



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**Debate entre el garantismo y el activismo procesal: Prueba para mejor resolver
en el COGEP.**

AUTORES:

**Villao Vélez, Peter Steven
Zamora Vera, Fiorella Alejandra**

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
ABOGADO**

TUTOR:

Ab. García Auz, José Miguel, Mgs.

Guayaquil, Ecuador

23 de abril del 2024



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Villao Vélez, Peter Steven y Zamora Vera, Fiorella Alejandra**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado**.

TUTOR (A)



f. _____
Ab. García Auz, José Miguel, Mgs.

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____
Dra. Nuria Pérez Puig-Mir, PhD.

Guayaquil, a los 23 días del mes de abril del año 2024.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Nosotros **Villao Vélez, Peter Steven y Zamora Vera, Fiorella Alejandra**

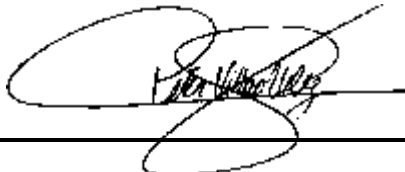
DECLARAMOS QUE:

El Trabajo de Titulación, **Debate entre el garantismo y el activismo procesal: Prueba para mejor resolver en el COGEP**, previo a la obtención del título de **Abogado** ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de nuestra total autoría.


En virtud de esta declaración, nos responsabilizamos del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 23 días del mes de abril del año 2024

Autores

f. 

Villao Vélez Peter Steven

f. 

Zamora Vera Fiorella Alejandra



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Nosotros, **Villao Vélez, Peter Steven y Zamora Vera, Fiorella Alejandra**, autorizamos a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **Debate entre el garantismo y el activismo procesal: Prueba para mejor resolver en el COGEP**, cuyo contenido, ideas y criterios son de nuestra exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 23 días del mes de abril del año 2024

AUTORES

f.

Villao Vélez, Peter Steven

f.

Zamora Vera Fiorella Alejandra



Reducido Borrador Tesis Final - Villao - Zamora

< 1%
Textos
sospechosos



< 1% Similitudes
0% similitudes entre
comillas (ignorado)
0% entre las fuentes
mencionadas
< 1% Idiomas no reconocidos
(ignorado)

Nombre del documento: Reducido Borrador Tesis Final - Villao - Zamora.pdf
ID del documento: 354732c0fd1338ad0fd9388c71978b491998e229
Tamaño del documento original: 238,36 kB

Depositante: José Miguel García Auz
Fecha de depósito: 16/4/2024
Tipo de carga: interface
fecha de fin de análisis: 16/4/2024

Número de palabras: 8588
Número de caracteres: 56.581

Ubicación de las similitudes en el documento:



Fuentes principales detectadas

N°	Descripciones	Similitudes	Ubicaciones	Datos adicionales
1	Documento de otro usuario #f29da9 El documento proviene de otro grupo 5 fuentes similares	2%		Palabras idénticas: 2% (133 palabras)
2	Documento de otro usuario #147edd El documento proviene de otro grupo 4 fuentes similares	1%		Palabras idénticas: 1% (97 palabras)
3	www.ferrere.com Novedades Sistema procesal ecuatoriano se moderniza https://www.ferrere.com/es/novedades/sistema-procesal-ecuatoriano-se-moderniza/#:~:text=El 22... 1 fuente similar	< 1%		Palabras idénticas: < 1% (63 palabras)
4	JOSÉ PARRA EXAMEN COMPLEXIVO FINAL .docx JOSÉ PARRA EXAMEN C... #74533a El documento proviene de mi grupo 14 fuentes similares	< 1%		Palabras idénticas: < 1% (55 palabras)

Fuentes con similitudes fortuitas

N°	Descripciones	Similitudes	Ubicaciones	Datos adicionales
1	repositorio.uasb.edu.ec http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/9570/1/TD199-DDE-izurieta-La prueba..pdf	< 1%		Palabras idénticas: < 1% (20 palabras)
2	repositorio.utn.edu.ec http://repositorio.utn.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/12948/2/PG 1178 TRABAJO DE GRADO.pdf...	< 1%		Palabras idénticas: < 1% (14 palabras)
3	publicacionesicdp.com http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/download/17/pdf	< 1%		Palabras idénticas: < 1% (10 palabras)
4	Documento de otro usuario #97178a El documento proviene de otro grupo	< 1%		Palabras idénticas: < 1% (10 palabras)

Fuente mencionada (sin similitudes detectadas) Estas fuentes han sido citadas en el documento sin encontrar similitudes.

- <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp>

Guayaquil, a los 16 días del mes de abril del año 2024

Autores

f.

Villao Vélez Peter Steven

f.

Zamora Vera Fiorella Alejandra

Tutor



Validado electrónicamente por:
**JOSE MIGUEL
GARCIA AUZ**

f. _____
Ab. García Auz, José Miguel, Mgs.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, a Jesús por su divina misericordia, a mi padre, mi madre, mis abuelos y mis tíos por convertirme en el hombre que soy. A mi hermano Kevin y mi hermana Camila, por ser mi fuente de inspiración diaria. A mis mentores por siempre exigir lo mejor de mí. A mis amigos por ser leales y mantenerse firmes en la fe de lo que algún se podría lograr.

-PETER STEVEN VILLOO VELEZ

Agradezco a Dios por haber sido mi luz durante todo este camino, a mi papá por haber estado conmigo y haberme apoyado en todo momento; a mi mamá, ya que aun estando lejos estuvo siempre pendiente de mis estudios; a mi abuelita que era la persona que más me impulsaba y me decía que el estudio es lo más importante, a mi familia por creer en mí, a mi compañero de tesis y amigo Peter Villao por haber sido parte esto; y por ultimo pero no menos impórtate quiero agradecerles a mis amigos, quienes me decían todos los días "serás la mejor abogada de este mundo, no te rindas, tú puedes".

-FIORELLA ALEJANDRA ZAMORA VERA

DEDICATORIA

Este primer título va dedicado especialmente a mi amigo fiel Jesucristo, quien supo remar conmigo en todas las corrientes del camino, el que remo por mí cuando fue necesario, a quien por su obra y gracia le debo todo lo que fui, lo que soy y lo que algún día seré.

Va por mi papá, Peter Then Sun Villao Wong, por mi abuelo Francisco Manuel Villao Yépez, quienes fueron mis ángeles guardianes a lo largo de todo este camino; y quienes estoy seguro son los que más celebran este logro.

Va por mi hermano Kevin, mi mejor amigo y fiel compañero. Por mi hermana Camila, mi todo. Mi madre, gracias mamá por darme todas las herramientas y todo el amor que necesité, mi fiel confidente y fuente de inspiración más grande.

Por mis abuelos y mis tíos, que sostuvieron y aconsejaron sabiamente los pasos en este caminar.

Por mis amigos y sus familias, quienes fueron faro de luz y de esperanza en los momentos de lucha y de dudas.

Esta alegría es tanto de ustedes, como mía. Que sea un paso firme y contundente en la carrera larga y esperanzadora que nos queda por delante.

-PETER STEVEN VILLO VÉLEZ

Con gratitud en el corazón y humildad en el alma, dedico esta tesis a Dios, por haber sido mi fuente de fortaleza y mi guía durante todo este largo camino, por ayudarme a seguir y no dejar rendirme nunca.

Esta tesis va dedicada a mi papá Javier Danilo Zamora Espinoza, quien de la mano de Dios me ayudo y me permitió estudiar esta carrera, porque sin Dios y sin él no lo hubiera logrado, hoy papá podrás decir con mucho orgullo "mi hija es la Abg. Fiorella Zamora".

Va dedicada a mi mamá Denise Jazmín Vera Muñoz y a mi hermana Gia, quienes de lejos siempre están pendientes de todo lo que pasa en mi día a día; y siempre me están ayudando y dándome aliento para seguir adelante.

Va dedicada a mis abuelitos Abdón y Anilo quienes están en el cielo, a mis abuelitas, mis tíos y primos quienes me han aconsejado y me han dado la mano cuando lo he necesitado.

Y también va dedicado a mis amigos, quienes han estado en las buenas y en las malas conmigo.

Este será el primer título de muchos, gracias por siempre creer en mí; seré la primera abogada de la familia y espero estén muy orgullosos de lo que he logrado porque este logro no solo es para mí, también es para ustedes.

-FIORELLA ALEJANDRA ZAMORA VERA



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO TRIBUNAL
DE SUSTENTACIÓN**

f. _____
LEOPOLDO XAVIER ZAVALA EGAS
DECANO DE CARRERA

f. _____
MARITZA GINETTE REYNOSO GAUTE
COORDINADOR DEL ÁREA

f. _____
DR. XAVIER CUADROS
OPONENTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: **Jurisprudencia**

Carrera: **Derecho**

Periodo: **Semestre C**

2024 Fecha: **18/04/2024**

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado *Debate entre el garantismo y el activismo procesal: Prueba para mejor resolver en el COGEP* elaborado por las estudiantes *Villao Vélez, Peter Steven y Zamora Vera, Fiorella Alejandra*, certifica que durante el proceso de acompañamiento dichos estudiantes han obtenido la calificación de **10 (DIEZ)**, lo cual los califica como **APTOS PARA LA SUSTENTACIÓN**.



Ab. José Miguel García Auz, Mgs.

DOCENTE TUTOR

ÍNDICE

RESUMEN	VI
ABSTRACT	VII
INTRODUCCIÓN	2
DESARROLLO	5
Capítulo I- Marco Teórico	5
1. Antecedente Histórico Jurídico	5
2. Definiciones, Elementos y Características.....	6
2.2. El Proceso Como Garantía.....	6
2.3. Principio Dispositivo Y de Imparcialidad.....	10
2.4. Garantismo y Activismo Procesal.....	11
2.5. Naturaleza Jurídica	14
2.6. Cierre Parcial	16
Capitulo II- Problema Jurídico.....	18
3. Pregunta De Investigación.....	18
4. Problema Jurídico	19
5. Solución.....	22
CONCLUSIONES.....	26
RECOMENDACIONES.....	28
BIBLIOGRAFÍA.....	30

RESUMEN

En el presente trabajo académico se analizarán los principios constitutivos del proceso y su bajada empírica al debate del garantismo y el activismo procesal. De tal manera, analizaremos al proceso como un método pacífico de debate que tiene como finalidad la resolución de conflictos del ámbito material aterrizado en el campo jurídico litigioso, entendiendo que han sido los sistemas judiciales estructurados con la finalidad de evitar la venganza privada entre los involucrados dentro de un conflicto y de tal manera proporcionar garantías jurisdiccionales básicas como la tutela judicial efectiva a través del debido proceso con el fin último de resolver los conflictos de manera pacífica y protegiendo así los derechos de las partes. Es por esto, que cabe mencionar que también se analiza al proceso como la garantía por excelencia para la efectivización de los derechos. De igual manera, se analizan varios aspectos trascendentales de las teorías del garantismo procesal y del activismo procesal, concatenando sus postulados con los principios básicos del proceso y entendiendo como cada una de las teorías los interpreta y los adecua a sus modelos. Finalmente, analizaremos las facultades materiales de dirección que tienen los jueces en cada una de las teorías planteadas y cuestionamos cuál de ellas es la más adecuada de acuerdo con el respeto a los principios constitutivos del proceso, centrado en el caso concreto de la aplicación de la figura de la prueba por mejor resolver que el Código Orgánico General de Procesos reconoce en su estructura como parte de una de las facultades materiales de dirección del proceso por parte de los juzgadores.

Palabras Claves: Proceso, garantía, método, garantismo, activismo, principios, postulados.

ABSTRACT

In this academic work, the constitutive principles of the process and their empirical application to the debate of legal guarantee and procedural activism will be analyzed. Thus, we will examine the process as a peaceful method of debate aimed at resolving conflicts in the legal litigious field, understanding that judicial systems have been structured with the purpose of avoiding private revenge among the parties involved in a conflict and thus providing basic jurisdictional guarantees such as effective judicial protection through due process with the goal of resolving conflicts peacefully and protecting the rights of the parties. It is worth mentioning that the process is also analyzed as the paramount guarantee for the realization of rights. Similarly, various transcendent aspects of procedural guaranteed theories and procedural activism are analyzed, linking their postulates with the basic principles of the process, and understanding how each theory interprets and adapts them to its models. Finally, we will analyze the substantive directing powers that judges have in each of the theories proposed and question which of them is the most suitable according to respect for the constitutive principles of the process, focusing on the specific case of the application of the figure of "prueba por mejor resolver" (evidence for better resolution) that the General Organic Code of Procedures recognizes in its structure as part of one of the substantive directing powers of the process by the judges.

Key words: Due Process, Method, Activism, Guarantee, Principles, Postulates.

INTRODUCCIÓN

Inicialmente, es necesario comprender que *el proceso* es un fenómeno que ha sido sumamente discutido a lo largo de la historia en el ámbito jurídico, puesto que no encontraba su independencia del resto de ramas del Derecho hasta la llegada de la reconocida escuela científica alemana que dio paso al estudio del *proceso* como un fenómeno autónomo del derecho y así dio nacimiento a la rama del Derecho procesal.

Indefectiblemente, los constantes cambios a nivel sistemático de los ordenamientos jurídicos a través del tiempo han sido de enorme influencia en la participación del *proceso* dentro de los propios ordenamientos, de acuerdo con cómo han sido contemplados según la teoría jurídica vigente de la época.

Debido a estos diversos cambios, muchas veces la tutela judicial efectiva ha sido severamente afectada en conjunto con otro principio como el de la seguridad jurídica, lo que ha llevado a la creencia popular de que los *procesos* a nivel judicial muchas veces no son más que procedimientos burocráticos que únicamente retrasan la consecución de justicia. Este por supuesto, es un paradigma que no compartimos, pues realmente es *el proceso* la garantía por excelencia para la efectivización de los derechos – en la actualidad – más aún en las tendencias del neoconstitucionalismo de la mayoría de los sistemas jurídicos de Iberoamérica que se erigen en bajo el principio *pro-homine*.

Sin embargo, es esta corriente jurídica neoconstitucional la que hasta cierto punto le ha otorgado facultades casi omnipotentes a los jueces - administradores de justicia, con la finalidad de que apliquen principios en pro de los derechos humanos, saltándose muchas veces la norma preestablecida - concepción que es bastante

riesgosa frente a los principios de legalidad y de seguridad jurídica, lo que hasta cierto punto

reduce el campo de acción de los legisladores, haciendo que los jueces de alguna u otra forma se conviertan en legisladores a través de precedentes jurisprudenciales que yacen de sus decisiones judiciales.

En primera instancia, podría considerarse esta tendencia como una noble aspiración a la consecución de justicia, sin embargo, sus alcances son de importante consideración y cuidado; puesto que, esta búsqueda de la verdad por parte de los jueces con la finalidad de conseguir la mayor cantidad de elementos de convicción para establecer un criterio y emitir un sentencia, muchas veces pueden resultar en el quebrantamiento de uno de los principios fundamentales del *proceso*, es decir, el principio de imparcialidad que deben de ostentar los jueces.

En tal virtud, es necesario mencionar que la problemática que se ha mencionado con anterioridad responde al recurrente debate entre las teorías del activismo y el garantismo procesal dentro de las cuales se contemplan varios aspectos. Por un lado, encontramos una teoría garantista tradicional o también conocida de manera clásica como teoría privatista, que se asocia con facultades limitadas de los jueces dentro de sus facultades materiales de dirección, conservando su carácter de imparcial dentro del *proceso* y otorgando así tanto el protagonismo de la acción como la responsabilidad del impulso del *proceso* a las partes guiados bajo el principio dispositivo.

Por el otro lado, nos encontramos con una teoría activista procesal o también conocida tradicionalmente como teoría publicista, que le otorga facultades extralimitadas a los jueces que de acuerdo a su discrecionalidad les permiten

ahondar de manera profunda en el *proceso* con la finalidad de encontrar la “verdad”; de tal manera, cabe mencionar que bajo el criterio de los presupuestos que se presentan en el presente trabajo académico, las facultades de los jueces no deben centrarse en la consecución de la verdad, sino más bien en la ejecución y administración de justicia fundamentándose en el principio de imparcialidad. Por supuesto, estos son prematuramente ciertos aspectos relacionados con el debate de ambas teorías que serán dilucidadas con mayor detenimiento en capítulos posteriores.

De igual forma, comprender la importancia del *proceso* como garantía dentro de los ordenamientos jurídicos es esencial en el presente trabajo académico. Pues, sin lugar a duda, analizar al *proceso* desde una óptica garantista de derechos logrará sucumbir a largo plazo los argumentos que pretenden erigirse en teorías que tienden a degradar la naturaleza jurídica del *proceso* (que, por su puesto, es vital para la subsistencia de un sistema jurídico correcto, justo y eficaz) que, a su vez, en su última instancia busca garantizar el acceso a la justicia, a través de la tutela judicial efectiva.

Es por esto, que podemos afirmar que es el *proceso* o también conocido como debido proceso, aunque advertimos que, en la tanda final del presente trabajo académico, llegaremos a la conclusión de que el debido proceso realmente es el proceso como tal y que no existe un proceso indebido, puesto que aquello no debería ser considerado como proceso. Es entonces por lo referido, una garantía constitucional que se encuentra protegida por la mayor parte de ordenamientos jurídicos de Estados democráticos y por supuesto, también es una garantía que se encuentra protegida por jurisdicciones internacionales. En tal virtud, cabría decir que

la concepción del *proceso* como garantía es un abordaje muy amplio para concentrarse en un artículo académico; podrían redactarse una vasta cantidad de libros centrados en aquella única problemática, sin embargo, trataremos de explicar aquel fenómeno de manera consistente en los siguientes capítulos.

DESARROLLO

Capítulo I- Marco Teórico

1. Antecedente Histórico Jurídico

Como primer antecedente vamos a hablar del COGEP (Código Orgánico General de Procesos). El problema nace con la creación del COGEP (Código Orgánico General de Procesos). El 22 de mayo del 2015 la Asamblea Nacional ecuatoriana dio por aprobado el COGEP, con la finalidad de generar una significativa reforma en el sistema procesal ecuatoriano. Su objetivo es poder modificar todo el sistema procesal a través de la implementación de la oralidad en todos los procesos. Fue publicado esa misma fecha en el registro Oficial No. 506 y entro en vigor un año después exactamente el 22 de mayo del 2016.

El sistema procesal del Ecuador ha sido modificado en varios momentos de la historia, incluyendo el Código de Procedimiento Civil de 1869 y el Código de Procedimiento Civil de 1938. Sin embargo, ninguna de las reformas aplicables representó un cambio significativo hasta que llegó el COGEP en el año 2015. Este fue el momento en el que muchas figuras activistas empezaron a aparecer dentro del actual código procesal, figuras como la de la prueba para mejor resolver estipulada dentro del artículo 168, el mismo que refiere:

Art. 168.- Prueba para mejor resolver. La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince días. (CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS, 2018, pág. 43)

Con esto se da nacimiento a la figura de la prueba por mejor resolver dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues antes de esta estipulación normativa no existía un antecedente codificado de esta figura, que dentro de nuestra legislación la conocemos como “prueba para mejor resolver” en términos teóricos hace alusión a la figura de la “prueba de oficio” como comúnmente se lo conoce en el ámbito doctrinario.

Ahora bien, el problema de la norma sustantiva dentro de este artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos, lo exponemos como un problema de fondo y de potencial riesgo de transgresión de los principios constitutivos del debido proceso. Puesto que, la norma determina que el juzgador puede ordenar el aporte y práctica de una prueba que no haya sido atraída al proceso propuesta por una de las partes; un presupuesto que significa una transgresión directa al principio dispositivo, que es uno de los principios generadores del proceso; e indirectamente también afecta al principio de imparcialidad, cuestiones que explicaremos más adelante con detalle.

En todo caso, a pesar de hablar de probabilidades, de supuestos y de riesgos potenciales; no podemos dejar de reconocer de que se trata de un problema que podría potencializarse de manera arbitraria y que podría flagelar a la seguridad jurídica y a los estándares principalista del debido proceso; que, a través de estas amplias facultades entregadas a los operadores jurídicos, se erigen facultades notoriamente activistas desde el plano doctrinario. (Ferrer, 2014)

2. Definiciones, Elementos y Características

2.2. El Proceso Como Garantía

Es de vital importancia dentro de este trabajo académico comprender que el *proceso* realmente actúa como la garantía por excelencia para la efectivización de los derechos reconocidos dentro de los ordenamientos jurídicos, porque de esta manera entenderemos que el *proceso* en esencia es el garantizador para que los derechos puedan ser reclamados; y siempre que se encuentre alineado con la protección de los derechos humanos reconocidos tanto en legislaciones nacionales como en pactos internacionales, podríamos atrevernos a afirmar que el proceso tiene una concepción **pro-homine**, o al menos debería tenerla. (Meroi, 2005)

Esto es así, porque es imprescindible comprender que los sistemas democráticos deben necesariamente respetar los derechos humanos –problemática que no es discutible y para esto precisamente existe el reconocimiento de los derechos en los ordenamientos jurídicos, pero de igual manera, existe el reconocimiento de las garantías, es decir, los mecanismos que hacen que el ejercicio de los derechos sea posible, siendo una de estas garantías - la que consideramos la más importante - el *proceso*; de esta manera, comprendemos que un sistema democrático **pro-homine** debería fundamentar el ejercicio y efectivización de los derechos en el marco del *proceso* jurisdiccional.

Por su puesto, cabe poner de manifiesto la diferencia que existe entre una garantía y un derecho para poder comprender cómo el *proceso* actúa como una garantía. En primera instancia, nos encontraremos de cara con una realidad un tanto confusa cuando hablamos de la diferencia entre derechos y garantías, puesto que por mucho tiempo se los relacionaba hasta el punto de considerarlos como un sinónimo

o una figura jurídica similar, pero no es de esta manera; pues lo correcto sería afirmar que mientras los derechos funcionan como facultades reconocidas de manera material en el ordenamiento jurídico, pero que no pueden actuar por su propia cuenta cuando estos son vulnerados, simplemente existe su reconocimiento, que comúnmente es

constitucional, las garantías actúan como los mecanismos para ejercitar estos derechos comúnmente cuando son vulnerados.

El Doctor Bidart desde su perspectiva constitucionalista ha entendido *que “las garantías son el soporte de la seguridad jurídica y que tiene el hombre frente al Estado como medios o procedimientos para asegurar la vigencia de los derechos”*. (Campos, 1995, pág. 622)

Por otro lado, Badeni en su libro “Instituciones de Derecho Constitucional” menciona lo siguiente:

Son todas aquellas instituciones que, en forma expresa o implícita, están establecidas por la Ley fundamental para la salvaguarda de los derechos constitucionales y del sistema constitucional. Los derechos, son las regulaciones jurídicas de las libertades del hombre. Los derechos conforman la esencia jurídica de la libertad, mientras que las garantías son instrumentos jurídicos establecidos para hacer efectivos los derechos del hombre. (Badeni, 1997, pág. 637)

Por otro lado, el Jurista Ferrajoli menciona que *“las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia natural entre normativa y efectividad, posibilitando la máxima eficacia de los*

derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional".
(Ferrajoli, 1999, pág. 209)

En ese sentido, podemos interpretar que las garantías difieren de los derechos en sus conceptos, pero necesariamente son dos figuras que están ligadas. Una vez que hemos comprendido que las garantías son necesarias para que los derechos puedan ejercitarse, es momento de explicar cómo el *proceso* funciona como la garantía por excelencia para la efectivización de los derechos.

En tal virtud, debemos afirmar que el *proceso* funciona como la plataforma en la cual se ejercitan los derechos, con esto nos referimos a que el *proceso* funciona como el medio ante el cual los ciudadanos pueden acudir para la reclamación de sus derechos; a través del derecho de peticionar a la autoridad, a través de la acción procesal, presentando y sustentando sus pretensiones de manera debida figuras que hemos explicado con anterioridad -.

Finalmente, para comprender como el *proceso* opera como una garantía debemos entender que el ordenamiento jurídico si bien es cierto, reconoce los derechos humanos dentro de sus diferentes textos normativos, principalmente en el texto constitucional, además, reconoce principios generales del Derecho, que se encuentran en un ámbito supraempírico que no es tangible, pero en definitiva estos principios existen y son necesarios, pero tanto los derechos materiales reconocidos como los principios generales del Derecho reconocidos, son figuras inertes si no se brinda la posibilidad de que se accionen, se ejerciten y se protejan de manera material. (Calamandrei, 1950)

El proceso permite que los derechos y principios puedan aterrizar en el mundo jurídico, llevando la controversia del plano material al ámbito jurisdiccional, en el cual a través de un método pacífico de debate el *proceso* se ejercitará la defensa tanto de esos derechos, como el cuidado y aplicación de esos principios, para finalmente poder hablar de una adecuada aplicación del derecho de peticionar ante la autoridad, del derecho de defensa en juicio y en última instancia la correcta aplicación del Derecho a través de una sentencia de mérito que resolverá el conflicto que se ha convertido en

litigio por haber accedido al ámbito jurisdiccional a través del *proceso*.

(Barberio, 2009)

2.3. Principio Dispositivo Y de Imparcialidad

En primera instancia, para comprender la importancia de los principios dispositivos y de imparcialidad es necesario entender cuál es el rol de juez dentro del *proceso*. Siempre debemos tomar en consideración que es la acción procesal (previamente explicada) la que da inicio al proceso civil; no debería ni si quiera considerarse la posibilidad que el proceso civil inicie de oficio, puesto que esto iría en contra del principio dispositivo.

De esta manera vamos entendiendo cómo funciona el principio dispositivo en el *proceso* de acuerdo con la posición del juez y de las partes dentro del mismo; debemos comprender que el juez debe de actuar como un tercero imparcial dentro del *proceso*, por ende, la responsabilidad de iniciar el proceso y de impulsar el proceso recae sobre las partes; principalmente a este dinamismo hace alusión el principio dispositivo. Es este principio que hemos mencionado con anterioridad el que les da la oportunidad a las partes de poder actuar con libertad - siguiendo las

reglas procesales determinadas por la legislación - dentro del *proceso*. (Vallejo, 1989)

Entendiendo que la proyectabilidad del *proceso* va a depender de las actuaciones de las partes de acuerdo a sus solicitudes y demandas, pero estas peticiones van a estar condicionadas por el juez de acuerdo a sus facultades materiales de dirección y de acuerdo a la aplicación que debe de hacer de las reglas procesales, ya sea aprobando o denegando las solicitudes que se realicen en las diferentes instancias conforme Derecho; entendiendo así que la propuesta de una actuación o la actuación como tal, de acuerdo con el principio dispositivo, debe nacer de la voluntad de las partes y no de oficio.

En relación con el principio de imparcialidad, debemos de decir que podría considerarse como el principio más importante desde las actuaciones judiciales, es decir, en el campo de acción del juez. Esto debido a un factor crucial, el juez actúa como un tercero imparcial dentro del *proceso* - no puede ni debe inclinarse hacia ninguna de las dos partes en ninguna instancia del *proceso* - por lo que, el estará encima de la pirámide de las relaciones procesales, regulando las actuaciones de las partes y ejerciendo únicamente las facultades de dirección material que la ley le otorga.

Los principios dispositivos y de imparcialidad, son de los dos principios más importantes para que el *proceso* pueda cumplir con su función principal, es decir, resolver el litigio de manera pacífica y buscando justicia; con la ausencia de estos dos principios el juez realmente no se vería limitado en su accionar y no tendría la

obligación de resolver conforme a Derecho, sino que más bien sus decisiones serían subjetivas y altamente cuestionadas, lo que sin lugar a dudas pondría en duda la eficacia del sistema judicial y la utilidad del *proceso* como garantía por excelencia para la efectivización de los derechos.

2.4. Garantismo y Activismo Procesal

Inicialmente, es necesario comprender que el debate entre el activismo y garantismo procesal ha sido una problemática que aún mantiene opiniones divididas frente aquellos doctrinarios que defienden una postura mucho más activa del juez dentro del proceso, con facultades extralimitadas - activismo procesal – y aquellos doctrinarios que defienden el proceso como un método pacífico de debate en el cual el juez, si bien es cierto tiene facultades materiales de dirección, también tiene que seguir

y respetar el principio dispositivo y el principio de imparcialidad – garantismo procesal –.

Por lo que, será necesario reconocer cuales son los principios que rigen a la teoría garantista procesal con la finalidad de comprender como lo consideramos en este trabajo académico. Que es realmente, el garantismo procesal aquella teoría de aplicación del Derecho procesal que más se alinea con los principios constitutivos del *proceso* y cómo es esta teoría, la que respeta íntegramente dos de los principios fundamentales del *proceso*, es decir, el principio dispositivo y el principio de imparcialidad; cuestión que no puede afirmarse de igual manera en el caso del activismo procesal.

En el garantismo, el juez comprende que dentro de la relación procesal que mantiene con las partes, únicamente ocupa un lugar de tercero imparcial - lo que es

su característica esencial – que, si bien es cierto, tiene ciertas facultades materiales de la dirección del proceso que la ley le otorga, pero jamás podrá hacer las veces de una parte o favorecer a alguna de ellas puesto que rompería uno de los principios fundamentales del *proceso*.

En este caso, podemos observar que existe una inclinación en la cual los protagonistas del proceso son las partes, que bajo sus actuaciones e impulsos - que serán regulados por el juez – el proceso encontrará su proyectabilidad, dando así fiel cumplimiento a los parámetros establecidos por el principio dispositivo, principio que si comprende el garantismo procesal.

Como lo afirmaba el profesor Calvino “*El garantismo busca el respeto al proceso como método de obligatorio tránsito antes del dictado de una sentencia*” (Calvino, 2012, pág. 189) lo que nos ayuda a comprender que el garantismo es muy respetuoso de los principios que constituyen al *proceso*.

Por el otro lado, tenemos a una teoría relativamente moderna que nace de la crítica a la labor de los jueces en la época de la crisis del legalismo y en conjunto con una serie de teorías de justicia política propias de la última etapa del siglo XX y principios del siglo XXI, nace la propuesta de la teoría del activismo procesal que va de la mano también con las teorías neoconstitucionalistas predominantes en la mayoría de los ordenamientos jurídicos vigentes de Iberoamérica. (Santiago, 2008, pág. 79)

En esta teoría el juez tiene a nuestro criterio, funciones materiales de dirección del proceso extralimitadas en donde incluso podríamos ver una figura omnipotente

del juez, que podría eventualmente acabar con los principios constitutivos del *proceso*, si es que ya no lo está haciendo. Es correcto afirmar, que la teoría del activismo procesal nace con la finalidad de la tan llamada “búsqueda de la verdad” dentro de un litigio y con el propósito de que el juez resuelva conforme a Derecho pero que hasta cierto punto tenga un campo más amplio en sus actuaciones y criterios de sana crítica; lo que debemos argumentar, es sumamente peligroso.

En la práctica esta alta amplitud de discrecionalidad que se le otorga al juez ha sido de mucho cuestionamiento, por la aparición de varias actuaciones jurisdiccionales como la inversión de la carga de la prueba o la tan conocida “prueba de oficio”; actuaciones judiciales que no deberían ser permitidas bajo ningún concepto, ya que vulneran principios fundamentales del *proceso*.

Cabe aclarar que la búsqueda de la verdad no es tarea del juez, el *proceso* y las funciones del juez deben estar direccionadas al objetivo final de resolver una controversia con justicia y aplicando el Derecho, más no de buscar la verdad, porque realmente la verdad no es concepto absoluto, es un valor relativo.

El profesor Alvarado Velloso nos comparte una reflexión en la cual nos dice que el tema del garantismo y activismo procesal tiene que ver mucho con sistemas judiciales que han sido ya puestos en práctica a lo largo de la historia; nos dice que el garantismo va de la mano con el sistema acusatorio o dispositivo de enjuiciamiento, lo que tiene un irrestricto respeto por los principios constitutivos del proceso. (Velloso, El Garantismo Procesal, 1999)

Del otro lado, relaciona al activismo procesal con el sistema judicial inquisitivo en el que el juez era parte, juzgador y verdugo; lo que en definitiva se crítica aquí es

el atraso en materia procesal que conlleva la implementación de una teoría como la del activismo procesal, que indiscutiblemente pone en peligro el respeto a los principios básicos y constitutivos del proceso. Puesto que, en el momento, en el que un juez en aras “de la búsqueda de la verdad” se inclina hacia una de las partes en la balanza del proceso; sencillamente está cayendo en dos errores, en primera instancia esta indirectamente emitiendo un prejuicio sobre el lado que piensa que posiblemente pueda tener la razón en el litigio; y también está rompiendo el principio de imparcialidad.

2.5. Naturaleza Jurídica

Ahora bien, en relación con la naturaleza jurídica del problema jurídico que se ha planteado, podemos decir que indefectiblemente esta encuentra su raíz dentro del ámbito procesal. En donde podemos cuestionar las facultades activistas que tiene un juez dentro del marco de sus competencias de la dirección material de los procesos judiciales; pues si bien el código procesal busca cumplir con los principios constitucionales de la celeridad procesal y la economía procesal de la justicia, entre otros, no se deberían de flagelar otros principios fundamentales, también constitucionalmente reconocidos, con la finalidad de conseguir una justicia más rápida; tampoco creemos que los jueces deben de tener facultades activistas en el proceso con la finalidad de conseguir la tan anhelada verdad procesal, pues el juez tiene como finalidad la aplicación de justicia, no la búsqueda de la verdad.

En ese sentido, podemos decir con certeza *que “la figura de la prueba de oficio, o llamada prueba para mejor resolver, es una de aquellas figuras de corte activista procesal que no solo resultan innecesarias sino también transgresoras de los principios generales del proceso civil”*. (Villareal, 2012)

Si el proceso civil en su origen nace en virtud de la voluntad de las partes como consecuencia de la existencia del principio dispositivo, no puede luego vulnerarse ese principio generador del proceso, otorgándole una facultad casi dispositiva al juez para actuar en el proceso; pues se rompe el orden natural de un proceso adversarial, en donde el juez solo debe de resolver en función de lo que las partes actúan.

De tal manera, en base a este análisis podemos concluir que la naturaleza jurídica del problema se evidencia en una contradicción de principios del debido proceso; que si bien a través de la práctica de la figura de la prueba por mejor resolver, se pretende alcanzar el esclarecimiento de los hechos relevantes a la causa y se pretende alcanzar la tan llamada verdad procesal para alcanzar la eficacia judicial; no pueden por esto, ponerse en riesgo otros principios que rigen al proceso como tal. Puesto que, nos encontraríamos con un sistema que busca la celeridad, la inmediación y concentración; pero a la par pone en riesgo potencial el respeto al principio fundamental del proceso, la imparcialidad, ya que un proceso puede ser ágil, rápido y concentrado, pero pierde su validez si es que estropea en el camino al principio fundamental de la justicia.

Sobre todo, presupone una vulneración directa al principio dispositivo, que dicta que los procesos son impulsados por las partes a través de sus actuaciones; en este caso le da la facultad al juez de actuar por las partes, cuestión sumamente preocupante para el desarrollo efectivo del proceso.

2.6. Cierre Parcial

En virtud del expuesto con anterioridad, podemos decir que una vez analizados los principios constitutivos del proceso, podemos identificar a ciertos principios

como los pilares fundamentales de este tan llamado debido proceso; si bien todos los principios son importantes y aportan con normas de maximización y de optimización a las normas jurídicas establecidas dentro del código procesal, existen ciertos principios, que quizás no son más importantes, pero sí indispensables para el funcionamiento de un sistema de justicia correcto y verdaderamente justo. Con esto, precisamente nos queremos referir a los dos principios que nosotros consideramos como protagonistas del debido proceso, el principio de imparcialidad y el principio dispositivo dentro del proceso civil. Si bien los operadores judiciales deben buscar la concentración, la inmediación y la celeridad; - que también son principios importantes para el proceso – no deberían estos poner en riesgo al cumplimiento de los principios que son cardinales para el funcionamiento de ese debido proceso. (González, 2016)

Es decir, a pesar de que se considere a la justicia retardada como justicia denegada, no puede por un motivo de celeridad ponerse en riesgo el cumplimiento del principio de imparcialidad, puesto que de nada serviría dirimir la controversia de manera rápida si es que no es de manera válida o eficaz.

Esta figura nueva del derecho presupone un grave riesgo de la degeneración de los principios generadores del proceso como tal, si analizamos la naturaleza y el origen jurídico del proceso, históricamente podremos notar que la rama del derecho procesal y la creación del proceso correcto, hoy conocido como el debido proceso tiene su origen en la creación de la *acción* como figura jurídica, la misma figura que se caracteriza por estar revestida del principio dispositivo que rige a todos los procesos civiles; pues se sigue la lógica de qué si una parte no pretende accionar determinada pretensión, pues no existiría el proceso.

Lo mismo funciona para las actuaciones procesales tal como estipulan muchas reglas del código procesal, por ende hablar de una figura jurídica que arremete directamente en contra del principio dispositivo - que le da la facultad de impulsar los procesos y sus actuaciones probatorias única y exclusivamente a las partes involucradas -, presupone una clara y evidente vulneración y flagelación del principio dispositivo, que como lo hemos mencionado en reiteradas ocasiones es aquel que dan nacimiento al proceso civil. (Calvino, 2013)

Además, debemos argumentar que esta figura de la prueba para mejor resolver, también conocida como prueba de oficio en el ámbito doctrinario procesal. Presupone también una vulneración directa al principio de imparcialidad dentro de los procesos civiles, pues en el momento en el que el juez decide solicitar una prueba adicional o practicar una prueba que no ha sido agregada al proceso por las partes, de alguna forma u otra está expresando antes de la motivación de su sentencia, hasta cierto punto cuál es su inclinación con respecto de la teoría del caso, pues no tendría sentido que un juzgador solicite una prueba adicional a menos que tenga un prejuicio o una ligera percepción subjetiva con respecto de ciertos hechos que estén controvertidos.

Capítulo II- Problema Jurídico

3. Pregunta De Investigación

Una vez que hemos analizado el marco teórico y conceptual del problema entre el activismo y garantismo procesal, en relación con su aplicación en los sistemas judiciales, específicamente en el ecuatoriano; con respecto de los riesgos que presuponen las facultades activistas que tienen los operadores judiciales bajo su dirección material en el proceso. En donde pudimos observar que aunque existan ciertas tendencias a la celeridad procesal, a la concentración y la inmediación; no deben los juzgadores alejarse de los principios prioritarios del proceso, es decir, es correcto que hagan uso efectivo de sus facultades materiales para intentar resolver la disputa lo antes posible pero no por esto deben de poner en riesgo el cumplimiento de otros principios como el de imparcialidad o el principio dispositivo; que en primera instancia, como ya lo hemos analizado representan a los principios que históricamente dieron nacimiento al proceso.

Por lo cual, ante estos debates teóricos podemos plantear la siguiente pregunta que está estrictamente alineada con el problema jurídico que hemos identificado en el Código Orgánico General de Procesos, relativo a la figura de la prueba por mejor resolver. Es decir ¿Deberían los jueces tener la facultad de solicitar o aportar pruebas al proceso, cuando las partes no las han propuesto dentro de sus teorías del caso, con la finalidad de alcanzar la tan llamada verdad procesal?

A esta pregunta de investigación jurídica nosotros respondemos en base a los postulados teóricos que hemos señalado, que los jueces no deberían de tener esta facultad – a la que denominamos una facultad casi omnipotente en el marco de las actuaciones del proceso – puesto que representa una alta posibilidad de transgresión l

principio de imparcialidad y una clara vulneración al principio dispositivo que hemos explicado con anterioridad. El proceso civil nace de la voluntad de las partes, como una consecuencia del surgimiento de un problema material que no ha podido ser resuelto.

Es necesario tener en cuenta que en el momento en el que el juzgador tiene el poder de sugerir o exigir la incorporación de un medio probatorio, en esencia está ganando una facultad que originalmente solo les corresponde a las partes; lo que presupone una facultad altamente activista y transgresora de los derechos fundamentales de las partes dentro del marco del debido proceso.

4. Problema Jurídico

En lo relativo al problema jurídico, debemos de mencionar que el mismo ha sido identificado como un problema de legalidad alineado con un problema de justicia ordinaria, de manera más precisa, se trata de un problema de norma sustantiva. Ahora bien, una vez que hemos definido y conceptualizado el problema, será preciso explicarlo para entender su encasillamiento. Pues, resulta ser un problema de norma sustantiva ya que radica en la norma madre del ámbito procesal, es decir, una norma sustantiva del Código Orgánico General de Procesos.

Es relativo a la justicia ordinaria ya que afecta exclusivamente al orden de legalidad más no de constitucionalidad; aunque precisaremos la posible flagelación de derechos constitucionales si el problema no es abordado y resuelto en el ámbito de la legalidad de manera oportuna; he allí nuestra intencionalidad de exponer este problema que afortunadamente aún no ha tenido mayores repercusiones en el ámbito práctico, pero en caso de no ser suprimida esta figura de manera antelada,

entonces sí estaremos frente una suerte de juzgadores que en un posible abuso de esta figura, podrían flagelar uno de los derechos - sino es el más importante de todos en un proceso – constitucionales cruciales para el desarrollo de un debido proceso, es decir, el derecho a la defensa en juicio.

Esto con motivo de que la figura de la prueba de oficio, o llamada *prueba para mejor resolver* en nuestra codificación procesal, presupone una facultad material de dirección del proceso que se le atribuye al juzgador, pero que se reviste de una capacidad extremadamente activista que tiene el juez dentro del proceso.

Es casi inaudito concebir una realidad en la cual el operador de justicia pretenda mantenerse en su posición imparcial, pero al mismo tiempo solicite o produzca pruebas, que inevitablemente va a afectar a la teoría del caso de una de las partes involucradas en el proceso. Pues, no puede un juzgador asumir una verdad alternativa a la que se le es presentada por las partes procesales; es una suerte de querer ir a buscar los elementos probatorios que por sus propios medios o incluso estrategias las partes no pudieron o no quisieron aportar al proceso de la construcción de la verdad procesal.

Y es que el juez no está llamado a construir una verdad procesal, al menos en el proceso civil; *iura novit curia* el principio rector de los operadores de justicia, “el juez es el mayor conocedor del derecho” y es precisamente eso lo que el juez debe de hacer, aplicar sus conocimientos estrictamente ligados a la ciencia del derecho; el juez en ningún momento es llamado a ser el mayor conocedor de la verdad.

Esto tiene una explicación lógica, la verdad material nunca será idéntica a la verdad procesal apuntada por las partes, esto se explica hasta con un tinte filosófico, un hecho no se puede replicar con identidad, existirán siempre factores variables y discrepancias con respecto de lo que realmente ocurrió en la materia controvertida, por lo general existirá una pretensión y del otro lado una resistencia a aquella pretensión.

Si el juez no logra alcanzar los elementos fácticos, probatorios y procesales aportados por las partes, los únicos protagonistas del proceso que deberían de tener la carga de la prueba - la carga de la prueba es sin dudas otro concepto que se ve gravemente afectado con la creación de esta figura de la prueba para mejor resolver

—
; pues entonces debe de resolver con las mejores herramientas jurídicas a su alcance, sin aportar nuevos elementos.

Esto, no porque el juez deba ser insípido en relación con lo que es cierto o verdadero en un proceso, es porque precisamente su curiosidad o su búsqueda altruista de la verdad, puede y va a acarrear una grave transgresión a los principios mismos que han creado el proceso.

La vulneración y la flagelación al principio dispositivo es real, directa e inminente. Esto es lo afirmamos con tal certeza, por qué es justamente el principio dispositivo el que le da la facultad a las partes de impulsar el proceso, en toda su instancias; sobre todo en materia probatoria, esto va de la mano con el concepto de la carga de la prueba que hemos mencionado con anterioridad, el mismo que le da la responsabilidad de presentar los correctos medios probatorios a las partes para poder fundamentar y sustentar las alegaciones en hechos y las pretensiones que han

presentado ante el juez.

En el momento en el que lo otorgo la posibilidad al juez de aportar nuevos elementos probatorios, tal como lo haría una de las partes en sus actuaciones protegidas y amparadas por el principio dispositivo, hasta cierto punto estoy convirtiendo al juez en una parte más dentro del proceso.

Lamentablemente esta creación de la figura de la prueba para mejor resolver, que atenta directamente en contra del principio dispositivo termina con romper aquella naturaleza que caracteriza el proceso, un proceso adversarial, liderado por la voluntad de las partes con respecto de sus actuaciones procesales.

Ya pasamos hace muchas décadas de la humanidad por un proceso inquisitivo, en donde el juez no sólo era operador de justicia, también era parte y verdugo al mismo tiempo. Lamentablemente otorgarle estas facultades extralimitadas originadas del activismo procesal, terminan por regresarnos a una época procesal que parecía ya superada.

Esto por no mencionar la altísima probabilidad que exista en un futuro no tan lejano, que los jueces fundamentándose en esta normativa puedan inmiscuirse en temas de corrupción con una de las partes que quizás ha olvidado presentar un medio probatorio en los términos y plazos oportunos; y tenga que recurrir al juez a través de un acto corruptible para que ese medio probatorio pueda ser aportado a petición del juez; entonces allí ya no sólo estaríamos hablando de un problema puramente técnico, sino que también se abre el abanico para que los jueces en ausencia de una motivación debida puedan justificar el hecho del por qué están aportando o solicitando pruebas en el proceso, su única justificación, o al menos la

que el código les pide se fundamenta en el hecho de que el juez tiene que esclarecer sus dudas, en una suerte de que el juez tenga que conocer de mejor manera la verdad, como el código lo prevé entonces el juez lo puede utilizar.

5. Solución

Una vez que hemos analizado la problemática que nos ocupa en relación con el tema propuesto en este trabajo de tesis, debemos mencionar que nos hemos opuesto de manera clara y rotunda a la existencia de la figura de la prueba para mejor resolver dentro de nuestro ordenamiento jurídico, específicamente su existencia dentro del Código Orgánico de Procesos en su articulado 168.

Por lo que, siendo consecuentes con nuestra postura creemos y sugerimos que la mejor solución para evitar todas las consecuencias jurídicas negativas que acarrea la aplicación de esta figura en la práctica judicial, es su eliminación. Si bien puede parecer una recomendación con un tinte extremista, sostenemos que es la manera más efectiva para evitar que los operadores abusen de esta facultad activista que la norma les concede.

Por lo cual, la medida más efectiva para priorizar el cumplimiento y respeto íntegro de los principios constitutivos (especialmente el principio de imparcialidad y el principio dispositivo) frente a la aplicación de esta figura netamente activista del derecho procesal, que coarta y transgrede de manera directa a los propios principios que constituyen al proceso, es su derogación del código de procesos, pues consideramos que mientras esta figura se mantenga vigente en el ordenamiento jurídico siempre existirá el riesgo de que sea utilizada de manera arbitraria por cualquier operador judicial, pues la norma se lo permite; cuestión que consideramos

no debería de proceder.

Ahora bien, por otro lado en el caso en el que se considere que la derogación del artículo de ley sea inviable o muy extremo frente a las posibles consecuencias que puede acarrear el proceder de esta figura - criterio con el que no coincidimos, pero entendemos y respetamos – podría sugerirse la modificación del artículo, contemplando las causales por las cuales el juez pueda ordenar el ejercicio de la prueba oficio; es decir, de alguna manera limitar esta libertad extralimitada que tiene el juez para poder aportar y solicitar medios probatorios al proceso.

En otras palabras, podría agregarse un apartado o un párrafo adicional dentro del artículo que estipule de manera específica en qué tipo de eventualidades podría aplicarse esta figura, pues consideramos que la única limitación que existe actualmente recae en la consideración de que el juez puede aplicar esta figura de manera “excepcional” pero el artículo nunca refiere cuales pueden ser esas situaciones excepcionales; lo que le da la libertad al juez de considerar cualquier eventualidad como excepcional y es precisamente eso lo que cuestionamos.

Por lo que sugerimos que el código prevea cuales podrían ser esas circunstancias excepcionales - entendemos que enumerar todas las situaciones excepcionales sería un imposible – al menos que la norma considere ciertos parámetros para declarar la excepcionalidad, quizá como se lo hace con los requisitos de excepcionalidad planteados para la figura de la prueba nueva dentro del artículo 166 del COGEP.

Por otro lado, también el artículo refiere que en ese caso excepcional el juez debe de argumentar y justificar la aplicación de esta figura; sin embargo, no admite

prueba en contrario o al menos una contraposición de una de las partes involucradas en el proceso; por lo que sugerimos que en caso de que no se tome la primera opción, también se agregue en el artículo la posibilidad de que las partes puedan oponerse a aquella prueba que el juez esta ordenando en el proceso; sencillamente por el hecho de que la carga probatoria en un proceso la ostentan las partes, el tener la posibilidad de atraer otro medio probatorio al proceso y que las partes no tengan la oportunidad de contradecir su incorporación al proceso ya sea por motivos conducencia, pertinencia o de otra excepcionalidad que puede ser argumentada por las partes; es una grave amenaza a la seguridad jurídica, al derecho de defensa en juicio que tienen las partes y una profunda vulneración de los principios generales del proceso.

CONCLUSIONES

En resumen, se resalta la relevancia de las recientes reformas legales al analizar los principios constitutivos de esta figura dentro del código procesal y su aplicación empírica en el debate entre activismo y garantías procesales, particularmente en el contexto de las herramientas en materia probatoria.

Es preciso decir, que quizás las implicaciones que tienen los operadores judiciales con el favor que les otorga la norma con influencia del activismo procesal, es en muchas maneras excesiva; es probable que las intenciones del activismo procesal en su creación eran altruistas y de alguna forma pretendían alcanzar un nivel más cercano y elevado de justicia.

Sin embargo, muchas de las propuestas que conllevan pueden llegar a ser transgresoras de los principios y figuras tradicionales que dieron nacimiento al proceso civil. Insistimos en que el juez como mayor conocedor del derecho tiene la misión de aplicar justicia, esto implica la actuación en el marco del respeto a los derechos que tienen las partes en el proceso y el respeto estricto a los principios que lo constituyen, más no la búsqueda de la verdad.

Por lo que, nos resta decir que la figura de la prueba para mejor resolver es una muestra clara de las extralimitaciones en las que pueden concurrir los jueces en favor de lo que la norma les permite. De tal manera, es preciso aclarar que una norma jurídica justifica su existencia cuando es válida pero también cuando es eficaz; en este caso, el artículo 168 del COGEP representa una figura del derecho válida porque ha superado todos los procedimientos formales en su creación; pero nos atreveríamos a decir no es eficaz, puesto que en materia práctica presupone una serie

de escenarios en los cuales la justicia puede resultar más perjudicada que favorecida. Motivo por el cual seremos reiterativos en que la mejor manera para solucionar aquel inconveniente es la eliminación de aquella figura.

El rol del juez como director del proceso también es crucial en este debate. Si bien se le otorgan facultades para dirigir eficazmente el proceso, estas mismas facultades pueden llevar a una inclinación activista que comprometa la imparcialidad y el principio dispositivo. La concentración, la celeridad procesal y la inmediación son principios importantes, pero no deben prevalecer sobre la imparcialidad y la autonomía de las partes en el proceso.

En este sentido, la eliminación de esta figura podría ser una medida necesaria para preservar la integridad del sistema judicial y garantizar una administración de justicia más transparente y eficaz.

Es necesario señalar, que el objetivo de cualquier reforma legal debe ser mejorar la administración de justicia y fortalecer el Estado de Derecho. Esto implica no solo la adopción de nuevas figuras y procedimientos, sino también un compromiso continuo con los principios fundamentales de imparcialidad, equidad y respeto por los derechos de todas las partes involucradas. La búsqueda de un equilibrio entre la innovación y la preservación de los valores esenciales del sistema judicial es un desafío constante, pero es fundamental para garantizar la legitimidad y la eficacia del sistema judicial en su conjunto.

En conclusión, si bien las reformas legales son necesarias para adaptar el sistema judicial a las demandas cambiantes de la sociedad, es esencial que se realicen con un profundo respeto por los principios fundamentales del derecho

procesal. La eficacia de una norma no solo se mide por su validez formal, sino también por su capacidad para promover la justicia de manera equitativa y efectiva.

RECOMENDACIONES

En virtud de lo antes expuesto, debemos argumentar además que dentro de las recomendaciones que hemos de emitir estarán presentes los criterios de oponibilidad a la existencia de la figura de la *prueba para mejor resolver*, por considerarla como una figura del derecho procesal que es ineficaz en el marco de las actuaciones jurisdiccionales, por ser una figura transgresora de los principios constitutivos del proceso.

Cuando nos referimos a la transgresión o vulneración de los principios, nos referimos en esencia a la potencial flagelación del principio de imparcialidad – espina medular del debido proceso – en el momento en el que se le otorga la capacidad al juez de intervenir en el proceso con la práctica de algún medio probatorio, se abre la posibilidad de que el juez potencialmente obre a favor o no de una de las partes, lo que indefectiblemente inclina la balanza del proceso y mancha hasta cierto punto la tercería imparcial del juez dentro del proceso.

En ese sentido, si bien existen muchos doctrinarios activistas procesales que consideran que esta figura es positiva y aporta herramientas al juez para poder alcanzar la tan anhelada verdad procesal, no podemos sostener que coincidimos con estos presupuestos y debemos aclarar que de acuerdo con nuestro criterio de corte garantista; el juez no debe buscar la verdad absoluta, pues la verdad absoluta es un imposible de alcanzar, pues sencillamente la verdad material no se puede replicar con identidad y aportar al proceso.

Sostenemos que el juez tiene que valorar los hechos aportados y comprobados por los medios probatorios que las partes agregan al proceso, en base a las teorías de

los casos que ambas partes pueden proveer; sin embargo, al menos en el proceso civil no podríamos estar a favor de que el juzgador aporte con medios probatorios y construya de alguna forma u otra una distinta realidad procesal, además de aquellas que originalmente fueron elaboradas por las partes. Ahora bien, independientemente de la opinión que puedan tener tanto activistas como garantistas con respecto de la existencia de esta figura, lo que no está en discusión es la clara transgresión a los principios que hemos señalado a lo largo de este trabajo académico.

Por lo que, con la finalidad de preservar la existencia del proceso como uno de naturaleza imparcial y dependiente de las actuaciones de las partes, es decir, respetuoso de los principios de imparcialidad y dispositivos, - los principios que dan nacimiento al proceso -; lo más correcto sin lugar a duda es la eliminación de todo tipo de riesgos que podrían romper la estructura garantizadora de derechos del proceso. Por ende, la recomendación más atinente que podemos realizar en base a todos los argumentos expuestos es la eliminación completa de la figura de la prueba para mejor resolver.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2018). *CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS*. Quito: Lexis. Obtenido de <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2018/09/Codigo-Org%C3%A1nico-General-de-Procesos.pdf>
- Badeni, G. (1997). *Instituciones de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ed. Buenos Aires Ad-Hoc.
- Barberio, S. (2009). *Activismo y Garantismo Procesal*. Argentina: Edición de la Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Briseño, H. (1969). *Derecho Procesal Vol II*. Mexico.
- Calamandrei, P. (1950). *Proceso y Justicia*. Florencia: Universidad de Florencia .
- Calvinho, G. (2012). *El Proceso con Derechos Humanos (Metodo de debate y garantía frente al poder)*. Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Calvino, G. (2013). *La Procedimentación Posmoderna*. Bogotá-Colombia: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Campos, G. B. (1995). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Editorial Editar.
- Carnelutti, F. (1959). *Instituciones del Procedimiento Civil*. Buenos Aires: Editorial EJEA.
- Charry, H. (2019). *Por un Proceso Civil*. España: Universidad de España .
- Ecuador, A. N. (2018). *CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS, COGEP*. LEXIS FINDER. Obtenido de <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2018/09/Codigo-Org%C3%A1nico-General-de-Procesos.pdf>

- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y Garantías (La ley del más debil)*. España: Editorial Trotta.
- Ferrer, F. (2014). *El debido Proceso desde la Perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Argentina: Universidad de Buenos Aires.
- González, A. C. (2016). *Escritos Sobre Diversos Temas de Derecho Procesal*. Colombia: Universidad Cooperativa de Colombia.
- Meroi, A. (2005). El derecho procesal y su inserción en la teoría general del derecho. *Revista del centro de investigaciones de filosofía jurídica y filosófica social*, 49-68.
- Santiago, A. (2008). *Neoconstitucionalismo*. Instituto de Política Constitucional .
- Vallejo, J. S. (1989). *Los Fundamentos Científicos del Derechos Procesal*. Lima : Universidades de Lima y San Martín de Porres.
- Velloso, A. A. (1999). *El Garantismo Procesal*. Argentina: Universidad Nacional del Rosario.
- Velloso, A. A. (15 de Diciembre de 2010). *El Garantismo Procesal*. Argentina.
- Villareal, G. H. (2012). *Los fines del proceso civil desde la perspectiva del garantismo procesal*. Argentina.



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Nosotros, **Villao Vélez, Peter Steven** con C.C: #0926260159 y **Zamora Vera, Fiorella Alejandra**, con C.C: #1207187434, autores del trabajo de titulación: **Debate entre el garantismo y el activismo procesal: Prueba para mejor resolver en el COGEP**, previo a la obtención del título de **ABOGADO** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaramos 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.- Autorizamos 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, 23 de abril de 2024

f. _____

Villao Vélez, Peter Steven
C.C: 0926260159

f. _____

Zamora Vera, Fiorella Alejandra
C.C: 1207187434



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	Debate entre el garantismo y el activismo procesal: Prueba para mejor resolver en el COGEP		
AUTOR(ES)	Peter Steven, Villao Vélez y Fiorella Alejandra, Zamora Vera		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Ab. José Miguel, García Auz, Mgs.		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	23 de abril de 2024	No. DE PÁGINAS:	33
ÁREAS TEMÁTICAS:	Procesal, civil y constitucional.		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Proceso, garantía, método, garantismo, activismo, principios, postulados.		

RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):

En el presente trabajo académico se analizarán los principios constitutivos del proceso y su bajada empírica al debate del garantismo y el activismo procesal. De tal manera, analizaremos al proceso como un método pacífico de debate que tiene como finalidad la resolución de conflictos del ámbito material aterrizado en el campo jurídico litigioso, entendiendo que han sido los sistemas judiciales estructurados con la finalidad de evitar la venganza privada entre los involucrados dentro de un conflicto y de tal manera proporcionar garantías jurisdiccionales básicas como la tutela judicial efectiva a través del debido proceso con el fin último de resolver los conflictos de manera pacífica y protegiendo así los derechos de las partes. Es por esto, que cabe mencionar que también se analiza al proceso como la garantía por excelencia para la efectivización de los derechos. De igual manera, se analizan varios aspectos trascendentales de las teorías del garantismo procesal y del activismo procesal, concatenando sus postulados con los principios básicos del proceso y entendiendo como cada una de las teorías los interpreta y los adecua a sus modelos. Finalmente, analizaremos las facultades materiales de dirección que tienen los jueces en cada una de las teorías planteadas y cuestionaremos cuál de ellas es la más adecuada de acuerdo con el respeto a los principios constitutivos del proceso, centrado en el caso concreto de la aplicación de la figura de la prueba por mejor resolver que el Código Orgánico General de Procesos reconoce en su estructura como parte de una de las facultades materiales de dirección del proceso por parte de los juzgadores.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTORES:	Teléfono: +593988703320/991666921	E-mail:peter.villao@cu.ucsg.edu.ec fiorella.zamora@cu.ucsg.edu.ec
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza Ginette Teléfono: +593-4-3804600 E-mail: maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec	

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	