



**UTPL**

**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA**

*La Universidad Católica de Loja*

**ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA  
MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO  
PROCESAL**

**TRABAJO DE TITULACIÓN**

Las diligencias preparatorias reguladas por el Cogep, naturaleza jurídica y procedencia en la jurisdicción del cantón Loja. Propuesta de reforma.

**Autor (a):** Flores Ovaco, Robin Vicente

**Director (a):** Mgs. Cueva Flores, Jorge Luis

Loja-Ecuador  
2020



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

2020

## Aprobación del director del trabajo de titulación

Loja, miércoles, septiembre, de 2020

Magister.  
Paul Javier Moreno Quizhpe, Mgs  
**Coordinador de programa de posgrados**  
Ciudad.-

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación denominado: Las diligencias preparatorias reguladas por el Cogep, naturaleza jurídica y procedencia en la jurisdicción del cantón Loja. Propuesta de reforma; realizado por Flores Ovaco, Robin Vicente, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo. Así mismo, doy fe que dicho trabajo de titulación ha sido revisado por la herramienta antiplagio institucional.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

Atentamente,

Firma.....  
Mgs. Cueva Flores, Jorge Luis  
C.I:

### **Declaración de autoría y cesión de derechos**

“Yo, Flores Ovaco, Robin Vicente, declaro y acepto en forma expresa lo siguiente:

- Ser autor del Trabajo de Titulación denominado: Las diligencias preparatorias reguladas por el Cogep, naturaleza jurídica y procedencia en la jurisdicción del cantón Loja. Propuesta de reforma; del Programa de posgrados en Derecho mención Derecho Procesal, específicamente de los contenidos comprendidos en: Capítulo 1. arco Conceptual, Capítulo 2. Marco Jurídico, Capítulo 3. Casuística, Capítulo 4. Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta Jurídica, Mgs. Cueva Flores, Jorge Luis director del presente trabajo; y, en tal virtud, eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones judiciales o administrativas, en relación a la propiedad intelectual. Además, ratifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos.
- Que mi obra, producto de mis actividades académicas y de investigación, forma parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja, de conformidad con el artículo 20, literal j), de la Ley Orgánica de Educación Superior; y, artículo 91 del Estatuto Orgánico de la UTPL, que establece: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.
- Autorizo a la Universidad Técnica Particular de Loja para que pueda hacer uso de mi obra con fines netamente académicos, ya sea de forma impresa, digital y/o electrónica o por cualquier medio conocido o por conocerse, sirviendo el presente instrumento como la fe de mi completo consentimiento; y, para que sea ingresada al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública, en cumplimiento del artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: .....  
Autor: Flores Ovaco, Robin Vicente  
C.I.: 1103431951

## **Dedicatoria**

En esta ocasión mi tesis la dedico con todo mi amor a Dios, el forjador de mi camino y la luz, paz y esperanza en mis continuos tropiezos.

A mi esposa e hijos, quienes con su amor, paciencia y comprensión han estado a mi lado apoyándome y motivándome a seguir adelante y cumplir con éxito esta nueva meta.

A mis padres y hermanos que con sus valores y principios formaron mi carácter, para guiarme por el sendero de la verdad y la justicia; y, que con sus palabras de aliento me impulsaron a seguir adelante y cumplir mis ideales.

A mis amigos, que sin esperar nada a cambio han compartido conocimientos, alegrías y tristezas a lo largo de todo este trayecto de arduo esfuerzo y estudio.

## **Agradecimiento**

Agradezco a la Universidad Técnica Particular de Loja, a la colaboración prestada por los docentes de la Maestría y de manera especial a mi director de tesis Mg. Jorge Luis Cueva Flores. Quedan plasmados mis sentimientos de gratitud y aprecio, por sus conocimientos impartidos y su continuo incentivo, el mismo que me ha permitido concluir con éxito este peldaño más, en la escalera de la vida profesional.

## Índice de contenido

Carátula .....	I
Aprobación del director del trabajo de titulación .....	II
Declaración de autoría y cesión de derechos.....	III
Dedicatoria.....	V
Agradecimiento.....	VI
Índice de contenido.....	VII
Resumen .....	1
Abstract.....	2
Marco conceptual.....	4
1.1 Las diligencias preparatorias .....	4
1.2 La seguridad jurídica .....	8
1.3 El debido proceso.....	15
1.4 El derecho a la defensa .....	30
Capítulo dos.....	37
Marco jurídico .....	37
2.1. Naturaleza jurídica de las diligencias preparatorias .....	37
2.2 Trámite de las diligencias preparatorias .....	40
2.3 Las diligencias preparatorias como mecanismo de prueba judicial.....	45
Capítulo tres .....	49
Casuística.....	49
3.1 Análisis de casos.....	49
Capítulo cuatro.....	61

Conclusiones .....	61
Recomendaciones .....	63
Propuesta jurídica .....	64
Referencias.....	66

## Resumen

Las diligencias preparatorias comprenden un conjunto de actividades procesales dirigidas a asegurar la efectividad de un medio probatorio. La presente investigación intitulada: Las diligencias preparatorias reguladas por el Cogep, naturaleza jurídica y procedencia en la jurisdicción del cantón Loja. Propuesta de reforma; versan sobre el estudio doctrinario y jurídico sobre la importancia de la práctica de las diligencias preparatorias como medio eficaz para la obtención de prueba.

Por medio del estudio casuístico comparativo se ha logrado identificar que actualmente existe un elevado índice de negatividad por parte de los administradores de justicia al momento de admitir la práctica de diligencias preparatorias, que a criterio judicial no se ajustan a lo circunscrito en el artículo 120 del Código Orgánico General de Procesos, vulnerando de esta forma el derecho a la tutela efectiva de derechos, a la garantía básica del debido proceso, al principio de seguridad jurídica y al derecho a la defensa.

*Palabras claves:* diligencias preparatorias, prueba judicial, seguridad jurídica, debido proceso, derecho a la defensa, tutela efectiva de derechos.

### **Abstract**

The preparatory proceedings comprise a set of procedural activities aimed at ensuring the effectiveness of a means of evidence. The present investigation entitled: The preparatory proceedings regulated by the Cogep, legal nature and origin in the jurisdiction of the Loja city. Reform; They deal with the doctrinal and legal study of the importance of the practice of preparatory proceedings as an effective means to obtain evidence.

Through a comparative case study, it has been possible to identify that there is currently a high index of negativity on the part of justice administrators at the time of admitting the practice of preparatory proceedings, which according to judicial criteria do not comply with what is circumscribed in article 120 of the Cogep, this violating the right to effective protection of rights, the basic guarantee of due process, the principle of legal security and the right to defense.

Keywords: preparatory proceedings, judicial evidence, legal security, due process, right to defense, effective protection of rights.

## Introducción

La presente investigación intitulada: Las diligencias preparatorias reguladas por el Cogep, naturaleza jurídica y procedencia en la jurisdicción del cantón Loja. Propuesta de reforma; versa en cuanto al análisis jurídico, doctrinario y valorativo en cuanto a la admisión y práctica de las diligencias preparatorias como medio de prueba eficaz en el proceso judicial.

Las diligencias preparatorias en la jurisdicción del cantón Loja, evidencian un elevado volumen de recurrencia en cuanto a las decisiones judiciales que han negado su procedencia, que a criterio judicial no se enmarcan en la norma legal contenida en el artículo 120 del Código Orgánico General de Procesos, vulnerando expresamente la garantía del debido proceso, la tutela efectiva de derechos, la seguridad jurídica y el derecho a la defensa.

En el capítulo uno de la investigación denominado marco conceptual, se procedió a teorizar con precisión el contenido doctrinal en cuanto a las diligencias preparatorias, la seguridad jurídica, el debido proceso, y el derecho a la defensa.

En el capítulo dos denominado marco jurídico, se efectuó el respectivo análisis jurídico de las diligencias preparatorias en el Código Orgánico General de Procesos y su sustanciación de conformidad al artículo 121 de la norma legal ibidem.

En el capítulo tres denominado casuística, se estableció los aspectos jurisprudenciales y legales referentes a la práctica y admisión de las diligencias preparatorias como evento antecedente de la litis.

En el capítulo cuarto, se formuló las conclusiones, recomendaciones y la propuesta de reforma legal en la que incorpora un numeral al artículo 120, en donde se considere como diligencia preparatoria la obtención de documentos y/o instrumentos públicos o privados que contengan información necesaria para el accionante, con la finalidad de deducir su acción e incorporar los datos recabados como elementos probatorios en la litis.

El desarrollo de la presente investigación se sustenta en la necesidad académica de abordar temáticas de notable interés y relevancia inherentes a la legislación procesal civil ecuatoriana, como fundamento del acervo literario de las ciencias jurídicas.

## Capítulo uno

### Marco conceptual

#### 1.1 Las diligencias preparatorias

El tratadista Cabanellas de Torres, Guillermo (2003) define a las diligencias preparatorias en los siguientes términos:

Diligencia. Cuidado, celo, solicitud, esmero, actividad puntual, desvelo en la ejecución de alguna cosa, en el desempeño de una función, en la relación con otra persona. Prontitud, rapidez, ligereza, agilidad. Asunto, negocio, solicitud. Tramitación, cumplimiento o ejecución de un acto o de un auto judicial. Actuación del secretario judicial en el enjuiciamiento civil o en el procedimiento criminal” en el enjuiciamiento civil o en el procedimiento criminal. (p. 106)

Por su parte el jurista español Ossorio y Florit, Manuel, en su prolífico Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales (2018), expone un amplio análisis en cuanto a las diligencias preparatorias en los distintos procedimientos civilistas:

”Las diligencias preliminares o preparatorias del juicio son aquellas medidas con las que quien pretenda demandar o quien, con fundamento, prevea que será demandado, prepara su acción o defensa pidiendo que la persona contra quien se proponga dirigir la demanda preste declaración jurada sobre algún hecho relativo a su personalidad, comprobación sin la cual no puede entrarse en juicio, que se exhiba la cosa mueble que haya de pedirse por acción real, que se exhiba un testamento, cuando el solicitante se crea heredero, coheredero o legatario, si no pudiese obtenerlo sin recurrir a la justicia, que, en caso de evicción, el enajenante o adquirente exhiba los títulos referentes a la cosa vendida; que el socio o comunero, o quien tenga en su poder los documentos de la sociedad o comunidad, los presente o exhiba, que la persona que haya de ser demandada por reivindicación, u otra acción que exija conocer el carácter

en cuya virtud ocupa la cosa objeto del juicio a promover, exprese con qué título la tiene; que se nombre tutor o curador para el juicio de que se trate; que, si el eventual demandado tuviere que ausentarse del país, constituya domicilio dentro de los cinco días de notificado; que se practique una mensura judicial; que se cite para el reconocimiento de la obligación de rendir cuentas. En el procedimiento ejecutivo, la acción puede prepararse pidiendo, que sean reconocidos los documentos que por sí solos no traigan aparejada ejecución; que, en la ejecución por alquileres, el demandado manifieste si es locatario o arrendatario, exhibiendo el último recibo; que el juez señale el plazo en que debe hacerse el pago, si el acto constitutivo no lo designare o si autorizare al deudor para realizarlo cuando pudiere o tuviere medios para hacerlo; que el deudor reconozca el cumplimiento de la condición si la deuda fuera condicional. (p. 332)

Para el constitucionalista, Arroyo, L. (2002) la diligencia preparatoria es el acto preliminar válido para plantear la litis:

Las diligencias preparatorias, también pueden ser reconocidas bajo el título de actos preparatorios, en este sentido la definición específica de acuerdo a Cabanellas versa como un acto que encamina a la producción de otro, en el ámbito de la praxis jurídica, se delimita como la diligencia o acto previo para plantear una litis, para que en este caso quien se perfila como accionante pueda reunir los elementos probatorios pertinentes para poder fundamentar la demanda. (p. 263)

Las diligencias preparatorias sirven al legitimario activo para justificar su acción y consigo asegurar el resultado del proceso:

El objetivo principal de estas diligencias, es que sirven para asegurar el resultado de un juicio, más aún con estas diligencias en algunos casos se pueden obtener, reconocimientos de títulos ejecutivos y de documentos; de tal manera que estas

diligencias sirven al legitimado activo o parte actora, en muchos casos, para justificar la acción que se traduce luego en la demanda y, sirve a la parte demandada para justificar sus excepciones, señaladas al contestar la demanda, una vez que ésta ha sido citada y de este modo ejercer su derecho a la defensa.

La doctrina señala que estas diligencias, se llaman previas, porque son practicadas antes del juicio principal. Se llaman preliminares, porque pueden ser utilizadas dentro del juicio principal.

Se llaman preparatorias, porque en varios casos preparan a la demanda principal (García Falconí, 2014, p. 59).

La práctica de las diligencias preparatorias tiene como objeto asegurar un medio probatorio, que materialmente debe ser reconocido o comprobado:

Constituyen un proceso especial destinado a facilitar un proceso ulterior, el juicio ejecutivo, mediante la creación de un título que lleva aparejada ejecución. Esta clase de títulos, denominados ejecutivos o sumarios, están previstos taxativamente por la ley; pero sólo unos pocos tienen fuerza ejecutiva inmediata. Los más precisan de una comprobación, reconocimiento o mandamiento judicial previo para gozar de ejecutividad inmediata.

Los trámites para dicha comprobación, reconocimiento o mandamiento judicial constituyen el procedimiento de las diligencias previas. En la mayoría de los casos, se trata del reconocimiento de la firma del deudor; pero, como en el caso de la escritura notarial que sea segunda copia, el requisito será que se expida por mandamiento judicial. En cualquier caso, el procedimiento de las diligencias preparatorias se inicia a instancia del ejecutante, que solicita del tribunal la realización de los actos precisos para que el título que carece de ejecutividad inmediata, la adquiera. El tribunal cita a las partes a comparecencia y se desarrolla el acto de la comprobación o reconocimiento y, en su caso, se expide el mandamiento oportuno. Toda vez que este proceso especial tiene por objeto el requerimiento dirigido al deudor formulándole una

intimación o monición para que cumpla, se conoce también dicho proceso con el nombre de proceso monitorio. (Enciclopedia Jurídica, 2020)

Las diligencias preparatorias comprenden un conjunto de actividades procesales dirigidas a asegurar un medio probatorio eficaz y oportuno, en la legislación contenida en el derogado Código de Procedimiento Civil, las diligencias preparatorias recaían en el órgano jurisdiccional, en el proceso vigente las diligencias preparatorias recaen exclusivamente en las partes como parte de un sistema judicial flexible que acoge a la oralidad como fundamento procedimental.

La práctica de las diligencias preparatorias antecede al proceso judicial, con el objeto principal de recabar los medios probatorios necesarios para sustentar la pretensión que se deducirá. Los actos preparatorios solicitados y actuados no constituyen bajo ninguna circunstancia cosa juzgada, únicamente anteceden a la instauración de un proceso, no constituyen controversia por lo que generalmente no existe oposición ni controversia del sujeto contra quien se dirige la solicitud de su práctica, no constituye un procedimiento contencioso sino de jurisdicción voluntaria, no implican contienda o litis únicamente comprobación puesto que el proceso principia únicamente con la pretensión o demanda.

La práctica de aquellas diligencias que anteceden al proceso judicial doctrinalmente se las identifica como diligencias preparatorias o preliminares, su importancia radica en que los elementos, hechos, datos u objetos examinados serán aportados en la instancia probatoria asegurando la eficacia de la sentencia.

Las diligencias preparatorias bajo ninguna circunstancia constituyen prueba ilícita, en su conocimiento y disposición interviene el órgano jurisdiccional competente que incluso sustanciara el proceso judicial principal.

## 1.2 La seguridad jurídica

“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 82). La Constitución ampara el derecho a la seguridad jurídica, y para efectivizarlo señala varias garantías básicas, las cuales a su vez están ampliamente desarrolladas en los cuerpos normativos procesales. Por lo tanto, no es suficiente alegar en forma genérica que se ha tropellado una garantía, sino que se han de especificar las disposiciones de la ley procesal que la desarrollan.

El procesalista Zabala Egas, Jorge (2011, como se citó en Barrueta Quesada, 2019) teoriza el derecho a la seguridad jurídica en su carácter objetivo y subjetivo:

La seguridad jurídica se muestra como una realidad objetiva, esto es, se manifiesta como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones. Mas, su faceta subjetiva se presenta como certeza del Derecho, es decir, como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Por ello, se requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios. La certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: su reflejo en la conducta de los sujetos del Derecho. Esta premisa conduce a cifrar la exploración del sentido de la seguridad en el conjunto de caracteres que connotan e informan su dimensión objetiva.

La seguridad jurídica tiene, pues, su aspecto estructural (objetivo), el que es inherente al sistema jurídico, a las normas jurídicas y a sus instituciones y, de ahí, dimana al sujeto que está obligado por el sistema jurídico que adquiere la certeza o la certidumbre de las consecuencias de sus actos y las de los demás, ésta es la faceta subjetiva. (p. 14)

La Constitución de la República del Ecuador como texto declarativo asegura proporcionar seguridad para la efectiva vigencia de derechos, constituyéndose en un deber

prioritario. “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 11 numeral 9).

El derecho fundamental a la seguridad jurídica se concreta cuando la institucionalidad del Estado se vincula de forma directa e inmediata para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de las personas, no siendo necesario la promulgación de una norma legal secundaria, como principio general los enunciados constitucionales son de aplicación directa e inmediata. La efectividad de la seguridad jurídica se concreta en la amalgama de garantías básicas consagradas en la Constitución, tal como se expresa en la resolución publicada en (Casación, 2012)

Constituyen garantías básicas sobre las cuales se construye el sistema jurídico del País y, particularmente, el sistema judicial. Son guías para que el legislador dicte las normas que los van desarrollando y para que estas se interpreten y apliquen en forma cotidiana y permanente en los casos concretos que están en conocimiento de los jueces. Pueden estos violar tales principios, pero al mismo tiempo, se violarán las normas secundarias que son la aplicación concreta de estas garantías, de tal manera que, si se alega que en una resolución judicial se ha producido tal violación, esta debe ser probada puntualmente, determinando con absoluta precisión en que parte de la sentencia se desconoce el principio legal invocado.

No cabe la violación en abstracto de tales principios, ni puede constituir el fundamento de la alegación, la insatisfacción que puede sentir un litigante si el Juez no acepta su pretensión o la acepta parcialmente, porque considera, con la plenitud de su potestad de Juez, que no existen en el proceso los fundamentos de derecho o de hecho que sustenten la reclamación formulada. En el caso que se está examinando no aparece de la sentencia impugnada que se hayan negado al recurrente el acceso a la justicia o la tutela de sus derechos e intereses, que se lo haya dejado en indefensión, o que

no se hayan observado las reglas del debido proceso en conformidad con las normas vigentes, y tampoco que la sentencia atente contra la seguridad jurídica, que en definitiva no es otra cosa que estar sometido al régimen legal vigente en el país. (p. 4)

En los Estados constitucionalistas la seguridad jurídica tiene como presupuesto y finalidad los derechos fundamentales de las personas, que se expresa mediante la positivización de la norma:

El Ecuador superó la etapa en que el concepto de seguridad jurídica se limitaba al imperio de la Legalidad, a la vigencia del Derecho Positivo como suficiente para su vigencia que, aunque importante, no es suficiente. En efecto, la positivación del Derecho, el Derecho escrito es trascendente para una efectiva seguridad jurídica, sin embargo, los sistemas jurídicos anglosajones nos demuestran que semejante seguridad jurídica se consigue, también, con la costumbre de aplicar los precedentes judiciales que, sustancialmente, sigue el sistema inglés como el norteamericano y el de los países escandinavos, sin perjuicio que exista o no el Derecho escrito. (Zabala (Zavala Egas, 2015).

El derecho fundamental de la seguridad jurídica es trascendental para el ordenamiento jurídico, el autor colombiano Rincón Salcedo, Javier G. (2011) concibe la seguridad jurídica fundamentalmente desde una perspectiva formal, pues la considera como:

La expectativa que tiene todo operador jurídico de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible y como tal, es por sí solo fundamento esencial de la construcción del Estado y del adecuado funcionamiento de la Administración Pública, lo que implica que su consolidación y garantía constituyan uno de los imperativos de actuación para la administración pública de cualquier Estado. (p. 33)

El derecho constitucional de la seguridad jurídica se lo puede analizar bajo tres dimensiones, como actuación del Estado, como la estabilidad del derecho, y como

elemento fundamental del ordenamiento jurídico plasmado en la norma. Arrázola Arrazola Jaramillo, Fernando (2013) expresa:

El concepto de seguridad jurídica contiene tres dimensiones desde las cuales debe ser entendido: como la certeza de la actuación del Estado y de sus agentes, al igual que la de los ciudadanos; como la certeza y estabilidad del derecho mismo, independientemente del contenido material de las normas que integran el ordenamiento; y como la seguridad que resulta del derecho, que deviene de las normas bien dispuestas, y que resulta en una seguridad específica con respecto a algunos o varios bienes jurídicos protegidos; que la seguridad jurídica es un elemento fundamental de cualquier ordenamiento jurídico, y que su relación con el derecho es esencialmente legitimadora y garantista, pues es a través de la seguridad jurídica que los demás principios del derecho se materializan y son garantizados, logrando así un armónico funcionamiento de cualquier sistema legal. (p. 9)

La seguridad jurídica constituye un derecho fundamental en un Estado constitucional de derecho, exige la aplicabilidad de la normatividad vigente y la protección irrestricta de los bienes e intereses jurídicos por parte del Estado. Los derechos fundamentales son connaturales al ser humano (derecho a la libertad, a la vida, al debido proceso) constituyen un conjunto de prerrogativas que deben ser tuteladas por el poder público.

El fundamento de la seguridad jurídica se identifica con el respeto al principio de legalidad, al orden jerárquico kelsiano de la norma, implica que los actos derivados de la institucionalidad estatal deben emitirse en términos que la ley autoriza o facultad; en compendio, la potestad estatal no puede rebasar la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales.

El concepto de seguridad jurídica es el que guarda una clara relación con el concepto de Estado de derecho, un Estado en donde las actuaciones de sus instituciones y de los ciudadanos estén regulados conforme al derecho positivista, concreto, y objetivo.

La seguridad jurídica, por lo tanto, se expresa en mandatos de carácter formal, en los Estados neo-constitucionalistas como el ecuatoriano, el ordenamiento jurídico admite y regula los derechos, principios y garantías considerando al principio de la seguridad jurídica, como argumento infranqueable en la legislación.

El derecho positivo debe reunir ciertas exigencias para que el principio de la seguridad jurídica sea aplicable, por el hecho que este principio se muestra como una realidad objetiva, es decir, como aquella exigencia de regular las normas contenidas en el sistema jurídico. Este principio requiere ciertas condiciones que el sistema jurídico debe poseer, al respecto el tratadista Radbruch, G (1993) señala que estas condiciones son “que la positividad se establezca mediante leyes, que el derecho positivo se base en hechos y no en arbitrio del juez, que los hechos sean practicables, es decir, susceptibles de verificación, que el derecho positivo sea estable” (p. 159).

La seguridad jurídica implica que la normatividad se encuentre jerarquizada bajo un sistema, en donde los derechos y garantías fundamentales estén contenidos en una norma jerárquicamente superior, y las normas conexas o derivadas se concatenen entre sí. Una norma superior contiene la declaración de derechos fundamentales y organiza estructuralmente al Estado, por su parte, la Constitución de la República del Ecuador (2008), en su artículo 82, declara “el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (p. 53).

El principio de la seguridad jurídica se fundamenta en el carácter prescrito de la norma jurídica, avocando el aforismo “no hay pena sin ley”. Los ciudadanos miembros de una sociedad organizada requieren que sus derechos fundamentales sean garantizados, evitando que sean violentados especialmente por fallos judiciales viciados de nulidad, incoherencia y falta de argumentación jurídica.

Bajo la corriente del neoconstitucionalismo la seguridad formal, o también denominada seguridad jurídica, debe ser entendida como la certeza del imperio de la Ley impuesta por el Estado, El profesor Manuel Ossorio y Florit (2018) considera que:

La seguridad jurídica es condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la Ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio". (p. 89)

En palabras del jurista español Pérez Luño, Antonio Enrique (2000) :

La seguridad jurídica es un valor estrechamente ligado a los Estado de Derecho que se concreta en exigencias objetivas de: corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva encarnada por la certeza del Derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva.

La seguridad jurídica es un principio estrechamente relacionado con los Estados moderno, es un principio que representa la certeza de que los derechos de las personas son protegidos y garantizados por el Estado, y constituye una exigencia fundamental para el mantenimiento del ordenamiento jurídico, vinculada a la estabilidad económica, jurídica y social.

La seguridad jurídica se perfecciona con el nacimiento del Estado Constitucional de Derecho, en contraposición al Estado consuetudinario, en donde no existe la norma legal

prescrita. En el Estado Constitucional la norma legal escrita, es el símbolo de un ordenamiento jurídico garantista.

La seguridad jurídica se vincula de forma estrecha con los derechos humanos y las libertades fundamentales consagradas en un cuerpo legal supremo, y tiene como presupuesto los derechos fundamentales de las personas. La corriente filosófica-jurídica del positivismo exige a la ciencia jurídica del derecho que las leyes contenidas en normas legales sean objetivas y consten en un sistema escritural (códigos, leyes), que la normatividad sea clara para evitar erróneas interpretaciones; y que sea promulgada en un Registro Oficial.

### 1.3 El debido proceso

En el devenir histórico de la sociedad se pueden identificar ciertos factores asociados al desarrollo y crecimiento de las civilizaciones, producto del perfeccionamiento de ciertos elementos que requieren de un ordenamiento jurídico positivizado, acorde a los postulados postmodernistas del derecho constitucional en contraposición de aquel sistema anquilosado en donde predominaba la idea del Estado sobre el individuo.

La economía se constituye en el principal elemento de desarrollo, requiriendo de una regulación específica del derecho para proteger intereses y bienes jurídicos sobrevivientes de aquellas relaciones de producción bajo un sistema globalizado, a la vanguardia de un derecho constitucional postmodernista en donde se garantiza el debido proceso como corolario de su expansión.

La globalización económica (como salto cualitativo de la internacionalización) es, como antes se indicaba, una de las características definitorias de los modelos sociales postindustriales.

En esa medida, se trata, obviamente, de un fenómeno, en principio, económico, que se define por la eliminación de restricciones a las transacciones y la ampliación de los mercados.

Cuestión distinta es que, a partir de esta consideración, pueda tenerse en cuenta, junto a la globalización de la economía, otro importante fenómeno, cual es el de la globalización de las comunicaciones, como consecuencia de las innovaciones técnicas. (Silva Sánchez, Jesús María, 2010, p. 85)

En la época postmodernista, producto del advenimiento de nuevos factores económicos devienen intereses jurídicos que el derecho debe tutelar y proteger.

Pero, por otro lado, los fenómenos económicos de la globalización y de la integración económica dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clásicos,

así como a la aparición de nuevas formas delictivas. Así, la integración genera una delincuencia contra los intereses financieros de la comunidad producto de la integración (fraude al presupuesto-criminalidad arancelaria-, fraude de subvenciones), al mismo tiempo que contempla la corrupción de funcionarios de las instituciones de la integración. Por lo demás, genera la aparición de una nueva concepción de lo delictivo, centrada en elementos tradicionalmente ajenos a la idea de delincuencia como fenómeno marginal; en particular, los elementos de organización, transnacionalidad y poder económico. (Beck, Ulrich, 1997, como se citó en Silva Sánchez, Jesús María, 2010, p. 86)

En los ordenamientos jurídicos normativistas en donde la norma legal se encuentra jerarquizada, la Constitución como norma primaria del sistema legal contiene un conjunto declarativo de derechos y garantías básicas, como las del debido proceso, Oyarte Martínez, Rafael (2016):

“Uno de los aspectos fundamentales que constituyen la denominada constitucionalización del derecho, es la inclusión de los principios del constitucionalismo y el contenido constitucional en todas las demás ramas jurídicas. En la actualidad, el Derecho se debe aplicar y se debe interpretar conforme la Constitución. Parte importante de esta cuestión es la que se deriva de la consagración de las reglas, derechos y garantías del debido proceso. (p. 5)

El Estado constitucionalista incorpora reglas, derechos y garantías para mejorar la efectividad del orden jurídico, Allot P. (2001, como se citó en Peters Anne, 2017):

El constitucionalismo global es una agenda política y académica que identifica y defiende la aplicación de los principios constitucionalistas en la esfera jurídica internacional para mejorar la efectividad y la justicia del orden jurídico internacional. La constitucionalización global se refiere al proceso continuo, pero no lineal, de surgimiento y creación deliberada de elementos constitucionales en el orden jurídico

internacional por actores jurídicos y políticos, apoyada por un discurso académico donde estos elementos se identifican y desarrollan. (p. 2)

“Las garantías básicas en el sistema jurídico constitucional hacen efectiva la protección y tutela de derechos, en concordancia con un órgano jurisdiccional que ejerza el control constitucional para evitar arbitrariedades en la administración de justicia” (Peters, Anne, 2017, p. 10)

En muchos países el derecho constitucional propio no es aplicable. De forma típica, muchas disposiciones constitucionales no son justiciables en el sentido de ser directamente aplicables por las cortes. Esto ocurre principalmente en los países que carecen de un tribunal constitucional, pero suele ser cierto para las disposiciones constitucionales con un carácter programático y exhortativo. A pesar de este aspecto, nadie niega el carácter jurídico del derecho constitucional solo por esta razón y, así, se fundamenta la tesis de que el derecho internacional, dado que se parece al derecho constitucional en este aspecto, es en realidad derecho. (p. 5)

Los primeros vestigios de la invocación del debido proceso lo encontramos en la legislación inglesa, tal como lo afirma el procesalista Pasquel Zambrano, Alfonso (2005):

El principio del debido proceso (o proceso debido) es de origen anglosajón (“due process of law”), que se encuentra formulado por escrito por primera ocasión en el capítulo XXXIX (39) de la Carta Magna de Inglaterra del año 1215. Allí se dispone “ningún hombre libre podrá ser arrestado o detenido o preso, o desposeído de su propiedad, o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca, ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra”. (p. 25)

Es necesario resaltar que la promulgación de las reglas, derechos y garantías del debido proceso no constituye un hecho instantáneo producto de una incorporación o reforma

legal de tipo constitucional, sino más bien es el compendio del desarrollo histórico de la actividad jurídico procesal del Estado, en el caso específico del Ecuador, el connotado jurista Oyarte Martínez Rafael (2016), expresa:

Los aspectos relacionados con el debido proceso no se originan en la Constituciones, textos que en la historia del Derecho son relativamente nuevos. Estas reglas, garantías y derechos del debido proceso son incorporados en las denominadas declaraciones de derechos que, en esas partes, tenían notoria importancia penal. Estas declaraciones de derechos, inicialmente, conformaban cuerpos distintos a los textos constitucionales, que se redactaban por separado. En Ecuador, desde la Constitución de de 1830 se reconocieron derechos fundamentales...La situación de las garantías es diferente, pues no fue sino hasta la Constitución de 1929 en que se incorporó la primera que es el hábeas corpus y es solo hasta la reforma constitucional de 1996 en que se incorporaron las acciones de amparo y habeas data, con la ampliación del sistema en la Constitución de 2008. (pp. 5-6)

Los derechos y garantías del debido proceso no son establecidos por la Constitución, no responden únicamente a un proceso de reforma o incorporación por un organismo legislativo, sino más bien son reconocidos por un ordenamiento jurídico que responde a la necesidad de tutela y protección de bienes e intereses jurídicos cada vez más complejos y diversos, al respecto el constitucionalista García Pelayo, Manuel (1950) expresa:

Los derechos fundamentales no son establecidos por la Constitución, ésta se limita a reconocerlos y, en caso contrario -de no reconocerlos-, por la mera condición humana, estos derechos se poseen. Desde la teoría liberal de los derechos individuales se señala que la legitimidad de éstos no radica en que hayan sido reconocidos por el Estado, sino que, por el contrario, el Estado tiene legitimidad en cuanto que es expresión y garantía de tales derechos. (p. 150)

En el orden supranacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en su texto declarativo contempla las garantías básicas del debido proceso:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter... (Art. 8)

Las garantías básicas del debido proceso constituyen aquel límite a la regulación del poder estatal en un Estado constitucional, lo que conlleva a concebir al debido proceso como un elemento democratizador en donde prevalece la justicia. Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (1987, como se citó en Salmón Elizabeth y Blanco Cristina, 2012)

El proceso es un medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia», a lo cual contribuyen el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. En este sentido, dichos actos sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho y son condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. En buena cuenta, el debido proceso supone el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales.

El derecho al debido proceso es un principio de aplicabilidad universal al sistema jurídico de los Estados constitucionales de derecho.

Admitimos que el principio del debido proceso es un principio general del derecho, y por tanto fuente del derecho procesal y del derecho sustantivo o material, informador de todos los órganos jurisdiccionales, y vinculante al legislador y a la jurisprudencia constitucional y ordinaria.( Zambrano Pasquel, Alfonso, 2010, p. 26)

El objetivo y fin del constitucionalismo consiste en garantizar los derechos fundamentales de las personas para evitar el arbitrio en las decisiones judiciales, brindado certeza, seguridad y garantía jurídica a las partes. El Estado por medio del ordenamiento jurídico se limita a reconocer un amplio conjunto de derechos fundamentales, pues son derechos connaturales de las personas, el Estado reconoce estos derechos, no los establece ni los concede, y más aun no los puede vulnerar por medio del legislador ni por el sistema jurídico, bajo este análisis, el Estado ecuatoriano garantiza los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, proporcionándoles la condición de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier autoridad administrativa o judicial.

La Constitución establece una amplia fuente de derechos fundamentales entre ellos los del debido proceso reconocidos en instrumentos internacionales y en normas de rango secundario e incluso pueden tener fuente jurisprudencial.

Uno de los aspectos de máxima relevancia que constituye la denominada constitucionalización del Derecho, es la inclusión de los principios del constitucionalismo en todas las ramas del derecho, esto implica que el derecho se debe aplicar y se debe interpretar conforme la Constitución. Parte importante de este argumento es la que se deriva de la consagración de las reglas, derechos y garantías del debido proceso.

En los Estados de derecho, la norma legal suprema regula aspectos relacionados en cuanto a la estructura y funcionamiento institucional, y por otra parte recoge e reconocimientos de derechos fundamentales, en palabras de Salgado Pesantez, Hernán (2012), el texto constitucional reconoce: "los aspectos básicos y esenciales de la organización y funcionamiento del poder del Estado mediante sus instituciones políticas, además del reconocimiento de derechos fundamentales y el establecimiento de garantías para la protección de esos derechos" (p. 21).

Los aspectos inherentes al debido proceso no se originan en los textos constitucionales considerando que este tipo de codificaciones en el hilo histórico son de reciente data. Las reglas, garantías y derechos del debido proceso empiezan a incorporarse en las denominadas declaraciones de derechos, a las que actualmente la mayoría de Estados son signatarios.

Las declaraciones de derechos, inicialmente conforman cuerpos distintos a los textos constitucionales que se redactaban por separado, en nuestro país desde la primera Constitución publicada en el Registro Oficial en el año de 1830 se reconocieron derechos fundamentales de forma progresiva, en la Constitución del año 1929 se declara en el texto constitucional la institución jurídica del habeas corpus y posteriormente en el año de 1996 se incorpora las acciones de amparo, habeas data. En afirmación del procesalista ecuatoriano Oyarte Rafael (2016):

“El desarrollo del debido proceso es un aporte del Derecho Penal. Ahora bien, como esas reglas, principios, garantías y derechos se consagran en esas declaraciones de derechos que, luego, pasan a integrar los textos constitucionales, se extienden a todas las ramas jurídicas”.

Por ello, estas normas deben cumplirse y garantizarse en todo el proceso, no solo penal, ni siquiera solo jurisdiccional, sino administrativo, y de cualquier otro carácter como se verá, en el artículo 76 numeral uno de la Constitución de la República del Ecuador, y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, CADH)” (p. 6)

En este esquema, los derechos fundamentales no son establecidos por la Constitución, esta únicamente se limita a reconocerlos y declararlos, por la simple condición humana, estos derechos se poseen. Desde la teoría liberal de los derechos individuales se señala que la legitimidad de estos “no radica en que hayan sido reconocidos por el Estado, sino que, por el contrario, el Estado tiene legitimidad en cuanto que es la expresión y garantía de tales derechos” (Pelayo García, Manuel, 1959, p. 150).

El hecho de que la Constitución de un Estado reconozca o no estos derechos fundamentales, no condiciona ni la existencia de estos ni la posesión o ejercicio de ellos por parte de toda persona humana, al respecto la Constitución de la República del Ecuador (2008) expresa:

El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento. (Art. 11 numeral 7)

Los ordenamientos jurídicos no pueden eliminar arbitrariamente algunos derechos fundamentales, o privarlos a ciertos grupos de personas, una sociedad de tipo constitucionalista se refleja en la organización de los poderes los cuales responden a un determinado fin concretado en el aseguramiento y garantía de la libertad de los ciudadanos.

Al respecto, Oyarte Rafael (2016) expone que el fin del constitucionalismo es garantizar los derechos fundamentales de las personas que se encuentran consagrados en la Constitución:

Es necesario recalcar que el fin último del constitucionalismo, lo que es corroborado por todo su proceso de evolución histórica, consiste en que se garanticen los derechos fundamentales de la persona humana, para ello se organiza el Estado jurídicamente. De esta forma la parte orgánica de toda Constitución está al servicio y condicionada por la parte dogmática-para que se cumplan con esos postulados-, por lo que no es admisible que se niegue esta parte fundamental de la Constitución de un Estado, pues si el poder soberano absoluto anula y conculca las libertades y facultades fundamentales del hombre, tampoco habrá verdadero Derecho. (p. 7)

En términos de Segado Fernández, Francisco (1993), “los derechos fundamentalmente son la *conditione sine quo non* del Estado constitucional democrático, pues el Estado no puede dejar de reconocerlos sin transformarse, es decir, sin dejar de ser un Estado constitucional de Derechos” (p. 9).

En este sentido, el Estado se limita a reconocer derechos fundamentales, pues son derechos connaturales al ser humano, a través, principalmente, de su texto constitucional. El Estado, entonces, simplemente reconoce dichos derechos, no los establece, no es una concesión por parte del poder estatal, y, es más, no puede vulnerarlos ni a través del legislador ni por el poder constituyente.

### **Reglas, principios, garantías y derechos del debido proceso**

Los ordenamientos jurídicos utilizan conceptos específicos para describir un elemento genérico. De este modo, la Constitución promulgada en el año 1998, utilizaba la expresión “garantías del debido proceso”, para describir a las normas contenidas en su texto que se refieren al debido proceso, al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos al señalarlas como “garantías judiciales”, prescrito en el artículo 8, cosa que también hace la Constitución del 2008 cuando indica que las normas procesales harán efectivas las garantías del debido proceso artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador.

Es importante diferenciar la regla del principio y los derechos de las garantías, distinciones aplicables al debido proceso, aunque se debe tener presente que el control de constitucionalidad no se dirige solo en el caso de violación de normas constitucionales que contienen reglas, sino, en general, las que consagran derechos, valores y principios.

De este modo, hay normas relativas al debido proceso que consagran principios y otras que establecen reglas, como son los casos de los principios de igualdad o de seguridad jurídica como la del non bis in idem (nadie podrá ser juzgado dos veces por la misma causa), asimismo hay derechos como la presunción de inocencia y, garantías como la legalidad de la prueba, así como normas que consagran dualidades, como ocurre con la proporcionalidad.

## Los derechos

Más allá de las discusiones doctrinarias, el derecho subjetivo es de modo general la facultad de actuar tutelado por una norma, lo que permite al sujeto ejecutar una conducta o abstenerse de ella, o bien para exigir de otro el cumplimiento de su deber, al respecto la Constitución de la República del Ecuador declara:

Se reconoce y garantizará a las personas:

1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte.
2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.
3. El derecho a la integridad personal, que incluye:
  - a. La integridad física, psíquica, moral y sexual.
  - b. Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.
  - c. La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.
  - d. La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos....(Art. 66)

El artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador declara una amplia diversidad de derechos, que contienen dos elementos claramente identificables, tal como lo afirma Oyarte, Rafael (2016):

“Por ello se dice que los derechos tienen dos elementos: uno interno que se concentra en la posibilidad de querer o de obrar conforme la norma; y uno externo, que se incardina en la posibilidad jurídica de exigir el respeto o cumplimiento a otro sujeto, ocurriendo que en unos casos predomina el elemento interno (como ocurre con la libertad de expresión) y en otros el elemento externo (como lo que pasa con el derecho al honor) (p. 29)

Comúnmente la consagración de un derecho constitucional reúne los siguientes elementos: su definición, el bien jurídico protegido, el titular, el sujeto obligado, las condiciones de ejercicio y las limitaciones, en ciertas ocasiones se presentan todos los elementos, mientras que respecto de unos derechos solo se encuentran algunos de aquellos, debiéndose tener presente que ciertos elementos se localizan en el texto constitucional mientras que otros se describen en las leyes secundarias.

En este contexto, cuando nos referimos al titular del derecho no solo que se pueden diferenciar los derechos individuales de los colectivos y de los difusos situación que generalmente se desprende de la Constitución, sino que, específicamente respecto de los derechos del debido proceso, unos son predicables para todos los justiciables, como el derecho de defensa, mientras que hay los que ejerce el procesado (el acusado, el querellado o el demandado) como es la presunción de inocencia.

Existen pocos derechos que tienen definición constitucional, como la seguridad jurídica: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 82), mientras que la mayoría son definidos en leyes secundarias, y otros en la doctrina o jurisprudencia.

Sobre el sujeto obligado, respecto del debido proceso, se dice que estos son de responsabilidad de los agentes del Estado, como son los jueces, los fiscales y los funcionarios administrativos, al respecto la Constitución de la República del Ecuador (2008) declara:

Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”. (Art. 76 numeral 1)

Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.

Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.

Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley. (Art. 172)

En cuanto a las condiciones del ejercicio, en ocasiones la legislación establece una serie de requisitos para su práctica. De este modo, por ejemplo, el derecho de acción está sometido a su ejercicio oportuno, a través de las normas que establecen la caducidad del primero o la prescripción del segundo, o las exigencias que debe contener la petición de justicia o su realización ante la autoridad competente. Todas estas condiciones están declaradas en la propia Constitución de la República del Ecuador (2008): “Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley” (Art. 11, numeral 3, inciso 2).

### **Las garantías**

Las garantías son mecanismos de protección de derechos, las que, a su vez, son genéricas y jurisprudenciales. Al respecto Oyarte Rafael (2016) declara:

Las garantías genéricas están dirigidas a los poderes públicos, limitando ese poder como medida de protección de derechos, como ocurre con la reserva de la ley y con el núcleo esencial, e incluso algunas dirigidas directamente a los jueces, como son las exigencias de motivación de las resoluciones.

Las garantías jurisdiccionales, en cambio, son mecanismos de protección que se hacen valer frente a los jueces, como ocurre con el derecho a la defensa, el non bis in idem o la presunción de inocencia, entre otras. El constituyente ecuatoriano ha dejado esta denominación para las garantías constitucionales que son la acción de protección, el hábeas corpus, el hábeas data, el acceso a la información pública y, aunque su naturaleza como garantía es debatible, a la acción por incumplimiento, aunque ello, como se observa, implica restringir el concepto. (p. 31)

El constitucionalismo ha incorporado garantías de carácter mixto, esto es, genéricas o jurisdiccionales según la oportunidad en la que se haga valer. De este modo, el principio de proporcionalidad se conforma en garantía genérica cuando es el legislador a quien le corresponde, a la hora de describir una conducta.

### **Las reglas y los principios**

Los regímenes constitucionalistas declaran reglas y principios que deben ser diferenciados y conceptualizados de forma apropiada, en este sentido el constitucionalista Alexy, Robert, (1993) expone:

“Las normas recogen reglas y principios. Se los suele distinguir indicando que los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”, es decir, son mandatos de optimización, los que pueden cumplirse en diferente grado, mientras que las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no, es decir, se debe actuar conforme ella dispone, ni más ni menos” (pp. 67-68)

En cuanto a las reglas y principios del debido proceso, Oyarte, Rafael argumenta:

Hay derechos que se constituyen a través de reglas, como el de la defensa, y otros a través de principios, como el de la seguridad jurídica, mientras hay garantías que se conforman por medio de reglas, como el non bis in idem, y otras por medio de principios, como el de proporcionalidad.

Al respecto habrá cuestiones muy claras, como que la prueba legal es una regla, y que la seguridad jurídica es un principio, pero también las habrá debatibles. De este modo, cabrá preguntarse si el principio de legalidad es, propiamente, un principio o será, en realidad, una regla.

La distinción entre reglas y principios no solo es cuestión doctrinaria o académica. Tiene un notorio efecto práctico al instante de analizar la constitucionalidad de un precepto inferior, habrá diferencia en tanto y en cuanto la norma fundamental que basará el análisis sea una regla, en cuyo caso su contradicción será insoslayable, lo que no ocurrirá si esta contiene un principio. (p. 32)

En el campo legislativo supranacional, Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) hizo ver, de modo inequívoco, que estas normas que denomina garantías judiciales, se aplican a todo el proceso judicial en todo proceso judicial:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (Art. 81)

Las normas del debido proceso deben ser observadas en toda la sustanciación de la causa, criterio ajustado a la declaración contenida en la Constitución de la República del

Ecuador (2008) “Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes” (Art. 76 numeral 1).

#### 1.4 El derecho a la defensa

El sistema jurídico especialmente de tipo constitucional es discrepante ante la situación jurídica de indefensión del justiciable. Al respecto el tratadista Carrión Luis Cueva, (1993) en cuanto al estado de indefensión expone:

La indefensión es un estado de desventaja jurídica en que se ubica a las partes que intervienen en el proceso con ocasión de la injusticia cometida por el Juez dentro del proceso. Decimos que colocamos en estado de indefensión al demandado cuando dentro del término de prueba el Juez no le admite ninguna o solo le permite actuar alguna de las pruebas presentadas.

Nosotros consideramos que la indefensión no está condicionada por la ley en forma alguna porque la indefensión de por sí influye poderosa y decisivamente en la decisión de la causa, no hay forma de indefensión que no influya en la decisión de la causa. Al justiciable que se le ponga en esa situación se le está condenando a la pérdida del juicio, se le está desconociendo el más elemental derecho de que todo ciudadano tiene, el derecho de defensa, garantizado por nuestra Constitución Política, por lo tanto, es suficiente la existencia de la indefensión en forma incondicional, para fundar legalmente el recurso de casación. (p. 163)

Se deduce que la indefensión no solo implica el interés de las partes procesales, sino conlleva la correcta administración de justicia que interesa a todos los miembros de un Estado, considerando que el estado de indefensión contraviene a un bien jurídico superior que se plasma en el derecho a la defensa.

El derecho a la defensa constituye un baluarte infranqueable en el ordenamiento jurídico en un Estado constitucional, al respecto la norma suprema declara que: “nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76 numeral 7 literal a).

El jurista Cabanellas, Guillermo (2003) conceptualiza al derecho a la defensa como la facultad atribuida de las partes para contrarrestar las acciones deducidas en su contra:

La facultad otorgada a cuantos, por cualquier concepto, intervienen en las actuaciones judiciales, para ejercitar, dentro de los mismos, las acciones y excepciones que, respectivamente pueden corresponderles como actores o demandados; ya sea en el orden civil como en el criminal, administrativo o la ataques directos e injustificados en los límites de la denominada legítima defensa. (p. 125)

Por su parte La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), establece que:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. (Art. 10)

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público, en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. (Art. 11)

En términos procesales el derecho a la defensa se efectiviza desde el instante mismo en que la parte requerida al proceso en calidad de agresor o demandado comparece ante el órgano jurisdiccional contestando la pretensión inicial formulada en su contra, el procesalista Echandía Hernando, Davis (2017):

La defensa en sentido estricto existe (en los procesos civiles, laborales, y contencioso-administrativo), cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor, o los hechos constitutivos en que éste se apoya, o su exigibilidad o eficacia en

el proceso. La excepción existe cuando el demandado alega hechos impeditivos del nacimiento del derecho pretendido por el actor, o extintivos o modificativos del mismo, o simplemente dilatorios que impiden que ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derechos, distintos en todos los casos de los hechos que el demandante trae en su demanda en apoyo a su pretensión o que consista en diferentes modalidades de aquellos hechos, razón por la cual la carga de probarlos corresponde al demandado. (p. 240)

El derecho a la defensa en el ámbito procesal no únicamente se identifica con la simple comparecencia por parte del demandado, sino concierne un mecanismo complejo en que se refuta jurídicamente la pretensión inicial.

El demandado puede fundar su oposición a la demanda en dos clases de razones: la simple negación del derecho del demandante y de los hechos de donde pretende deducirlos, o la afirmación de hechos distintos o de modalidades de los mismos hechos que tienden a destruir, modificar o paralizar sus efectos.

Cuando aduce la primera razón, se limita a oponer una defensa en sentido estricto; cuando alega la segunda, propone una excepción. (Echandía Hernando, Davis 2017. p. 233)

Los Estados comúnmente determinan la imposibilidad de privar a las personas de su derecho a la defensa en ningún grado o etapa del respectivo procedimiento, por lo que frecuentemente se acude a otras fuentes del derecho provenientes de organismo internacionales como la convención Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia y la doctrina, por su parte la Constitución de la República del Ecuador vigente explicita el contenido del derecho a la defensa, siguiendo básicamente, lo indicado en los tratados internacionales vigentes.

En este contexto, La Constitución ecuatoriana indica que dentro del derecho a la defensa se incluye: contar con el tiempo y medios para preparar la defensa; ser escuchado en igualdad de condiciones, lo que incluye el derecho a presentar alegaciones y pruebas ejerciendo el contradictor: la publicidad del proceso: la asistencia profesional, interrogar testigos y peritos. Estos derechos se deben hacer efectivos durante todo el procedimiento y en toda etapa.

Los ordenamientos jurídicos constitucionales determinan la imposibilidad de privar a las personas de su derecho a la defensa, en ningún grado o etapa del respectivo procedimiento. Anterior a la etapa constitucional los administradores de justicia acudían fundamentalmente a otras fuentes, como los instrumentos internacionales, la jurisprudencia y la doctrina. Por su parte la Constitución del año 2008, fundamentándose en los postulados de los tratados internacionales declara una amplia diversidad de derechos humanos, entre ellos el derecho a la defensa.

Se debe tener en consideración que el titular del derecho a la defensa, no es solo quien propiamente se defiende de una pretensión o imputación, sino también de quien acciona, pues si este va a ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva, lo hará, precisamente para defender sus derechos, al respecto la Constitución de la República del Ecuador (2008), expresa:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley. (Art. 75)

Por lo expuesto, el derecho a la defensa incluye: contar con el tiempo y medios para preparar la defensa; ser escuchado en igualdad de condiciones, lo que incluye el derecho a presentar alegaciones y pruebas y a ejercer el contradictor: la publicidad del proceso; la

asistencia profesional, a interrogar testigos y peritos; y el doble conforme. Al respecto la Constitución de la República del Ecuador (2008) declara:

El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
- d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
- e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
- f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento... (Art. 76 numeral 7)

Estos derechos se deben hacer efectivos durante todo el procedimiento, es decir, en todo grado y en toda etapa. A los derechos declarados en el artículo 76 numeral 7, deben agregarse otros que tienen directa conexión con el derecho de defensa: la prohibición de autoinculpación; la proscripción del juzgamiento en ausencia, y el non reformatio in pejus.

Según el Diccionario de Derecho Penal y de Procedimiento Penal, de la autoría de los prolíficos tratadistas Antoniu, George y Bulai, Costica (2011) (2011) el derecho de defensa está representado por:

La totalidad de las prerrogativas, facultades y posibilidades, que, según la ley, tiene cualquier parte en el juicio penal, para sostener su posición en el juicio penal, para

hacer las comprobaciones que considere oportunas y para participar en el desarrollo del juicio, siendo, al mismo tiempo, una garantía para la ley. (p. 209)

En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas, Guillermo (2003) se afirma que el derecho a la defensa es :

La facultad otorgada a cuantos, por cualquier concepto, intervienen en las actuaciones judiciales, para ejercitar, dentro de los mismos, las acciones y excepciones que, respectivamente pueden corresponderles como actores o demandados; ya sea en el orden civil como en el criminal, administrativo o la ataques directos e injustificados en los límites de la denominada legítima defensa. (p. 125)

El tratadista Ricci, Jorge Vázquez (2012), refiriéndose al derecho a la defensa manifiesta lo siguiente.

El derecho a la defensa es un verdadero poder junto con el de la acción y la jurisdicción, para la válida realización penal, ello en razón de que estos poderes son los que dirigen la actividad de los sujetos procesales en todo el proceso, pero que tienen a su vez una existencia previa al mismo, ya que su fuente es de índole sustantiva constitucional. (p. 80)

Al derecho fundamental de la defensa lo podemos vislumbrar bajo una perspectiva en sentido amplio y estricto. En sentido amplio (material o substancial) comprende la prerrogativa de derechos y garantías de carácter procesal; en sentido estricto (formal o institucional) se limita a garantizar a las partes de un defensor técnico que patrocine la causa. Es común identificar al derecho a la defensa únicamente con las actividades procesales ejercidas por un defensor técnico de oficio, desconociendo que el derecho a la defensa encierra un conjunto complejo de derechos, garantías y las condiciones óptimas que les asiste a las partes en el proceso judicial.

El derecho a la defensa concede a las partes el beneficio de contar con la debida asistencia jurídica calificada, y la atribución a los propios sujetos de deponer documentos, exponer su criterio en audiencia, proponer pruebas, renunciar al proceso; etc. es decir, proporciona los medios, derechos o facultades para ejercer el derecho a la defensa de forma amplia y expedita.

## **Capítulo dos**

### **Marco jurídico**

## **2. Análisis jurídico de las diligencias preparatorias en el Código Orgánico General de Procesos.**

### **2.1. Naturaleza jurídica de las diligencias preparatorias**

Las diligencias preparatorias, resultan ser el medio oportuno para recabar información efectiva que servirá a quién pretenda el reconocimiento de un derecho por medio del organismo jurisdiccional.

En la naturaleza de las condiciones de la diligencia como tal se desarrollan dos posiciones importantes. El primero es sobre la capacidad, que constituye o se refiere a la capacidad legal del juez que dispone la observación y la práctica, este aspecto se relaciona estrechamente con el ejercicio de la jurisdicción y la aplicación de la competencia.

El segundo aspecto, es sobre las disposiciones legales de aplicación, las diligencias preparatorias como institución pre procesal admite que sea solicitada, es decir, mediante petición de parte, en contraposición a la legislación anterior a la promulgación del Código Orgánico General de Procesos, en donde la actuación de las diligencias preparatorias recaía específicamente en el órgano judicial.

Para el Dr. José García Falconí (2010), las diligencias preliminares aseguran el resultado de un juicio y sirven de sustento para poder sustentar la acción y formular excepciones.

Estas diligencias son utilizadas con la finalidad de asegurar el resultado de un juicio y para poder conseguir el reconocimiento de obligaciones o documentos y que le sirven exclusivamente al sujeto activo para sustentar su acción y al pasivo para justificar sus excepciones, más no dice que sirva para establecer la calidad del legitimado activo o

del pasivo como mal lo establece la disposición del artículo 120 del Código General de Procesos.

Valdría decir que el acto preparatorio en sí no constituye cosa juzgada, más bien sirven para entablar o constituir el juicio desde su comienzo; adicionalmente como no constituyen controversia no es muy común observar que exista oposición de la persona en contra de quien van dirigidas o solicitas su práctica, no son procedimientos contenciosos sino de jurisdicción voluntaria, en todo caso de solicitárselas lo que ocurría es que la parte a quien se la solicita pueda prever la acción que se entablará en su contra y preparar con anticipación su defensa. (p. 110)

Las diligencias preparatorias, se encuentran contempladas en el Art. 120 del Código Orgánico General de Procesos, se establece su naturaleza jurídica y se las delimita en la determinación de la legitimación activa y pasiva de las partes. El procesalista Carrión, E (2016) expresa que por medio de las diligencias previas se facilita a la parte actora producir pruebas.

La segunda finalidad expuesta en el Art. 120 citado con anterioridad, refiere acerca de la práctica de la prueba anticipada urgente, pues por esencia de la misma podría perderse, este acto o diligencias es una de las más demandadas en la práctica civil, pues facilita a la futura parte actora producir pruebas que podrían ser trascendentales en el desarrollo del juicio, cabe recalcar que de acuerdo a lo que establece la norma, el juez que conozca de la diligencia preparatoria será quien conozca la demanda principal. (p. 180)

En materia procesal civil, al acto preparatorio se le conoce también como diligencia preparatoria o preliminar, pues constituyen propiamente el procedimiento que tiende a establecer o también a esclarecer el sustento eficaz de un proceso judicial, es decir, que la acción puede girar en torno a la diligencia preliminar o preparatoria, entonces estos tipos de actos previos son los que se refieren a aquellos hechos, elementos o datos que son

necesarios e indispensable conocer o tener para iniciar correctamente un proceso, facilitar su desarrollo o asegurar la eficacia de la sentencia que en su día se dicte, como su nombre indica son anteriores al juicio y aun cuando pueda intervenir el deudor, no implica contienda, sino mera comprobación de un hecho, dado que el juicio solo principia con la demanda.

Las diligencias preparatorias constituyen un procedimiento que tiene como finalidad la averiguación de datos relevantes para el desarrollo eficaz de un proceso, antes de la iniciación de éste, el conocimiento de estos datos o circunstancias necesarias para promoverlo sólo se pueden obtener con la potestad de los órganos judiciales, por cuanto son actos lícitos pre-procesales ejecutados con el fin de garantizar el cumplimiento de la obligación por medio del desarrollo eficaz de las pruebas, que soliciten las partes, en un proceso judicial.

El artículo 120 del Código Orgánico General de Procesos prescribe:

Todo proceso podrá ser precedido de una diligencia preparatoria, a petición de parte y con la finalidad de:

1. Determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso.
2. Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse.

La o el juzgador que conozca la diligencia preparatoria será también competente para conocer la demanda principal. (Art. 120)

En esencia, las diligencias preparatorias son un pedido al juzgador que hace una persona para realizar una acción o diligencia, con el fin de anticipar una prueba que podría desaprovecharse, dentro de estas se incluyen la exhibición de documentos o de la cosa objeto del pedido de la diligencia, así como la inspección sobre bienes que podrían ser enajenados ilegalmente, entre otros.

## 2.2 Trámite de las diligencias preparatorias

Bajo un punto de vista procesal, una vez que la demanda ha sido calificada el juez dispondrá la citación, si el juez niega la práctica de la diligencia, el peticionario de la misma puede realizar la instancia de apelación con efecto suspensivo, donde no cabría otro procedimiento debido a que no existe aún un litigio en sustanciación, a pesar de que este elemento pre-procesal tiene relación con la prueba en lo posterior, en el caso de la segunda instancia señalada los jueces de sala deben disponer que sea el juez de primera instancia será quien practique la diligencia para lo cual se tiene que dar cumplimiento con citación del demandado.

Lo actuado en las diligencias preparatorias será utilizado como prueba a favor y será debidamente actuada.

El artículo 122 del Código Orgánico General de Procesos hace alusión directa a las circunstancias o acciones con capacidad de ser diligencia previa, entre las que están, la exhibición del objeto de la diligencia, que pueden estar en títulos, cosas fungibles; el reconocimiento de documentos privados, que podría ser vital para la resolución; el nombramiento de tutores, para asuntos de herencias por ejemplo; la apertura de cajas, sellos, etc.; y, las declaraciones emergentes para no perder el sustento probatorio que pueda sufrir una alteración o muerte.

La importancia de la actuación de las diligencias preparatorias radica en que son empleadas de forma influyente para pre- establecer la prueba en sí, este hecho, es preponderante para evitar la arbitrariedad de los órganos jurisdiccionales.

La diligencia preparatoria se realiza por escrito ante el respectivo juez competente (acto recaído por sorteo), el acto petitorio es motivado únicamente por la parte interesada a raíz de la promulgación del actual Código Orgánico General de Procesos. Es necesario que la petición se haga constar lo siguiente

1. Datos completos del peticionario. Es aconsejable que para este punto se siga lo que determina el artículo 142 numeral segundo del Código Orgánico General de Procesos, que trata sobre la información de quien deduce la demanda.
2. Nombres, apellidos y domicilio de la persona natural o jurídica contra quien se planteará el pedido.
3. Objeto de la diligencia.
4. Finalidad que se persigue con el acto que se solicita.

Una vez que el actuario judicial procede con el sorteo del petitorio, este recaerá en uno de los jueces de la materia (ámbito civil), el juez deberá analizar si la petición reúne los requisitos de forma y de fondo, desprendiéndose dos circunstancias posibles.

1. Si se aprueba la solicitud, el juez dispondrá la citación a la persona contra la que se pidió la diligencia y además señalará fecha, día y hora para que se lleve a efecto la misma. En este caso, la persona contra la cual se ha deducido este pedido puede, acorde oponerse a la diligencia; o solicitar que la misma se modifique o amplíe. El juez deberá decidir en cuanto a este requerimiento
2. Si la solicitud es negada el peticionario puede plantear apelación con efecto suspensivo. Una vez planteada la apelación, los jueces de la sala tienen asimismo la potestad de aceptar la petición (lo cual implica la revocatoria de la orden del juez ad-quo), o ratificar la decisión del juez de instancia. En caso de que en apelación se acepte el pedido de las diligencias preparatorias, los jueces de sala deben disponer que sea el juez de primer grado quien practique la diligencia para lo cual se tiene que cumplir con el acto citatorio correspondiente.

Si la solicitud de petición de la diligencia previa es negada, la parte afectada por esta decisión judicial puede presentar la respectiva apelación, considerando que el sistema impugnatorio es un derecho sustancial concedido a las partes.

La facultad concedida de presentar la apelación respectiva cuando la solicitud para la práctica de la diligencia previa ha sido negada, se identifica con el principio de seguridad jurídica y el derecho a recurrir a sistema impugnatorio ágil y eficaz.

El derecho a la seguridad jurídica acompañado de la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de las personas, es un objetivo del ordenamiento jurídico de los Estados, para el efecto, se ha incorporado un sistema impugnatorio como una expresión procesal del garantismo, como aquella expresión infranqueable de las personas para acudir al órgano jurisdiccional respectivo exigiendo el efectivo goce de sus derechos.

A nivel estrictamente jurídico, los jueces y magistrados cumplen un rol fundamental al instante de garantizar los derechos e intereses de las personas en el ordenamiento jurídico vigente, en estricta observancia de la normativa imperante, sin embargo, sus sentencias y resoluciones pueden en algún instante contener error judicial, por lo que es necesario activar un sistema impugnatorio que contenga un sistema de recursos ágil y expedito. La justicia no puede estar supeditada a una única sentencia, esta sentencia puede contener declaraciones lesivas de derechos, contra este tipo de sentencias cobra valía el sistema impugnatorio.

El órgano jurisdiccional representado por jueces y magistrados, tiene como objetivo principal administrar justicia dirimiendo y solucionando conflictos, no obstante, esta actividad no se encuentra expedita de fallas y errores, por lo que las legislaciones regulan un apartado especial denominado recursos o fase impugnatoria.

Es importante considerar que las decisiones judiciales no pueden estar supeditadas a una única sentencia o resolución dictada, esta sentencia puede contener declaraciones lesivas de derechos, considerando el factor de falibilidad, los administradores de justicia por

su naturaleza humana pueden cometer errores, omisiones o incluso injusticias, contra este tipo de sentencias cobra valía el sistema impugnatorio, como instrumento que fija un determinado control sobre las decisiones judiciales, labor encomendada al mismo juez que emitió la decisión judicial o en grado superior jerárquico.

Una vez actuada la diligencia, culmina el trámite de la misma, de conformidad a lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos, el juez que conoció y sustanció la diligencia preparatoria será el competente para conocer el proceso que versará sobre lo principal.

Es necesario considerar que la legislación procesal civil no determina un término legal para que la parte accionante deduzca la pretensión o demanda inicial una vez que se ha efectuado la práctica de la diligencia preparatoria.

Por su parte el Código Orgánico General de Procesos (2018), en su artículo 122 contiene los actos posibles a solicitar como diligencias previas, en este caso el legislador ha recurrido a una clasificación por medio de la cual agrupa actos de naturaleza común.

1. La exhibición de la cosa mueble que se pretende reivindicar o sobre la que se practicará secuestro o embargo; la del testamento, cuando la o el peticionario se considere la o el heredero, legataria o legatario o albacea; la de los libros de comercio cuando corresponda y demás documentos pertenecientes al comerciante individual, la sociedad, comunidad o asociación; exhibición de los documentos necesarios para la rendición de cuentas por quien se halle legalmente obligado a rendirlas; y en general, la exhibición de documentos en los casos previstos en este Código.
2. La exhibición de los títulos u otros instrumentos referentes a la cosa vendida, por parte de su enajenante en caso de evicción o pretensiones similares.
3. El reconocimiento de un documento privado.

4. El nombramiento de tutora o tutor o curadora o curador para las o los incapaces que carezcan de guardadora o guardador o en los casos de herencia yacente, bienes de la persona ausente y de la o del deudor que se oculta.
5. La apertura de cajas o casilleros de seguridad en las instituciones del sistema financiero. La inspección preparatoria si la cosa puede alterarse o perderse.
6. La recepción de las declaraciones urgentes de las personas que, por su avanzada edad o grave enfermedad se tema fundadamente puedan fallecer o de quienes estén próximos a ausentarse del país en forma permanente o por un largo período.
7. La recepción de las declaraciones urgentes de las personas que, por su avanzada edad o grave enfermedad se tema fundadamente puedan fallecer o de quienes estén próximos a ausentarse del país en forma permanente o por un largo período.

A la clasificación de carácter taxativo del artículo 122 del Código Orgánico General de Procesos, se infiere de conformidad al principio de seguridad jurídica que se puede solicitar el órgano jurisdiccional la práctica de diligencias previas similares o acordes a las prescritas en la norma referida.

### 2.3 Las diligencias preparatorias como mecanismo de prueba judicial

La prueba es aquella actividad de carácter procesal, cuya finalidad consiste en lograr la convicción del administrador de justicia, acerca de la exactitud de las afirmaciones de hecho operadas por las partes en el proceso. De tal modo, que la prueba es una actividad de naturaleza procesal, para convencer al juez acerca de los hechos fácticos acontecidos.

En este sentido el prolífico tratadista Robayo Campaña, (como se citó en García Falconí, José 2017):

Prueba es todo lo que sirve para dar certeza, acerca de la verdad de una proposición o, dicho de otra manera, es la suma de motivos productores de certeza; adecuando al sistema moderno expreso que prueba es el enlace técnico de los elementos recolectados y constitucional y legalmente para reproducir con la mayor exactitud un hecho histórico situado en un tiempo y espacio diferentes al del proceso (p. 81)

El tratadista Ricci, Francisco (como se citó en citado en García Falconí, José 2017):  
“Probar vale tanto como procurar la demostración de que un hecho dado ha existido y ha existido de un determinado modo y no de otro” (p. 81).

Por su parte Planiol Marcel y Ripert George, (como se citó en García Falconí, José 2017): manifiestan:

En un sentido amplio, probar es establecer la exactitud de una proposición cualquiera; en el sentido judicial, probar es someter al juez de un litigio los elementos de convicción adecuados para justificar la verdad de un hecho alegado por una parte y negado por la otra”. (p. 81).

Por su parte, Buylla Adolfo y Posada Adolfo (como se citó en García Falconí, José 2017), expresa:

Por cuanto medios sugiere la lógica, producir en nuestra conciencia el estado de certeza que determina el pleno convencimiento de su existencia; los hechos

proporcionan así el principio de realidad sin el cual la norma no sería sino una quimera o una arbitrariedad. Por consiguiente, la prueba como método riguroso para establecer la veracidad de los hechos es un elemento esencial del derecho al cual es preciso darle la máxima atención y tratarlo con el máximo rigor Y es por ello que la prueba es al mismo tiempo un derecho y un deber; todos tenemos derecho a pretender probar ciertos hechos, a procurar en el otro el mismo convencimiento que existe en nosotros mismos; pero nadie puede quedar exento a su vez a probar lo que afirma, ni la parte que alega o acusa ni aquel a quien le corresponde resolver la cuestión. (p. 82)

A nivel jurisprudencial, la Sala de lo Penal de la Corte de Justicia de el Oro, con fecha 27 de agosto de 2013:

El derecho probatorio es la esencia de las dinámicas procesales del derecho y la posibilidad de controvertir todos los hechos sujetos a una imputación por violación a los derechos humanos y fundamentales. Implica ser garantes del desarrollo de un debido proceso en igualdad de condiciones procesales y garantías efectivas tendientes a la protección especial de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Sin embargo, su implementación supone garantizar al sujeto activo, en la igualdad procesal probatoria, el debido proceso, el derecho a la contradicción, la presunción de inocencia, la imparcialidad jurídica de la motivación de la providencia judicial por parte del operador jurídico. (Proceso Nro. 516-2013-SP )

La práctica de la prueba es el soporte angular de todo razonamiento jurídico, la prueba es un aspecto fundamental del derecho puesto que es su conexión con la realidad. El derecho sin pruebas es una práctica inoficiosa, todo ser humano puede expresar un elemento de hecho que establece la condición de realidad para la aplicación de la parte resolutive.

La diligencia procesal de las diligencias preparatorias al ser un mecanismo de obtención de prueba que será judicializada en un proceso futuro debe conservar los siguientes principios básicos:

**a) Inmediación**

Las o los juzgadores y las partes procesales deberán estar presentes en la práctica de la prueba.

**b) Contradicción**

Las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la respectiva audiencia, como aquellas actuaciones derivadas de la práctica de diligencias preparatorias.

**c) Libertad probatoria**

Todos los hechos y circunstancias pertinentes del caso, se podrán probar por cualquier medio que no sea contrario a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador y demás normas jurídicas.

**d) Pertinencia**

Las pruebas deberán referirse, directa o indirectamente a los hechos y circunstancias relativos a la pretensión inicial deducida por el accionante.

**e) Exclusión**

Toda prueba o elemento de convicción con violación a los derechos establecidos en la constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la Ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal.

**f) Igualdad de oportunidades para la prueba**

Se deberá garantizar la efectiva igualdad material y formal de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal.

La finalidad de la prueba es la demostración de la verdad procesal, no una verdad desvirtuada, si no una verdad formal que permite reflejar en el ánimo del titular del órgano jurisdiccional la certeza respecto de la existencia o inexistencia pretérita del hecho controvertido. En este sentido de ideas, la prueba es el factor básico sobre el que gravita todo el procedimiento, de ella depende cumplir con el fin último de la justicia que es encontrar la verdad y sancionar de haber mérito para ello.

En el ámbito procesal, el accionante al procurar fundamentar su pretensión requiere obtener vestigios a-priori a la instaurar el proceso, en este instante es oportuno solicitar la práctica de aquellas diligencias preparatorias tendientes a recabar vestigios necesarios, que constituirán prueba necesaria y efectiva al instante de procurar una sentencia favorable.

## Capítulo tres

### Casuística

#### 3.1 Análisis de casos

Por medio de la investigación jurídica se logra fundamentar contrastar y verificar el contenido de la problemática identificada en la fase de planeación. El estudio científico del derecho requiere de la interpretación hermenéutica de la norma legal expresa, aunado al estudio de la realidad objetiva expresada en el estudio casuístico expuesto en resoluciones, sentencias y fallos jurisprudenciales. Al respecto, el prolífico procesalista italiano Carnelutti Francesco (como se citó en Vaca, Cesar, 2016) "el peligro de enseñar conceptos sin proporcionar juntamente, y aún por adelantado, la imagen de los fenómenos sobre los cuales los conceptos son contruidos" y "el remedio no es otro que la reencarnación de los conceptos con las imágenes sacadas de la observación de la realidad". (p. 64) El derecho es un producto histórico-cultural de naturaleza subjetiva, compleja, dinámica y mutable, con un marcado trasfondo filosófico y moral.

En concordancia con ello, la investigación de las ciencias jurídicas apoyándose en el análisis casuístico, alude a un análisis de distintos casos específicos para posteriormente formular conclusiones a partir de premisas extraídas de casos particulares.

### Exposición de casos

Primer caso	
Tema:	Diligencia Preparatoria: Archivo
Materia:	Civil
Legislación:	Código orgánico general de procesos.
Trámite:	Art. 123 del Código orgánico general de procesos
Asunto:	Exhibición de documentos
Número de proceso:	11333-2019-00004G
Dependencia jurisdiccional:	Unidad judicial civil con sede en el cantón Loja, provincia de Loja

#### Análisis casuístico

##### Completar

En la presente causa se dispone que el actor aclare y complete la pretensión deducida en el término de tres días conforme lo disponen los numerales 2, 4, 5, 6, 9, 11 y 13 del artículo 142; y, lo previsto en los artículos 120, 121 y 122, numerales 1 y 2; numeral 3 del artículo 143 del Código Orgánico General de Procesos; indicando de forma clara y precisa las disposiciones antes invocadas, las razones por las cuales se solicita la diligencia preparatoria; así como, señalar el objeto y la finalidad concreta del acto solicitado.

##### Archivo de la pretensión

Al no haberse aclarado, ni completado la pretensión, de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 146 del Código General de Procesos, el juzgador dispone el archivo de la demanda y la devolución de los documentos anexados, considerando que el accionante no indica de forma clara y precisa la pretensión que se exige, tomando en consideración lo previsto en los artículos 120, 121 y 122, en relación con el 209 del Código Orgánico General de Procesos; requisitos indispensables para que la demanda pueda ser admitida al procedimiento que le corresponde.

<b>Segundo caso</b>	
Tema:	Diligencia preparatoria
Materia:	Civil
Legislación:	Código orgánico general de procesos
Trámite:	Art. 123 del Código orgánico general de procesos
Asunto:	Exhibición de documentos
Número de proceso:	11333-2019-00005G
Dependencia jurisdiccional:	Unidad judicial civil con sede en el cantón Loja, Provincia de Loja

### **Análisis casuístico**

#### **Inadmisión de la pretensión**

El artículo 120 del Código Orgánico General de Procesos determina que las diligencias preparatorias se efectuarán con la finalidad de: "1. Determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso. 2. Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse". Las condiciones expresas en el artículo 120 del Código Orgánico General de Procesos a criterio del administrador de justicia no se encuentran presentes en la pretensión analizada, se considera que el accionante solicita se remitan oficios a entidades públicas que servirán para determinar el domicilio o declarar bajo juramento el desconocimiento de domicilio del demandado, pretendiendo que estas actuaciones sirvan en lo posterior para demostrar que se realizaron todas las averiguaciones posibles en un proceso concursal de insolvencia.

Bajo las circunstancias referidas, el juzgador consideró que al no estar la diligencia enmarcada en el artículo 120 y 121 del Código Orgánico General de Procesos, la práctica de la diligencia debe ser rechazada.

<b>Tercer caso</b>	
Tema:	Diligencia preparatoria: inspección judicial
Materia:	Civil
Legislación:	Código orgánico general de procesos
Trámite:	Art. 123 del Código orgánico general de procesos
Asunto:	Inspección preparatoria
Número de proceso:	12309201700322G
Dependencia jurisdiccional:	Unidad judicial civil con sede en el cantón Loja, provincia de Loja

### **Análisis casuístico**

#### **aceptación a trámite**

La pretensión deducida por el accionante, en la que solicita la práctica de la experticia de inspección judicial de bien inmueble, es aceptada por cumplir los requisitos contemplados en el artículo 121 del Código Orgánico General de Procesos, para lo cual se ordena la citación a los herederos conocidos de forma personal o por boleta, y a los herederos desconocidos por medio de uno de los medios de comunicación : “A las y los herederos conocidos se citará personalmente o por boleta. A las o los herederos desconocidos se citará a través de uno de los medios de comunicación, en la forma prevista en este Código”. (Código Orgánico General de Procesos, 2019, Art. 58)

#### **Cumplimiento de la diligencia**

En el día y hora señalado se efectúa la diligencia de inspección judicial, a la que acuden las partes procesales, el perito legalmente nombrado y posesionado, y demás actuarios de la Unidad Judicial.

El juez declaró instalada legalmente la diligencia, concediendo el uso de la palabra a las partes. El objeto de la diligencia consistió en que el perito realice la constatación y medición de linderos y cabida del lote por el cual se solicitó la diligencia preparatoria.

La práctica de la diligencia en mención se ajusta a lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos : “La inspección preparatoria si la cosa puede alterarse o perderse”. (Art. 122 numeral 6)

La inspección judicial es una de las diligencias preliminares más recurrentes en la práctica procesal, la autoridad judicial efectúa el reconocimiento del lugar, circunstancia o hecho, con la finalidad de observar directamente los hallazgos y vestigios necesarios para acreditar su pertinencia, legalidad y objetividad en la etapa probatoria.

La prueba material por su naturaleza tiende a desaparecer o alterarse en un corto plazo, considerando su importancia el accionante solicita la práctica de la diligencia preparatoria para verificar la cosa objeto de la diligencia.

<b>Cuarto caso</b>	
Tema:	Diligencia preparatoria
Materia:	Civil
Legislación:	Código orgánico general de procesos
Trámite:	Art. 123 del Código orgánico general de procesos
Asunto:	Examen grafológico
Número de proceso:	11333201800008G
Dependencia jurisdiccional:	Unidad judicial civil con sede en el cantón Loja, provincia de Loja

### **Análisis casuístico**

#### **Inadmisión de la pretensión**

El accionante solicita la práctica de inspección judicial y examen grafológico para cotejar la firma y rúbrica de la parte accionada que se encuentra estampada en compulsas de escritura pública, con el fin de aparejarla a una pretensión de nulidad.

El peticionario fundamenta su petición en el Código Orgánico General de Procesos, específicamente en cuando a su admisibilidad: “1. Determinar o completar la legitimación

activa o pasiva de las partes en el futuro proceso 2. Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse..." (Art. 120). No obstante, el juzgador inadmite la práctica de la diligencia de inspección judicial y pericia, por considerar que no cumple con uno de los requisitos determinados en el artículo 120 del Código Orgánico General de Procesos, es decir, que el objeto de esta diligencia no es para determinar o completar la legitimación activa o pasiva, en el libelo de la petición se establecen actores y demandados; tampoco está determinada para practicar prueba urgente que pueda perderse, el juzgador considera que lo que el actor pretende con esta diligencia es practicar prueba preprocesal para demandar un juicio posterior.

En cuanto al objeto del acto solicitado, es indispensable que el accionante exponga claramente el tipo de diligencia que requiere, en el presente caso se solicita la práctica de una inspección judicial la cual no se encuentra contemplada en el ordenamiento jurídico vigente como diligencia preparatoria.

La inspección judicial, requiere como solemnidad la presencia del juzgador, para efectuar la apreciación directa y objetiva de lo que se examina, y la apertura para que las partes puedan alegar sus posiciones, exclusivamente como lo señala el artículo 228 del Código Orgánico General de Procesos. Por su parte, la diligencia preparatoria debe reunir la condición, que la cosa pueda alterarse o perderse.

Por lo expuesto, la diligencia preprocesal analizada es calificada como improcedente por no estar sujeta a lo que dispone el artículo 120 del Código General de Procesos.

<b>Quinto caso</b>	
Tema:	Diligencia preparatoria:
Materia:	Civil
Legislación:	Código orgánico general de procesos
Trámite:	Art. 123 del Código orgánico general de procesos
Asunto:	Exhibición de documentos
Número de proceso:	1333201800013G
Dependencia jurisdiccional:	Unidad judicial civil con sede en el cantón Loja, provincia de Loja

### **Análisis casuístico**

#### **Inadmisión de la pretensión**

El artículo 120 del Código Orgánico General de Procesos determina que las diligencias preparatorias se efectuarán con la finalidad de: "1. Determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso. 2. Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse".

Las condiciones expresas en el artículo 120 del Código Orgánico General de Procesos a criterio del juzgador no han sido consideradas, teniendo en cuenta que el accionante solicita que se ordene la exhibición y entrega de los siguientes documentos por parte del accionado: libro de actas, libro de contabilidad, documentos de ingreso y reingreso de socios, letras de cambio de los socios, libro y documentos de descuentos de los socios y otros, para iniciar las acciones previstas en el Código Orgánico General de Procesos, esto es obligaciones de hacer, respecto a la ejecución: "En la obligación de hacer si la o el acreedor pide que se cumpla y ello es posible, la o el juzgador señalará el término dentro del cual la o el deudor deberá hacerlo, bajo prevención que de no acatar tal orden, la obligación se cumplirá a través de una o un tercero designado por la o el acreedor, a costa de la o del ejecutado, si así lo ha pedido." (Art. 368)

La diligencia preprocesal analizada es calificada como improcedente por no estar sujeta a lo que dispone el artículo 120 del Código General de Procesos.

<b>Sexto caso</b>	
Tema:	Diligencia preparatoria:
Materia:	Civil
Legislación:	Código orgánico general de procesos
Trámite:	art. 123 del Código orgánico general de procesos
Asunto:	Inspección Judicial
Número de proceso:	11333201800017G
Dependencia jurisdiccional:	Unidad judicial civil con sede en el cantón Loja, provincia de Loja

### **Análisis casuístico**

#### **Inadmisión de la pretensión**

El artículo 120 del Código Orgánico General de Procesos determina que las diligencias preparatorias se efectuarán con la finalidad de: "1. Determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso. 2. Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse".

El compareciente en su petición inicial solicita se practique inspección judicial al inmueble de propiedad de la demandada, a fin de verificar las obras realizadas con motivo del contrato de construcción de obra efectuado y obras adicionales. Al respecto, el juzgador advierte que el objeto de la inspección solicitada por el compareciente no tiene por finalidad alguna completar la legitimación activa o pasiva de las partes o anticipar la práctica de la prueba urgente que pudiera perderse.

En razón de la competencia, el juez de la causa argumenta que el actor no ha precisado si pretende hacer valer en juicio la diligencia deducida, puesto que no ha precisado que tipo de acción ejercerá de conformidad a lo dispuesto en el Código Orgánico General de

Procesos: “La o el juzgador que conozca la diligencia preparatoria será también competente para conocer la demanda principal”. (Art. 120 numeral 2), por lo expuesto, es obligatoriedad señalar la finalidad y la acción que se pretende presentar: “La parte que solicite diligencia preparatoria señalará los nombres, apellidos y domicilio de la persona contra quien promoverá el proceso, el objeto del mismo y la finalidad concreta del acto solicitado” (Código Orgánico General, 2019, Art. 120 inciso primero).

Por lo expuesto, el administrador de justicia dispone que, al no cumplir la diligencia preparatoria con los presupuestos legales para su procedencia, en aplicación del inciso segundo del artículo 120 del Código Orgánico General de Procesos se rechaza su admisibilidad.

<b>Séptimo caso</b>	
Tema:	Diligencia preparatoria:
Materia:	Civil
Legislación:	Código orgánico general de procesos
Trámite:	Art. 123 del Código orgánico general de procesos
Asunto:	Inspección judicial
Número de proceso:	11333201800019G
Dependencia jurisdiccional:	Unidad judicial civil con sede en el cantón Loja, provincia de Loja

### **Análisis casuístico**

#### **Inadmisión de la pretensión**

En el presente proceso el accionante solicita una diligencia preparatoria de conformidad a lo establecido en los artículos 120 y 122 numeral 6 del Código Orgánico General de Procesos, y artículo 228 del Código Orgánico de la Función Judicial.

El actor manifiesta que como diligencia preparatoria y con la finalidad de plantear un proceso ordinario por incumplimiento de contrato civil, requiere la práctica de una inspección

judicial en donde se avalúe los trabajos realizados en su propiedad, incluyendo un informe sobre el estado actual de la obra y el porcentaje de construcción avanzado de acuerdo al plano aprobado, y el presupuesto utilizado en su realización.

Las diligencias preparatorias son aquellas que se realizan para anticipar prueba, sin embargo, de aquello para su admisión a trámite deben cumplir ciertos requerimientos, que podemos traducirlo en el objeto y la finalidad. En cuanto a la finalidad, nos circunscribe el Código Orgánico General de Procesos: “1. Determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso; 2. Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse”. (Art. 120)

En la solicitud para la práctica de una diligencia previa debe estar claramente identificado su objeto y finalidad, sin lo cual no procede aceptarse su admisibilidad. En la presente pretensión, la fundamentación de derecho efectuada no justifica en forma alguna su objeto en cuanto a la obligatoriedad de determinar la legitimación activa o pasiva del demandado, o su finalidad en cuanto a la necesidad urgente de anticipar la prueba, en vista de que se va a perder.

El administrador de justicia considera que, al tratarse de un bien inmueble, este no es propenso a desaparecer, por lo tanto, jurídicamente no se podría justificar la urgencia de la inspección solicitada, más aún cuando el objeto de la inspección está al alcance de la peticionaria.

Por lo expuesto, al no cumplir la diligencia preparatoria con los presupuestos legales para su procedencia, en aplicación del inciso segundo del citado artículo 121 del Código General de Procesos se rechaza su admisibilidad.

<b>Octavo caso</b>	
Tema:	Diligencia preparatoria:
Materia:	Civil
Legislación:	Código orgánico general de procesos
Trámite:	Art. 123 del Código orgánico general de procesos
Asunto:	Inspección judicial
Número de proceso:	11333201800024G
Dependencia jurisdiccional:	Unidad judicial civil con sede en el cantón Loja, provincia de Loja

### **Análisis casuístico**

#### **Inadmisión de la pretensión**

El actor solicita la práctica de una diligencia preparatoria de inspección judicial, de conformidad a lo que establece el artículo 120 y 122 numeral 6 del Código Orgánico General de Procesos, artículo 18 numeral 2 y 66 numeral 23 de la Constitución de la República del Ecuador; artículos 1; 2; y 4 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. El accionante argumenta que como diligencia preparatoria y con la finalidad de que se designe un perito adscrito a la unidad judicial, se efectúe una diligencia de inspección judicial a un predio de su propiedad, para que emita un informe pormenorizado del estado del bien inmueble que se encuentra en construcción bajo la dirección técnica de los demandados, haciendo constar lo siguiente: los trabajos realizados en la edificación; los materiales empleados en la misma; estado actual, posición y ubicación de las columnas y paredes; e informar si es factible proseguir con la construcción del edificio considerando el estado en que se encuentra, o en su defecto señalar si es conveniente proceder a derribar las columnas y paredes que al momento se encuentran construidas.

Al respecto el administrador de justicia considera que las diligencias preparatorias son aquellas que se realizan para anticipar la prueba, sin embargo, de aquello para su admisión

a trámite deben cumplir ciertos requerimientos prescritos en el Código Orgánico General de Procesos: “1. Determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso; 2. Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse”. (Art. 120) es decir el actor debe señalar claramente que tipo de diligencia se requiere como objeto y cuál es la finalidad.

El accionante en su solicitud inicial no justifica en forma alguna la finalidad, es decir para determinar la legitimación activa o pasiva del demandado, o la necesidad urgente de anticipar prueba, en vista de que se va a perder. La diligencia preparatoria solicitada por el actor es conducente a examinar un bien inmueble que por sus características no desaparecerá, por lo que en derecho no se ha logrado justificar la urgencia de la inspección, más aún cuando el inmueble en mención está al alcance de la peticionaria.

Por lo manifestado, al no cumplir la diligencia preparatoria con los presupuestos legales para su procedencia, en aplicación del inciso segundo del citado Art. 121 del Código General de Procesos se rechaza su admisibilidad.

## Capítulo cuatro

### 4. Conclusiones, recomendaciones y propuesta jurídica

#### Conclusiones

Una vez concluida la presente investigación, procedo a formular las conclusiones más relevantes en torno a la problemática expuesta de conformidad a los resultados obtenidos.

##### **Primera:**

La legislación ecuatoriana concibe a las diligencias preparatorias como un medio probatorio que debe ser reconocido o comprobado posteriormente en la litis, comprende un conjunto de actividades procesales dirigidas a asegurar un medio probatorio eficaz, su requerimiento deriva exclusivamente de las partes dentro un sistema judicial que acoge a la oralidad como fundamento procedimental.

##### **Segunda:**

La particularidad de las diligencias preparatorias es anteceder al proceso judicial, con el objeto de obtener los medios probatorios suficientes para fundamentar la pretensión que el accionante posteriormente deducirá, se debe enfatizar que los actos preparatorios solicitados y actuados no constituyen calidad de cosa juzgada, únicamente anteceden a la sustanciación de un proceso judicial, no implica la existencia de contienda o litis únicamente comprobación, inspección o exhibición.

##### **Tercera:**

Las diligencias preparatorias sustanciadas en órgano jurisdiccional competente, recogen un elevado porcentaje de inadmisibilidad por parte de los administradores de justicia, que bajo su apercibimiento judicial no cumplen con lo circunscrito en el artículo 120 numeral 1 y 2 del Código Orgánico General de Procesos, afectando de esta al principio de seguridad jurídica, y a la tutela efectiva de derechos de la parte accionante.

##### **Cuarta:**

La norma legal contenida en el artículo 122 del Código Orgánico General de Procesos, realiza una clasificación taxativa de las diligencias preparatorias que el accionado puede recurrir,

limitando de esta forma el derecho a la defensa en consideración de que los administradores de justicia inadmiten la práctica de las diligencias por no estar enmarcadas al tenor literal del artículo 122 ibidem.

**Quinta:**

Es necesario que se incorpore un numeral al artículo 120 del Código Orgánico General de Procesos, que permita solicitar al órgano jurisdiccional la práctica de diligencias preparatorias con la finalidad de recabar información contenida en documentos y/o instrumentos públicos o privados de carácter personal o de terceros, que contienen información necesaria de notable utilidad para las pretensiones del requirente al momento de deducir la acción litigiosa.

## Recomendaciones

En concordancia a los resultados obtenidos en la presente investigación, formuló las siguientes recomendaciones.

### **Primera:**

Que la solicitud y práctica de las diligencias preparatorias que se encuentran reguladas en el artículo 120 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos, se adecue y adapte a los preceptos y declaraciones constitucionales garantista de derechos, en el que se concibe al principio constitucional de seguridad jurídica, y tutela efectiva de derechos como pilares fundamentales de un Estado constitucionalista.

### **Segunda:**

Que la solicitud y práctica de las diligencias preparatorias se adecue al texto declarativo constitucional, en cuanto al acceso a la información pública cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna.

### **Tercera:**

Que los organismos jurisdiccionales al instante de admitir la sustanciación de una diligencia preparatoria eviten la vulneración del derecho a la defensa del accionante, considerando que es un pedido realizado ante el juez para que autorice su cumplimiento con el propósito de usar lo actuado posteriormente en una litis que será deducida por el actor.

### **Cuarta:**

Que los administradores de justicia motiven suficientemente la providencia de inadmisión de la práctica de las diligencias preparatorias solicitada por el accionante, en concordancia con el texto declarativo constitucional del artículo 76 numeral 7 literal I.

### **Quinta:**

Que la Asamblea Nacional impulse reformas jurídicas al Código Orgánico General de Procesos, respecto de que se permita solicitar al órgano jurisdiccional la práctica de diligencias preparatorias, con la finalidad de recabar información contenida en documentos y/o instrumentos públicos o privados de carácter personal o de terceros.

**Propuesta jurídica**  
**Propuesta de reforma al Código General de Procesos**

**Considerando:**

- Que,** el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador, consagra el principio de que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución;
- Que,** el artículo 91 de la Constitución de la República del Ecuador consagra el derecho al acceso a la información pública.
- Que,** el artículo 76 numeral 7 literal C) de la Constitución de la República del Ecuador, consagra el debido proceso como derecho de las partes a la defensa que incluye en ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, por lo que es imperativo modificar las reglas que regulan la admisión de las diligencias preparatorias.
- Que,** el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal
- Que,** es necesario armonizar el sistema procesal actual con las normas constitucionales vigentes, para garantizar el debido proceso, mediante la aplicación del principio a la seguridad jurídica;
- Que,** es necesario armonizar el sistema procesal actual con las normas constitucionales vigentes, para garantizar el debido proceso, mediante la aplicación del principio a la seguridad jurídica;
- Que,** con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, se ha observado falencias y vacíos legales en cuanto a la sustanciación de las diligencias preparatorias prescritas en el artículo 120 del Código Orgánico General de Procesos.

En uso de las facultades conferidas por el artículo 120, numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador, acuerda expedir la siguiente:

### **Ley orgánica reformativa al Código Orgánico General de Procesos**

Art. 1 Agregase al final del artículo 120 un numeral con el siguiente texto:

**“Obtener de carácter personal o de terceros, de documentos y/o instrumentos públicos o privados que contengan información necesaria para el accionante, con la finalidad de deducir su acción e incorporar los datos recabados como elementos probatorios en la litis”.**

**Disposición general.-** Quedan derogadas expresamente todas las disposiciones que se opongan a la presente ley.

**Disposición transitoria.-** La presente ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los diecinueve días del mes de agosto de dos mil veinte.

## Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Anne, P. (15 de Octubre de 2017). *Los méritos del constitucionalismo global*. *Revista Derecho del Estado*. 10.18601/01229893.n40.01
- Arrázola Jaramillo, F. (23 de Septiembre de 2013). El concepto de la seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho. *Revista de Derecho Público*(32), 27. <https://bit.ly/3IXRINO>
- Arroyo, L. (2002). *Las garantías individuales y el rol de protección constitucional*. Arroyo S.A.
- Barrueta Quesada, D. M. (19 de Enero de 2019). *La seguridad jurídica una proyección general*. <https://bit.ly/3bvVnZ1>
- Cabanellas Torres, G. (2003). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (28ava ed.). Editorial Heliasta.
- Casación, Juicio No. 134-2008 ex 1ª. Sala (Sala de lo Civil y Mercantil 13 de julio de 2012). <https://bit.ly/3ISQvlz>
- Código Orgánico General de Procesos. (2019). Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). *Pacto de San José de Costa Rica o CADH*. <https://bit.ly/3jPrIT4>
- Cristina, S. E. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos.
- Cueva, C. L. (1993). *La casación en materia civil*. Edit. Ecuador.
- Echandia, H. D. (2017). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Temis S.A.
- Enciclopedia Jurídica. (2020). *Diligencias preparatorias*. <https://bit.ly/3jWrhRt>

- García Falconí, J. C. (2014). *Análisis jurídico teórico-práctico del Código Orgánico Integral Penal*. Graficorp.
- García Pelayo, M. (1950). *Revista de Estudios Políticos*. Manuales de la Revista de Occidente. <https://bit.ly/2EZxzkk>
- George Antoniu, C. (2011). *Diccionario de derecho penal y de procedimiento penal*. Ed. Hamangiu.
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos*. (1948). <https://bit.ly/2QXOSER>
- Osorio, M. y. (2018). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Heliasta.
- Oyarte, R. (2016). *Debido Proceso*. Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Perez Luño, A. E. (2000). La seguridad jurídica: *Una garantía del derecho y la justicia*. *Boletín de la Facultad de Derecho*, 14. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-2000-15-48A09575/PDF>
- Radbruch, G. (1993). *Filosofía del Derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Ricci, J. V. (2012). *La Defensa Penal*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Rincón Salcedo, J. G. (2011). *De la discrecionalidad, la estabilidad jurídica y la eficiencia en la gestión de los recursos humanos*. Pontificia Uni-versidad Javeriana.
- Sánchez, J.-M. S. (2001). *La Expansión del Derecho Penal Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales Revisada y Ampliada* (Segunda ed.). Civitas Ediciones, España, S. L.
- Sentencia, 516-2013-SP (Sala de lo Penal de la Corte de Justicia de el Oro 27 de Agosto de 2013).
- Vaca Sánchez, C. (1991). Casuística y Jurisprudencia. *Revista Jurídica*. <https://bit.ly/3lXyPFf>
- ZAmbrano Pasquel, A. (2005). *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*. Corporación de Estudios y Publicaciones .
- Zavala Egas, J. (14 de Enero de 2015). *Vlex Ecuador Información Jurídica Inteligente*. Teoría de la Seguridad Jurídica: <https://vlex.ec/vid/seguridad-jura-487615358>