interpretación propia del articulado que sirva para el estudio de la ley vigente, y la construcción de la propuesta legal.

Método jurídico comparado: Es posible realizar comparaciones con otros países con respecto a la figura del auxilio judicial y determinar si existen falencias similares o por el contrario no tienen ambigüedades. De tener leyes satisfactorias podrían tomarse como modelo o inspiración para realizar la respectiva reforma. Se ha tomado específicamente un caso (Venezuela) en razón de la complejidad del tema; en este sentido, el trabajo es una exploración al derecho comparado en cuanto al auxilio judicial.

2.5 Métodos Empíricos:

Para caracterizar y diagnosticar la situación problemática ubicada en el campo de estudio jurídico, se utiliza los métodos de análisis de contenido, método dialéctico, método abstracto-concreto, a través de instrumentos tales como la observación participante, encuestas, entrevistas, grupos focales, etc.

En razón de la naturaleza del tema, la metodología es necesariamente cualitativa, porque se exige del investigador un comedido análisis que sustente teóricamente la relación causal entre las variables. Además, no se trabajará con cifras, sino con los aspectos teóricos y legales que dan cuenta del auxilio judicial y del debido proceso.

Esta investigación también requerirá de un método hermenéutico, porque es sensible y adecuado al tema que trata, y, por lo tanto, el que mejor podría expresar la realidad. Aunque en mayor o menor medida este método es aplicable por todo investigador, en este caso, será importante requiere una importante y constante interpretación de la información recolectada.

A propósito de la información recolectada, se hará uso de material bibliográfico y jurídico, lo cual comprende, entre otros, evidentemente el uso de la Constitución del Ecuador y sobre todo el Código Orgánico General de Procesos. Aunado a ello, será de gran aporte apoyar la investigación con la realización, interpretación y análisis de entrevistas a profesionales en el derecho que puedan dar cuenta de la relación entre la ambigüedad del auxilio judicial y la vulneración del debido proceso.

En tal sentido, de forma no probabilística, se realizarán entrevistas a jueces en la materia contenciosa civil y a abogados especialistas en dicha área en la ciudad de Guayaquil. Sus intervenciones no constituyen una representatividad, sino que se seleccionará arbitrariamente a tales personas con tales cualidades por su criterio como expertos en la materia que se está investigando en el presente trabajo. De igual manera, se ha seleccionado a abogados y a jueces

para tener una apreciación más amplia de ambas posturas, es decir, de quien solicita la administración de justicia y de quien imparte la administración de justicia.

Con respecto a la población bajo estudio, la escasez de información con respecto al tema del auxilio judicial en el procedimiento probatorio podría ser compensada con el aporte de una población experta en la materia que de aportes sólidos a la investigación. Señalan Hernández, Fernández y Baptista (2010) que los planteamientos cualitativos se aplican a un menor número de casos, a diferencia de los cuantitativos que se caracterizan por grandes números. En este sentido, como ya se ha hecho mención, se optará por la elección de jueces y abogados especialistas en el área, que hayan ejercido o que al menos tengan conocimientos con respecto al auxilio judicial.

Ya se ha mencionado que, de acuerdo con Mazón (2018) en su libro de reciente fecha, no se ha llevado a la práctica el auxilio judicial. Sin embargo, a fines de este trabajo de investigación, es de importancia capital procurar conseguir casos de la práctica en cuanto al auxilio judicial ya que eso permitiría ilustrar las ambigüedades que ralentizan el proceso o por el contrario los requisitos, formalidades necesarias para la materialización de la tal figura judicial.

En concreto, la selección de la muestra se ha hecho bajo la técnica del juicio, considerando que cada integrante de la muestra tiene una cualidad en común, esto es, un elevado conocimiento en materia procesal civil, condición necesaria para formar una base sólida que permita comprender de mejor manera la figura del auxilio judicial.

En cuanto a técnicas e instrumentos para recolectar la información, de acuerdo con Miguel Martínez (2008) es esencial para toda investigación la recolección de la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos; y la estructuración de la información en un

todo coherente y lógico. Por lo tanto, con respecto a este punto, que dará los insumos básicos y necesarios para la respectiva interpretación, análisis y desarrollo de la investigación, se hará uso de técnicas e instrumentos que se orienten hacia la obtención de una información que se caracterice por su fiabilidad y validez.

Por lo tanto, se hará uso de documentos jurídicos tales como la Constitución del Ecuador y el Código Orgánico General de Procesos porque son la guía normativa por la que deben ceñirse los litigantes y los administradores de justicia. También será oportuno hacer uso de jurisprudencia, doctrina, diccionarios jurídicos y fuentes periodísticas que permitan dilucidar o precisar conceptos necesarios para el desarrollo de esta investigación. En cuanto a instrumentos de campo, se empleará la técnica de la encuesta la cual se diseñará en forma de cuestionario con preguntas abiertas para que el encuestado pueda exponer sus criterios libremente.

Tabla 2 Métodos empíricos

Categorías	Dimensiones	Instrumentos	Unidades de Análisis
Debido proceso	Auxilio Judicial	Análisis Documental	Constitución de la República del Ecuador.
			Código Orgánico General de Procesos
		Entrevista	Tres (03) expertos profesionales en derecho procesal civil

2.6 Fundamentación de las premisas

Sobre la base teórica, doctrinal y jurisprudencial del Auxilio Judicial, con el acceso a la prueba en el marco del respeto a la imparcialidad judicial y sin afectar el derecho de reserva de ley a terceros, se tiene como finalidad elaborar una propuesta de reforma de ley para evitar la errónea aplicación del auxilio judicial, así como también corregir su ambigüedad.

Tal reforma contendría claridad en cuanto a los requisitos que deben exigir las autoridades competentes al solicitante, estableciendo la uniformidad de criterios en los tribunales y no se deje una ventana abierta para la especulación jurídica o la arbitrariedad o subjetividad que pueda empañar al juez como un respetado profesional de carrera, ni a la justicia en sus términos ideales y en el marco de lo preceptuado en la Constitución. La propuesta va orientada a realizar una pequeña pero importante reforma al articulado del Código Orgánico General de Procesos, específicamente en su artículo 159, pudiendo incluso agregarse un párrafo que dé un contenido claro en cuanto al auxilio judicial o modificar con el mismo propósito lo que ya está establecido.

2.7 Tabla de categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis

Unidad de observación	Población	Muestra
Constitución del Ecuador	444 Artículos	1 Artículos
Código Orgánico General de Procesos Art. 143.5 Art. 159 Art. 225	439 Artículos	3 Artículos
Sentencias que traten el auxilio judicial	Número indeterminado	1 sentencia
Profesionales del derecho expertos en procedimiento abreviado	Número indeterminado	3 expertos

2.8 Gestión de datos que determine el uso de análisis factorial, estadística descriptiva o inferencial

Para la gestión de datos, se hará primeramente una recopilación en función de los objetivos tanto el general como los específicos, así como de las unidades de observación arriba mencionados. La recopilación de información también debe ser satisfactoria, es decir, que pueda servir para alcanzar los objetivos planteados. En la gestión de la información recolectada, se organizará y se estructurará de forma que tenga lógica, coherencia y no redunde ni contenga información innecesaria.

Por lo tanto, el propósito es conseguir elementos básicos y necesarios, válidos y fiables, que delimiten conceptos y permitan interpretar, analizar y desarrollar los aspectos medulares de la investigación. Para ello será necesario el uso de técnicas de investigación y el empleo de instrumentos jurídicos como la Constitución del Ecuador, fundamentalmente, y por supuesto el Código Orgánico General de Procesos siendo este último el texto que contiene el tema y la problemática a la que se pretende dar solución. Otras fuentes para la recopilación de información serán los diccionarios jurídicos, la doctrina, incluso medios digitales y periodísticos que sean confiables y que planteen información pertinente que iluminen el presente trabajo de investigación. En cuanto a instrumentos de campo, se hará uso de las entrevistas como técnica para interactuar con los conocedores de la materia y a través de preguntas abiertas puedan esgrimir sus criterios de forma satisfactoria y conforme con las exigencias de esta investigación.

Para gestionar la información también es necesaria la lectura e interpretación que se hace los artículos 143.5 y 159 del COGEP, a la luz de lo contemplado en los principios constitucionales, para lo cual será necesario también apoyarse en investigaciones científicas académicas previas, y de ser posible sentencias en cuanto al caso que permitan identificar de

manera clara el problema relacionado con el auxilio judicial. En el presente trabajo de investigación la doctrina es indispensable para entender la importancia de la prueba en el proceso y el por qué el auxilio judicial es un elemento que, incluso aportando pruebas poco pertinentes, es una herramienta a la cual la justicia debe darle promoción, aceptación e impulso.

Debido al tema escogido, la gestión de datos es cualitativa; en este sentido, no hay un número de sentencias a estudiar, incluso es difícil obtener información en cuanto a la materialización de esta figura en la práctica jurídica, lo que da cuenta de la dificultad de la figura del auxilio judicial. Por lo tanto, lo realmente importante para el desarrollo del trabajo es reflexionar sobre lo que está establecido en el COGEP en cuanto al auxilio judicial. En resumidas cuentas, se hará un estudio de las unidades de observación ya expuestas, y del objeto y campo de estudio, describiendo sus propiedades y sus relaciones; pero el presente trabajo no hará estudios estadísticos porque no hay elementos significativos que permitan vislumbrar su utilidad para analizar el problema y proponer soluciones.

Visto lo anterior, se reitera que la gestión de información no se basa en cifras o números sino en aspectos teóricos jurídicos, y de ser posible con sentencias relacionadas con el auxilio judicial. Se considera para esta investigación que lo fundamental es fundamentar teórica y lógicamente la utilidad del auxilio judicial como parte del derecho probatorio y como contribuye en el debido proceso y la administración de justicia. Por otra parte, en la gestión de información se hará uso de cuestionarios para obtener información de experiencia de expertos en la materia de derecho procesal civil, con énfasis en el auxilio judicial. En este sentido, la gestión de información estará inclinada no a la selección de cualquier profesional del derecho o cualquier persona, sino de aquellos que puedan contribuir voluntariamente con el tema abordado. En otras palabras, los cuestionarios serán en forma de entrevistas y para ello no se aplicará una técnica probabilística, sino que arbitrariamente se escogerán lo que a criterio del

investigador consideren sean profesionales idóneos para ilustrar la problemática del auxilio judicial. Los entrevistados, en consecuencia, no tienen por propósito representar una población, la postura de un gremio o algo más general, sino contribuir con sus conocimientos para darle veracidad a la investigación.

Resumiendo, para la gestión de la información del presente trabajo, se hará uso de material doctrinal jurídico para exponer los temas abordados y cómo se relacionan entre sí y su pertinencia en el derecho y la justicia. De ser posible se utilizarán sentencias donde se haya solicitado explícitamente el auxilio judicial o una sentencia que simplemente sirva para ilustrar la problemática del auxilio judicial. También, mediante la técnica del juicio, se seleccionarán a expertos en la materia que contribuyan con opiniones certeras y sentido lógico en la construcción teórica y la propuesta jurídica del trabajo.

2.9 Criterios éticos de la investigación

Esta investigación se hace apegado a los principios y garantías establecidos en la Constitución, por lo tanto, aunque es una crítica al COGEP pretende ser un aporte para el fortalecimiento de la Carta Magna y del mismo Código, haciendo del auxilio judicial una figura jurídica viable que permita mejorar el derecho probatorio.

Esta investigación además solo hará registros de aquello que sea verdadero y verificable, de ahí que los estudios se harán personalmente, al igual que las entrevistas, y aunque haya una intención de hacer dichas entrevistas a conveniencia eso no significa que se estén aportando datos falsos o adulterados o que tergiversen las leyes para favorecer los planteamientos esgrimidos en la investigación. Por otra parte, la información de fuentes académicas, digitales y periodísticas procurará buscarse tomando en cuenta la reputación y estabilidad del medio, que puedan cumplir de la mejor manera con las rigurosidades exigidas para que sea fuente,

dando prioridad a la información que se obtiene en editoriales y universidades reconocidas cuyas publicaciones cuenten con un número estándar internacional de libros o ISBN.

La presente investigación procurará no cometer algún tipo de plagio, o usar indebidamente una información, aun siendo confiable; tampoco agregará información falsa, que no sea verificable, o información que provengan de fuentes que no sean académicamente aceptables o bien vistas como por ejemplo las redes sociales. Si hace información de otros autores por su aporte significativos como trabajos previos que ayudan a fortalecer la investigación, se realizará la respectiva cita, reconociendo el trabajo intelectual de los autores y de las respectivas fuentes.

Se evitará también hacer presunciones, inferencias, o conclusiones sin la rigurosidad debida, sin fundamentar fehacientemente. El trabajo también aspira a ser un aporte original; tomando en cuenta la poca información al respecto considera el investigador que, si hay una buena y clara exposición en las ideas, podría este trabajo de investigación ser un aporte significativo con el derecho ecuatoriano.

En lo referente a quiénes se benefician y quienes se perjudican con el presente trabajo de investigación, huelga decir que no se pretende agraviar a ninguna persona o grupo de personas en particular. El trabajo se caracteriza por su objetividad por lo que aclarar la figura del auxilio judicial puede beneficiar tanto a la parte demandante como a la demandada. En todo caso lo que se quiere es que el auxilio judicial pueda contribuir efectivamente al acceso a la prueba y que ésta a su vez contribuya a alcanzar la verdad verdadera y no la mera verdad formal.

Finalmente, en cuanto a los inconvenientes, hay dificultades claras para obtener información práctica sobre el auxilio judicial, es decir la ausencia de sentencias al respecto. Esto puede deberse a que el auxilio judicial no es un tema de litigio procesal per se, o simplemente que no se puede llevar a la práctica dicha figura jurídica por lo que no hay sentencias al respecto que

hagan alusión a una solicitud de auxilio judicial. Esto afecta porque de existir sentencias al respecto pudieran emplearse como modelos positivos o negativos del auxilio judicial dependiendo del rechazo o aceptación de su solicitud; de manera tal que el trabajo de investigación debe sacrificar el enriquecedor elemento de la experiencia práctica del ejercicio del derecho en esa materia.

CAPITULO IV

RESULTADOS Y ANALISIS DE RESULTADOS

4.1 TÉCNICAS

Para el desarrollo de este trabajo, como ya se había señalado en capítulos previos, tomando en consideración la ausencia de sentencias que ilustren de manera clara la necesidad de reformar el Código Orgánico General de Procesos, en compensación se decidió elaborar entrevistas que permitan auxiliar tanto las inquietudes planteadas en este trabajo como la reforma a proponerse.

4.1.1 Entrevistas

Con el propósito de justificar la necesidad y los beneficios jurídicos de elaborar una reforma del COGEP en cuanto al auxilio judicial como medio de prueba, se ha decidido entrevistar a (03) profesionales del derecho expertos en materia de derecho procesal civil con el fin de que respondan una serie de preguntas relacionadas con el tema en cuestión y que es columna vertebral de esta investigación. Las preguntas son abiertas para que cada entrevistado tenga a la libertad para argumentar tanto como quisiere. El propósito no es alterar las entrevistas, pero sí ajustarlas de acuerdo a la rigurosidad académica referida omitiendo muletillas, repeticiones o comentarios que no sean pertinentes con respecto a las preguntas.

Con respecto a las preguntas se han seleccionado tomando en cuenta las interrogantes formuladas en el planteamiento de la propuesta para que exista un máximo de coherencia entre lo que se pretende buscar y lo obtenido. De manera tal que lógicamente sí hay interrogantes que responder, se considera que las entrevistas podrían ser esa técnica que ayude a la aproximación más acertada de las respuestas.

Preguntas

1. ¿Qué debe entenderse por auxilio judicial?

Abg. César Vaca

El auxilio judicial es una herramienta que tiene cada una de las partes en el proceso para solicitarle al juez que acceda a pruebas que de otra manera no podría accederse y se incorpore a la comunidad de la prueba. Esta solicitud se hace para obtener las pruebas bien sea de la contraparte o de un tercero.

Abg. María Carmen Maldonado

El auxilio judicial es un derecho que tiene la persona involucrada en un litigio y que, existiendo una prueba de su interés, pero a la cual no puede acceder solicita de los oficios del juez para que gracias a su autoridad se pueda obtener la prueba e incorporarla al proceso. Un sujeto X interesado en una prueba que tenga un sujeto Y no puede obtenerla por medios fraudulentos, por extorsión, por amedrentamiento o amenazas, sino que necesita de la autoridad del Estado, representada en este caso en el juez, para que el sujeto Y se vea obligado a mostrar la prueba.

Abg. Marlón Chiluiza

El auxilio judicial es un medio de prueba contenido en el COGEP y que sirve para que las partes puedan solicitarle al juez el acceso a la prueba que está en manos de su contraparte. Es decir, hay documentos como un contrato, una cuenta bancaria, un correo electrónico, que son documentos privados, pero que puede tener incidencia en el proceso, pero la parte interesada no puede obtenerla por sus propios medios legales entonces acude al juez para que intervenga y obtenga tal prueba.

Análisis

No hay desacuerdo entre los entrevistados en cuanto a qué entender por el auxilio judicial. En resumidas cuentas es necesaria la existencia de tres actores: el primero que sería el solicitante, el segundo el obligado, y el tercer actor es el obligante y está encarnado por el Estado que tiene la autoridad legal para obligar a una persona a presentar la prueba solicitada.

¿Considera que hay ambigüedad en el auxilio judicial en el procedimiento probatorio del COGEP; y de ser así cómo perjudica al debido proceso?

Abg. César Vaca

Podría preguntarse si el auxilio judicial es justo o por el contrario es una arbitrariedad del Estado, una violación a los documentos privados de la persona. También podría cuestionarse si es justo o si por el contrario su práctica inclina inevitablemente al juez a favor de una de las partes. O si rechazar la solicitud también constituye una violación a los principios del debido proceso.

En todo caso, el auxilio judicial ayuda a trascender de la verdad formal para aproximarse a la verdad verdadera. Aunque en materia civil el juez se pronuncie de conformidad con lo presentado por las partes y no actúe de oficio, mientras más prueban se aporten en el proceso se podrá tomar una decisión con mejores criterios garantizando la imparcialidad y la tutela efectiva.

Abg. Maria Carmen Maldonado

Entre las múltiples figuras contempladas en el COGEP, tendría que reconocerse que el auxilio judicial sufre de ambigüedad; esto ocasiona que no haya seguridad jurídica lo cual es fundamental en el proceso. Que las partes tengan claridad en las reglas de juego, que sepan qué esperar de la justicia es fundamental para la credibilidad en el sistema de justicia y en las normas del país.

Abg. Marlón Chiluiza

Me parece que más que ambigüedad es un asunto de abstracción, pero es lo que pasa cuando se elabora un Código que aborda múltiples materias. Ciertamente con la práctica es que se van definiendo y aclarando aspectos que quedan muy abstractos en la norma pero al no presentarse casos, al no llevarse a tribunales, no puede desmarañarse las confusiones existente entre usuarios, abogados y jueces. Cómo afecta ello el debido proceso habría que ver también porque si no evidencias casos entonces hay una omisión que impide hacer un estudio del tema. Lo que sí pudiera estar ocurriendo, en todo caso, es que las partes tienen limitado su derecho a la defensa por lo impracticable del auxilio judicial.

Análisis

Los entrevistados reconocen que hay un problema de ambigüedad aunque también podría simplemente deberse a la abstracción; en cualquier caso la norma se hace impracticable y ello de por sí ya representa una trasgresión al debido proceso. E incluso en la práctica, como ya también se ha señalado antes, puede presentarse actos y decisiones arbitrarias por parte del juez y la violación a la seguridad jurídica porque no hay certidumbre sobre las leyes y los procedimientos.

¿Cuáles son las ambigüedades y debilidades del auxilio judicial en el marco del COGEP?**Abg. César Vaca**

La ambigüedad es porque es muy general. No hay mayores especificaciones a cómo debe proceder la parte y cómo debe proceder el juez. Lo que ocurre también es que el derecho es muy abstracto y los puntos donde no hay claridad, esos vacíos o impresiones suelen subsanarse con la jurisprudencia. Pero en el caso del auxilio judicial hasta la fecha no se ha establecido

una sentencia de la Corte Constitucional que sirva de guía de cómo proceder, las partes y el juez, en lo que se refiere al auxilio judicial.

Debe decirse también que es muy estricto en el sentido de que le pone un gran peso al solicitante. ¿Por qué debe ser debidamente fundamentada? ¿Y a qué se refiere en sí con debidamente fundamentada? En todo caso estas son cosas que desaniman al solicitante.

Abg. Maria Carmen Maldonado

Considero que una primera debilidad es la conceptual: ¿Auxilio judicial o acceso judicial, o solicitud de acceso judicial? El problema es que polisémico hablar de ambos casos.

Incluso se ha hablado que en todo caso lo que debe hacerse es enunciarse los artículos de las normas que establecen que hay información reservada a la cual no puede acceder la parte que lo solicita; es más, por el principio de iura novit curia, se ha dicho que ni siquiera es necesario que la parte haga mención del cuerpo normativo.

Otra debilidad del auxilio judicial es su falta de seguridad jurídica. Al no tener las normas claridad va en contravención del artículo 82 que se refiere a la seguridad jurídica. La seguridad jurídica significa que las partes, y también el juez, tengan claras las reglas de juego.

Abg. Marlón Chiluiza

Honestamente no lo veo tan grave, es decir, tan ambiguo. El numeral 7 del artículo 142 dice lo que debe contener la solicitud para el auxilio judicial. Debe indicarse con precisión el lugar donde está, el contenido que debe tener y las medidas para su práctica que se consideren pertinentes. Luego el numeral 8 del mismo artículo señala que la solicitud debe ser debidamente fundamentada.

La verdad es que muy poco se ha hablado y reflexionado al respecto. Se da por sentado que en la práctica se ejecutará tan bien como está concebido en la norma pero no hay elementos prácticos para asegurarlo; y esa es una desventaja.

Análisis

De acuerdo con los entrevistados hay ambigüedad no solo en el proceso en sí sino también en el término. No hay un término unívoco para referirse al mismo y eso es una debilidad. También su inherente generalidad y un defecto que trae consigo, producto de su falta de claridad es la inseguridad jurídica. Además, el hecho de que no se evidencie en la práctica constituye un significativo problema de ejercicio que no está reflejado en la norma.

¿Por qué hasta la fecha no hay sentencias que manifiesten claramente la ambigüedad del auxilio judicial?

Abg. César Vaca

Podríamos retomar una de las preguntas anteriores. Debe haber un número reducido de casos porque el solicitante pierde que su solicitud no prosperará. También debe recordarse que el COGEP es reciente, de 2015, y hay causas que duran varios años de tal manera que por razones lógicas es difícil que existan publicaciones de sentencias que contemplen la solicitud del auxilio judicial. Además, un caso donde se haga una solicitud de un auxilio judicial es prácticamente una garantía de un litigio fuerte, con probabilidades escasas o nulas de que medien o concilien, y eso hace todavía más largo el juicio.

Abg. María Carmen Maldonado

Entiendo tu inquietud. Hay casos de Acción Constitucional de Acceso a la Información Pública, lo cual es muy diferente a un auxilio judicial porque se puede demandar para acceder en a la información pero en el auxilio judicial ya las partes están en pleno proceso judicial. Y quizá por ello la dificultad. Es decir, más que demandar por un auxilio judicial, éste es un

procedimiento dentro del proceso en el cual el juez acepta o rechaza la solicitud y el juicio continúa. De tal manera que nos obliga a escudriñar sentencias en materia civil para constatar que haya una donde al menos una de las partes haya solicitado el auxilio judicial.

Abg. Marlón Chiluiza

En principio porque es una figura irregular. Lo común es que las partes tengan sus propias pruebas y no necesiten de la contraparte para probar sus alegatos. Tendría que pensarse en una prueba muy trascendental para que la parte se anime a solicitarlo. Porque hay una máxima en el ejercicio del derecho procesal. Nadie demanda si cree que no va a ganar. Y la persona que cree que puede ganar es porque tiene pruebas, evidencias para demostrarlo ante el juez. Mal hace el abogado litigante que espera ganar en juicio dependiendo de las pruebas de su contraparte. Porque debe convenirse que la solicitud de auxilio judicial aunque partes tienen derecho a dicha solicitud, en la práctica es más propio de la parte actora que es la que reclama una pretensión.

Análisis

Lo común es que la figura de la solicitud del auxilio judicial no se dé en el proceso porque las partes suelen tener pleno acceso a las pruebas. Las razones por las cuales el auxilio judicial no se ha manifestado en las sentencias es porque el COGEP es relativamente reciente, también porque no es una figura típica en el proceso, y también por su propia ambigüedad. De tal manera que hay una relación causal entre la ambigüedad del auxilio y su practicidad; dicho en otras palabras su ambigüedad parece limitar cualitativa y cuantitativamente su ejercicio.

El procedimiento civil venezolano en cuanto al auxilio judicial le da prioridad al principio de favor probationes por lo que se está a favor de incorporar las pruebas y no prescindir de ellas a priori ¿Qué tan viable sería para el COGEP adoptar tal principio?

Abg. César Vaca

Me parece que no estaría mal. Los latinoamericanos tenemos las mismas raíces jurídicas, no somos tan diferentes como podríamos serlos con respecto a los anglosajones. Eso sí, el favor probatorio es pragmático, pasa por encima de las formalidades y aboga por la continuación fluida del proceso, lo cual no suele ser el estilo que hemos adoptado que ha sido más ritualista. Sin embargo el derecho se está modernizando y me parece que la realidad así lo exige. Obviamente el legislador debe hacer sus consideraciones para que las partes no actúen de mala fe, solicitando pruebas ociosas que retardarían el proceso.

Abg. Maria Carmen Maldonado

Ello podría ir en contra de la admisibilidad de la prueba, lo cual indica que la prueba debe ser pertinente. Para que sea viable en la legislación ecuatoriana y en cualquier legislación es importante que las partes asuman las responsabilidades por sus solicitudes. En todo caso, en términos muy llanos, es preferible que sobren pruebas a que falten, de tal manera que eso también pudiera considerarlo el juez, cuando se da cuenta que no hay pruebas fehacientes o suficientes para que pueda emitir un juicio pero una de las partes solicita el auxilio judicial. Considero que en ese caso el juez debe admitirlo sin mayores dilaciones.

Abg. Marlón Chiluiza

No lo veo mal. Creo que el derecho a evolucionado mucho y emplear el principio de favor probatorio enriquecería el proceso siempre y cuando las pruebas que se le incorporen no sean espurias o impertinentes. Eso sería una manera de simplificar el auxilio judicial, solicitarlo sin mayores contratiempos. Si además en la legislación venezolana se puede presentar una copia del documento que pueda suplir al original eso es una ventaja, siempre y cuando prive la buena fe. Ese aspecto hay que considerarlo, debido a la tecnología hay una proliferación de pruebas.

Quizá por eso también la solicitud de auxilio judicial no ha calado en el sistema judicial, porque gracias a la digitalización se ha simplificado el acceso a las pruebas.

Análisis

Los entrevistados manifiestan estar a favor del principio de favor probaciones alegando que las pruebas siempre y cuando tengan pertinencia y fiabilidad son bienvenidas al proceso porque lo enriquecen. De tal manera que con tal principio se haría más flexible el auxilio judicial porque se refiere a la incorporación de las pruebas a la cual debe dársele prioridad su ingreso por encima de los formalismos.

2. ¿De qué manera podría solucionarse el problema de la ambigüedad del auxilio judicial?

Abg. César Vaca

Lógicamente hay dos opciones o soluciones: una que venga del poder legislativo y otra que venga del poder judicial. Si es el poder legislativo sería entonces una reforma o una ley que regule lo referido al auxilio judicial. Si es por la vía judicial entonces tendría que ser con una jurisprudencia que aclare cómo debe procederse en tales casos. Pero si por ambigüedades de la ley no se generan sentencias donde alguna de las partes solicite el auxilio judicial, entonces lo más recomendable es que se haga una reforma donde se subsanen tales ambigüedades. También podría hacerse más flexible, de modo que no sea tan rígido con la solicitud del auxilio judicial.

Abg. Maria Carmen Maldonado

Lo mejor sería hacer una reforma muy concisa donde se respete la seguridad jurídica. Aunque la seguridad jurídica también tiene que ver con la estabilidad de las leyes y el COGEP es relativamente nuevo. Pero si el problema del auxilio judicial es su falta de viabilidad y esa inviabilidad se debe a la ambigüedad de la norma, entonces habría que hacer una reforma. Pero como he dicho, tiene que ser bastante limitada y bien justificada y que no afecte el resto del cuerpo normativo.

Abg. Marlón Chiliza

El problema es que si se intenta aclarar también se corre el riesgo de excluir. Requiere una buena técnica legislativa para que la solución no termine siendo un problema. Me explico, al hacer modificaciones, y al tratar de ser muy claro, muy específico, entonces se pueden excluir pruebas o cualquier otra exclusión. Una regla en la redacción de leyes es precisamente la generalidad, que puede abarcar a todos los ciudadanos o todas las materias a la cual está destinada a regular la ley. No es para nada sencillo porque precisamente cuando se generaliza es cuando se puede caer en las ambigüedades. Entonces el reto de la reforma es ese, suprimir las ambigüedades pero conservando las generalidades.

Análisis

Los entrevistados sugieren como soluciones a la problemática del auxilio judicial que se pueda hacer una reforma concisa y muy bien justificada del COGEP, para que no genere nuevos problemas como la exclusión y no atente contra el principio de seguridad jurídica en cuanto a la estabilidad de las normas. Otra solución pudiera ser la propia interpretación que daría la Corte Constitucional de Ecuador con respecto al auxilio judicial y que tal sentencia pudiera tener carácter de jurisprudencia y por lo tanto servir de guía a los usuarios, a los abogados y a las autoridades judiciales.

CAPITULO V

PROPUESTA

5.1 Título de la propuesta

Anteproyecto de reforma del Código Orgánico General de Procesos para reducir la ambigüedad del auxilio judicial

5.2 Caracterización de la propuesta

Esta propuesta tiene como característica una aportación legislativa para reducir o eliminar la ambigüedad que tiene el Código Orgánico General de Procesos en cuanto al auxilio judicial. Se pretende, por lo tanto, que el auxilio judicial pueda ser un medio de prueba viable en la cual las partes y los jueces puedan tener reglas claras. Para ello se considera importante la modificación del artículo 142 en sus numerales 7 y 8, y la modificación del tercer inciso del artículo 159, todos referentes del auxilio judicial.

Se unifica el in fine del numeral 7 con el numeral 8 para concentrar el tema de la solicitud auxilio judicial. También se ha suprimido la palabra precisa para no ser tan rigurosos con la indicación del lugar donde debe estar la prueba que pueda servir de excusa para rechazar la solicitud. Se ha incorporado la justificación de la pertinencia de la prueba que se solicita como un elemento de responsabilidad que se le añade al solicitante para evitar que se soliciten pruebas impertinentes que entorpezcan el propósito con o sin intención de hacerlo.

Con respecto al segundo inciso del 159 se ha decidido colocar el verbo conjugado bastará, la cual se considera que tiene la semántica necesaria para explicar que la anunciación de la prueba a la que no sea posible tener acceso, sea el requisito suficiente y proporcionado para que proceda la solicitud del auxilio judicial. No se hizo mayor extensión sobre el inciso esperando quede sobreentendido que el juez no puede solicitar otros documentos porque la anunciación per se es suficiente. También se ha reformado la imposibilidad para colocarlo en

términos subjetivos, es decir, en lo sucesivo, el solicitante manifiesta la imposibilidad de acceder a la prueba, lo cual no significa que objetivamente sea imposible- para el solicitante- acceder a la prueba.

5.3 Planteamiento de la propuesta

El auxilio judicial es una figura jurídica importante para acceder a la prueba y por lo tanto a la verdad verdadera y a la justicia. Aunque sea excepcional su ayuda, cuando es necesario, es muy importante para dirimir controversias y ayudar al juez a tener mayor y mejor información para pronunciarse sobre un caso determinado. El Código Orgánico General de Procesos, aunque la contempla, en razón de la ambigüedad con la que ha sido redactada, no la hace práctica, ni para la parte solicitante ni para el juez que debe procesar la solicitud de acuerdo a las normas. De manera que es importante corregir tal defecto para que el auxilio judicial sea una figura jurídica confiable y no genere polémicas entre las partes y entre las partes con respecto al juez.

La propuesta de este trabajo de investigación pretende aclarar los aspectos fundamentales en el ejercicio del auxilio judicial, o al menos contribuir para que pueda ser una figura de uso práctico, que realmente puedan ejercer las partes. Considerando que no ha habido un trato académico y profesional sobre el tema, la propuesta se concibe como un aporte a tomar en cuenta para ser repensado y reflexionado en los espacios correspondientes y competentes.

5.4 Preámbulo

El artículo 75 de la Carta Magna estipula que cada persona tiene derecho a acceder a la justicia de forma gratuita, así como que sea tutelado de manera efectiva, con imparcialidad y de manera expedita, en cuanto a sus derechos e intereses, lo cual es importante para la reforma que se formula.

El artículo 82 de la Constitución consagra que la seguridad jurídica es un derecho basado en el respeto al magno texto jurídico, así como el respeto a la normativa jurídica que se caracteriza por ser previsible, clara, pública y aplicable por las autoridades competentes.

En el numeral 7 del artículo del COGEP se regula lo concerniente a anunciar los medios de prueba que son ofrecidos para dar crédito a los hechos. Tales medios son acompañados con la nómina de testigos indicándose los hechos acerca de los cuales los testigos van a declarar y especificándose los objetos sobre los que tratan las diligencias; por ejemplo la exhibición, la inspección judicial, el informe del especialista y demás diligencias. De no ser posible acceder a las pruebas periciales o documentales, debe describirse lo que contiene, indicando con precisión acerca del sitio en que está ubicado y solicitando la medida respectiva para que se practique. El numeral 8 del mencionado artículo contempla que cuando se solicite el acceso judicial a la prueba sea fundamentado en forma debida.

El artículo 159 del COGEP en su tercer inciso señala que los documentos o información que no estén en manos de las partes y que para su obtención se requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar al juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas de este Código.

5.5 Objetivo

Reducir la ambigüedad del auxilio judicial en el Código Orgánico General de Procesos.

5.6 Anteproyecto de reforma

La Asamblea Nacional de la República del Ecuador, en resguardo de los principios constitucionales y tras advertir la falta de claridad y la difícil aplicabilidad en el requerimiento del auxilio del órgano jurisdiccional para la obtención de documento o información que no esté en poder de las partes, lo cual debe ir en consonancia con los artículos constitucionales 82, que se refiere a la seguridad jurídica, y 76, que enmarca los principios del debido proceso;

CONSIDERANDO

Que en el numeral 7 del artículo 76 se estipula como derechos: que la parte pueda defenderse cualquier etapa y grado del proceso, que pueda contar con el tiempo y los medios apropiados para defenderse; que pueda ser escuchado cuando sea oportuno y en condiciones iguales; que pueda realizar la presentación de pruebas, y pueda hacer la contradicción de las pruebas hechas en su contra; que pueda juzgarse por una autoridad con independencia, imparcialidad y competencia;

Que el artículo 82 de la Carta Magna contempla el derecho a la seguridad jurídica el cual está fundamentado en respetar la Constitución así como que exista un cuerpo normativo que sea previo, claro, público y aplicado por autoridades competentes;

Que es necesario subsanar la ambigüedad que padece la figura del auxilio judicial para el acceso a la pruebas, contemplada en el Código Orgánico General de Procesos;

En ejercicio de las atribuciones que le confieren el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República y el numeral 6 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, en uso de sus atribuciones legales resuelve lo siguiente:

Refórmense en el Código Orgánico General de Procesos en las siguientes disposiciones:

1. Sustitúyase el numeral 7 del artículo 142 por el siguiente:

Al anunciarse los medios de prueba ofrecidos para dar crédito los hechos se debe acompañar la nómina de testigos indicando los hechos acerca de los cuales cada testigo declarará, y debe especificarse los objetos sobre los que tratará cada diligencia, tal como la exhibición, la inspección judicial, el informe del perito y cualquier otra diligencia similar.

2. Sustitúyase el numeral 8 del artículo 142 por el siguiente:

Si no se puede acceder a una prueba documental o pericial, se debe presentar con la demanda la solicitud de acceso judicial, describiéndose lo que pueda conocer de lo que contenga la prueba documental o pericial, igualmente debe indicarse el lugar donde se encuentra la prueba, justificando su pertinencia, y solicitándose las medidas necesarias para que se practicara.

3. Sustitúyase el segundo párrafo del artículo 159 por el siguiente

La prueba a la que la parte manifieste no tener posibilidad de acceso bastará con que sea anunciada pero aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este Código.

Esta reforma entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

5.7 Impacto jurídico y social de la propuesta

Como se ha dicho en los capítulos precedentes, la reforma del COGEP podría servir para restarle ambigüedad al auxilio judicial revistiendo de seguridad jurídica dicha normativa. Esto a su vez la haría atractiva, confiable y viable para su ejercicio en el proceso, contribuyendo a garantizar el acceso a la justicia, la calidad de la justicia y una mejor tutela efectiva. Como un claro impacto jurídico permitirá blindar de legalidad las acciones del juez, evitando posibles arbitrariedades voluntarias o involuntarias. En el campo social, se espere que la reforma genere más confianza en el sistema judicial como administrador de justicia y en el Código Orgánico General de Procesos como un instrumento que les proporciona seguridad jurídica y un proceso eficaz y justo.

5.8 Conclusiones parciales

Con la propuesta de reforma del Código Orgánico General de Procesos se puede llegar a la conclusión que es posible reducir la ambigüedad del auxilio judicial prácticamente su totalidad evitando los malentendidos y confusiones de los usuarios y de los propios administradores de justicia, al despojar de burocratismo y formalismos innecesarios a la solicitud del auxilio judicial.

CONCLUSIONES

El auxilio judicial es un medio para la obtención de la prueba. Es inusual en el sentido que depende de la autoridad del juez para ser obtenida cuando lo normal es que las partes dispongan libremente de las pruebas que quieren presentar en juicio. Pero su figura, cuando se da la oportunidad, es importante para que un proceso refleje lo mejor posible la realidad de los hechos y las sentencias se pronuncien fundados en la veracidad.

La ambigüedad del auxilio judicial lo ha hecho inviable tanto por parte de las partes que no están seguros de cómo solicitarlo, como del juez como no sabe cómo proceder con dicha solicitud y puede presumirse que la rechaza- en el dado caso- porque no tiene la seguridad las consecuencias jurídicas de su admisión. Esto constituye por lo tanto una violación al debido proceso porque no hay una tutela judicial efectiva, se potencia la parcialidad del juez, y se vulneran los derecho a la defensa de las partes.

El auxilio judicial amerita una reforma porque adolece de ambigüedades que podrían manifestarse en formalismos y burocratismos innecesarios solicitando requisitos que no son fundamentales para llevar a cabo la solicitud. Asimismo, sufre de otros problemas que, aunque parezcan nimios atañen a la reflexión jurídica como lo es el concepto de imposibilidad, el cual no se especifica en el texto dónde radica tal imposibilidad.

Se ha utilizado la legislación venezolana como instrumento para realizar una comparación entre dicho derecho y el derecho ecuatoriano encontrándose una ventaja en el derecho venezolano con respecto al auxilio judicial- llamado en Venezuela exhibición de documentos- , en el cual se le da importancia a la prueba más allá del formalismo y de incluso la calidad de la prueba en sí. Por lo tanto, el derecho venezolano al respecto se rige por el favor probationes y tal principio es un elemento importante a considerar para la elaboración de una reforma en el

COGEP que, si bien no pueda llegar a aclarar del todo, entonces sí permita mayor libertad para que las pruebas se incorporen al proceso.

En este sentido, se decidió hacer una propuesta al Código Orgánico General de Procesos en cuanto al artículo 142 en sus numerales 7 y 8, y el artículo 159 en su segundo inciso, técnicamente simplificando la solicitud del auxilio judicial al hacerlo más flexible, eliminar algunas rigurosidades y ambigüedades que pudieran prestarse para rechazar tal solicitud.

RECOMENDACIONES

La primera recomendación es a todos los estudiantes y profesionales del derecho para que permitan que el auxilio judicial pueda nutrirse del derecho comparado. Siempre existirán casos que pueden servir de buen ejemplo de la utilidad de tal método bien sea para imitar una legislación o para descartarla. Del estudio comparado se ha rescatado el principio de *favor probationes* que alude que es mejor incorporar las pruebas que rechazarlas a priori. Así, el estudio de las legislaciones, sobre todo de legislaciones parecidas a las de Ecuador, podría dar luces para hacer del auxilio judicial una figura jurídica viable.

Una recomendación está dirigida a los sectores académico y al gremio de abogados para que tomen en cuenta el auxilio judicial como una figura jurídica que merece ser estudiada, analizada y cuya mecánica jurídica debe ser resuelta para que pueda materializarse en el proceso, es decir, para que pueda servir como un elemento del derecho probatorio que pueda conducir a la verdad verdadera y garantice el debido proceso y la justa administración de justicia. Para ello es recomendable el uso de las redes sociales que facilitan la divulgación de la información y permite que los usuarios interactúen y puedan dilucidar sus dudas; esto trascendería de las aulas y haría de la discusión del auxilio judicial un asunto más social donde los interesados no son solo los estudiantes y profesionales del derecho sino todo aquel que quiera conocer y profundizar al respecto.

A las autoridades competentes tomar en cuenta la propuesta realizada en este trabajo de investigación para mejorar el auxilio judicial en el Código Orgánico General de Procesos. En este sentido, se recomienda que se considere el principio de favor probationes como un elemento que puede facilitar y ayudar que las partes procesales puedan tener acceso a las pruebas. Finalmente, a los jueces, sobre todo los de la Corte Constitucional del Ecuador, pronunciarse sobre la aplicación del auxilio judicial en los términos que aquí han sido

examinados; es decir, qué requisitos son imprescindibles para la solicitud y cómo debe actuar el juez para aprobar o rechazar dicha solicitud.

Bibliografía

- Academia de ciencias de la URSS y de Cuba. (1978). *Metodología del conocimiento científico*. La Habana.
- Acosta-Madiedo, C. (2010). Simulación de actos jurídicos: Teoría, acción y los efectos de su declaración. *Revista de Derecho*, 377-409.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución del Ecuador*. Quito: Lexis.
- Blasco, J., & Pérez, J. (2007). *Metodologías de investigación en las ciencias de la actividad física y el deporte*. Alicante: Club Universitario.
- Calvo, E. (2008). *Código de Procedimiento Civil en Venezuela*. Caracas: Ediciones Libra.
- Casal, J. (2014). *Los derechos humanos y su protección*. Caracas: Publicaciones UCAB.
- Castañeda, P. (25 de 7 de 2017). *Derecho Ecuador*. Recuperado el 8 de 8 de 2018, de Aspectos procesales de la prueba: <https://www.derechoecuador.com/aspectos-procesales-de-la-prueba>
- Castañeda, P. (30 de 04 de 2018). Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/la-prueba--en-el-cogep>
- Castillo-Córdova, L. (2010). El significado iusfundamental del debido proceso. En J. Sosa, *El debido proceso: estudios sobre derechos y garantías procesales* (págs. 9-31). Lima: Gaceta Jurídica.
- Código Orgánico General de Procesos. (2015). Quito: Registro Oficial.
- Couture, E. (2014). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Euros.
- Cuadros, A. (30 de 04 de 2017). Obtenido de <https://alfredocuadros.com/2017/01/12/presentacion-de-prueba-segun-el-cogep/>
- Cuadros, A. (12 de 1 de 2017). *Alfredo Cuadros Añazco*. Recuperado el 10 de 8 de 2018, de Presentación de prueba según el COGEP: <https://alfredocuadros.com/2017/01/12/presentacion-de-prueba-segun-el-cogep/>
- Cuenca, H. (2008). *Derecho Procesal Civil*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- De León, O., & Mendoza, R. (2011). *Los Principios, Los Actos y las Pruebas en el Procedimiento de Determinación de Responsabilidad Administrativa*. San Cristobal: Lito Fomas.
- Devis Echandía, H. (2012). *Compendio de derecho procesal*. Bogotá: Temis.
- Duque, J. (2012). *Violación de principios probatorios penales al admitirse como prueba de referencia los testimonios de menores de edad en delitos sexuales*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Escuela de la función judicial . (10 de 8 de 2018). *Escuela de la función judicial*. Obtenido de ¿Cómo obtener tus pruebas de acuerdo al cogep y a quien solicitarlas?:

<http://www.funcionjudicial.gob.ec/videos/ANIMACIONES/presentacionPresentacionPruebasCOGEP.pdf>

- Ferrer. (2013). *Panorámica del Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Ponds.
- Ferrer, E., Martínez, F., & Figueroa, G. (2014). *Diccionario de derecho procesal, constitucional y convencional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrer, J., & al, e. (2016). *Estudios sobre la prueba*. Mexico: UNAM.
- Ferreya, G. (2010). Enfoque sobre el mundo jurídico. Constitución y derechos fundamentales. *Estudios Constitucionales*, 565-586.
- Flores, M. (2008). *Alcance de la libertad probatoria en el sistema oral por audiencias reconocido en el Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Freire, S. (2017). *La Prueba en el Código Orgánico General de Procesos*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- García, J. (29 de 3 de 2016). *Derecho Ecuador*. Recuperado el 11 de 8 de 2018, de Ofrecimiento de la prueba en el Cogep: <https://www.derechoecuador.com/ofrecimiento-de-la-prueba-en-el-cogep>
- Gatlung, J. (1988). *Essays in methodology*. Copenhagen: Ejlers.
- González, F. (2012). Nuevas tecnologías y medios de prueba en el derecho laboral. *El derecho del trabajo ante las nuevas tecnologías*, 217-234.
- Henríquez, M. (2015). El principio procesal iura novit curia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de Llengua y dreit*, 1-15.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2010). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw Hill.
- Jiménez, F. (2015). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Murcia: Diego Marin.
- Martínez, M. (2008). *Epistemología y metodología cualitativa*. México: Trillas .
- Mazón, J. (2018). *Ensayos críticos sobre el COGEP*. Quito: Legal Group.
- Medina, M. (2018). *La problemática de la negativa en el acceso Judicial de la Prueba, conforme el Código General de Procesos*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Navarro, E. (2013). El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 121-145.
- Ossorio, M. (2011). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Guatemala: Datascan.
- Pabón, A. (2012). Tres enfoques de la argumentación jurídica. *Pensamiento* , 267-287.
- Paneque, R. (02 de 02 de 1998). *Metodología de la investigación*. La Habana: Editorial Ciencias Médicas. Obtenido de SLD.

- Parra, J. (2006). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Ediciones librería del profesional.
- Peña, I. (2008). *Valor probatorio de la exhibición de documentos administrativo*. Maracaibo- Venezuela: La Universidad del Zulia.
- Pinto, T., & Piva, G. (2004). *Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Caracas: Livrosca.
- Prieto, C. (2014). Acerca de las providencias judiciales en el Código General del Proceso. En H. Cruz, *El proceso civil a partir del Código General de Procesos* (págs. 425-448). Bogotá: Ediciones Uniandes.
- RAE. (2014). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa.
- Ramírez. (2005). Principios Generales que rigen la actividad probatoria. *Doctrina*, 1028- 1039.
- Rivera. (2011). *La prueba una análisis racional y práctico*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Smith, T. (2000). *Análisis Estadístico*. Madrid: Santa Lucía.
- Talavera, P. (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal*. Lima: Academia de la Magistratura.
- Tarrufo, M. (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Coordinación de comunicación social.
- Toyama, J., & Higa, A. (2012). La prueba en el derecho laboral. El proceso inspectivo y la justicia oral. *Derecho & Sociedad*, 220-231.
- Tribunal Supremo de Justicia, 10810-2010-080 (Sala de Casación Civil 10 de 8 de 2010).
- Tribunal Supremo de Justicia, 2141-15-14 (Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas 15 de 05 de 2013).
- Vargas, R. (2011). Concepciones de la prueba judicial. *Prolegómenos derecho y valores* , 135-148.
- Velepucha, M. (2016). *La oportunidad de la prueba*. Quito: Escuela de la función judicial.
- Vivares, L. (2015). El juicio de proporcionalidad como garantía del derecho a la prueba. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 435-452.
- Wray, A. (2000). El debido proceso en la Constitución. *Iuris Dictio*, 35-48.
- Zabaleta, Y. (2017). La contradicción en materia probatoria en el marco del proceso penal colombiano. *CES- Derecho*, 172-190.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, García Velasco, Jonathan, con C.C: # 020179101-9, autor del trabajo de titulación: ***EL AUXILIO JUDICIAL COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS***; previo a la obtención del título de **Magister 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 titulación 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 titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 29 julio del 2020.

f. 

**Nombre: García Velasco, Jonathan
C.C: 0201791019**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA		
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN		
TÍTULO Y SUBTÍTULO:	El auxilio judicial como medio de prueba en el Código Orgánico general de procesos	
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Garcia Velasco, Jonathan	
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Dra. Nuria Perez; Dr. Juan Carlos Vivar	
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil	
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado	
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Procesal	
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Procesal	
FECHA DE PUBLICACIÓN:	No. DE PÁGINAS:	84
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Procesal	
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Auxilio judicial, Debido proceso, Prueba.	
<p>RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras): El presente trabajo refleja un estudio de tipo cualitativo del auxilio judicial para corregir su ambigüedad a través de una propuesta de reforma legal. Esta figura está contenida en el artículo 159 del COGEP y si bien se han realizado escasas investigaciones al respecto, ya algunos autores han planteado la inquietud de cómo debe actuar el juez y la parte en caso tal caso; es decir, qué requisito deben exigirse para su concreción o cómo podría conciliarse la discrecionalidad del juez con el debido proceso. Para la elaboración de este trabajo ha sido importante el uso de métodos teóricos como lógico, exegético y comparativo a fin de considerar la naturaleza del auxilio judicial, su ambigüedad legislativa y la proposición de su posible solución. Asimismo, se emplearon métodos empíricos que implicaron el estudio de la norma legal y la entrevistas a expertos en materia procesal civil. Entre los resultados más significativos se ha encontrado en el principio favor probationes un elemento importante para hacer más flexible y beneficioso el auxilio judicial pues le da más importancia a la prueba en sí que a las formalidades.</p>		
ADJUNTO PDF:	SI <input checked="" type="checkbox"/>	NO <input type="checkbox"/>
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono:0990568843	garciajv0@hotmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Ing. Andrés Obando	
	Teléfono: 0992854967	
	E-mail: ing.obandoo@hotmail.com	