



Universidad del Azuay
Facultad de Ciencias Jurídicas
Carrera de Derecho

**Diligencias Preparatorias: Involución actual de
sus efectos normativos en relación al Código de
Procedimiento Civil**

Autora:

León Jara María José

Director:

Dr. Piedra Andrade Xavier Olmedo

Cuenca – Ecuador

2024

DEDICATORIA

A Dios, sin Él nada de esto hubiera sido posible.

A mis pas, Jhonn y María José; quienes nunca me dieron la idea de que no podía hacer lo que quisiera. Soy el resultado de su constante esfuerzo y amor incondicional, les debo completamente todo lo que soy.

A mis hermanos, Paula, Gerardo y Antonella, que a pesar de la distancia me han apoyado, siempre impulsándome a salir adelante y a llegar más allá, les llevo conmigo siempre en mi corazón.

A mis pequeños sobrinos Isa y Gerar que, siendo tan pequeños y sin saber, me han sacado de los lugares más oscuros mostrándome su luz y amor incondicional de la manera más genuina.

A mi última inspiración y pilares gemelos en los que construí este sueño durante muchos años, Susana y Luz Esther, a quienes siempre admiré; mis tías queridas que siempre me apoyaron y motivaron durante tantos años; hoy oficialmente puedo llamarlas colegas.

*A la María José chiquita que vive en mi corazón, que le tenía miedo al futuro y a la incertidumbre, recuerda siempre: **podemos hacer cosas difíciles.***

AGRADECIMIENTOS

A mi abuelo César, mi guapo, mi abuela Lucía, mi negra, mi abilos Santiago y Mery; que han sido los más grandes cimientos en los que pude asentar este sueño, estoy completamente agradecida por el significativo apoyo que ha venido de ustedes.

A mis cuñados Karen y Antonio, mis hermanos de corazón, que siempre han sido apoyo cuando lo necesito, por siempre estar ahí.

A mis compañeros, amigos y cada una de las personas que han formado parte de esta etapa de mi vida, de las que he aprendido, las que me apoyaron y buscaron apoyo en mí, por su amistad y apoyo incondicional.

Al estimado Doctor Olmedo Piedra Andrade, mi profesor desde primer semestre, por desafiarme a ir más allá de mis conocimientos y enseñarme a ser exigente, por haber creído en mí y apoyarme en cada etapa de este trabajo de titulación.

A todos los profesores que más que estudiante, me vieron como ser humano, y con pasión y dedicación me han enseñado más que teoría, me impulsaron siempre a pensar diferente, a romper paradigmas y han forjado en mí un criterio.

RESUMEN

Desde la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos en el año 2016, el cual remplazo al Código de Procedimiento Civil, se ha generado un conflicto jurídico en cuanto a la figura de las Diligencia Preparatorias y el alcance de los efectos jurídicos que están llamados a generar. Durante la investigación se llegó a identificar falencias y lagunas normativas que presenta la regulación vigente. Asimismo, mediante un estudio comparativo, se evidenció un retroceso en relación al alcance normativo del Código Orgánico General de Procesos, generando inseguridad jurídica al no regular efectos claros de su práctica, regulando la discrecionalidad del juzgador y limitando la práctica de esta figura a dos requisitos que, como consecuencia, genera la ineficacia de la aplicación actual de las Diligencias Preparatorias.

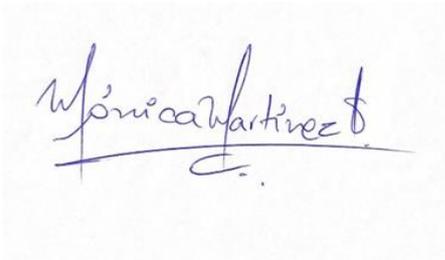
Palabras clave: diligencias preparatorias, involución normativa, inseguridad jurídica, discrecionalidad, efectos normativos.

ABSTRACT

The General Organic Code of Processes replaced the Civil Procedure Code in 2016. Since then, a legal conflict has been generated regarding the legal figure of the preparatory diligences and the scope of the legal effects that are called to generate. During the investigation, shortcomings and regulatory gaps in the current regulation were identified. A setback was evidenced through a comparative analysis in relation to the regulatory scope of the General Organic Code of Processes. It generates legal uncertainty by not regulating the clear effects of its practice. It regulates the discretion of the judges and limits the practice of this figure to two requirements, which, as a consequence, causes the ineffectiveness of the current application of the preparatory diligences.

Keywords: preparatory diligence, normative involution, legal uncertainty, discretion, legal effects

Approved by

A handwritten signature in blue ink that reads "Mónica Martínez Sojos" with a horizontal line underneath.

Lcda. Mónica Martínez Sojos, Mgt.

Cod. 29598

ÍNDICE

DEDICATORIA	I
AGRADECIMIENTOS	II
RESUMEN	III
ABSTRACT	IV
Introducción	VI
Capítulo I: Breve estudio de las Diligencias Preparatorias en la Legislación Ecuatoriana	1
1.1. Breve análisis de la normativa procesal en el Ecuador	1
1.2. Concepto de Diligencias Preparatorias	5
1.3. Breve estudio de las Diligencias Preparatorias	7
Capítulo II: Diligencias Preparatorias en el Código de Procedimiento Civil	15
2.1. Estudio de la regulación ya derogada de las Diligencias Preparatorias	15
2.2. Análisis pormenorizado de las Diligencias Preparatorias	15
Capítulo III: Diligencias Preparatorias en el Código Orgánico General de Procesos	30
3.1. Las Diligencias Preparatorias y su regulación normativa - procesal actual	30
3.2. Análisis de la falta de efectos en la regulación del Código Orgánico General de Procesos	34
Capítulo IV: Análisis comparativo: Regulación de las Diligencias Preparatorias en el Código de Procedimiento Civil y Código Orgánico General de Procesos	45
4.1. Perspectiva actual de la aplicación práctica de las Diligencias Preparatorias de acuerdo con los Criterios no Vinculantes de la Corte Nacional de Justicia	45
4.2. Análisis comparativo de la normativa sobre las Diligencias Preparatorias en el Código Orgánico General de Procesos y el Código de Procedimiento Civil	49
Conclusiones y recomendaciones	54
Bibliografía	58

Introducción

El Código Orgánico General de Procesos surgió en el 2016 como un proyecto normativo innovador, representando una significativa transformación en el sistema procesal ecuatoriano. Su objetivo principal era consolidar más de ochenta tipos de procedimientos existentes en tan solo cuatro vías procesales para todas las materias, con excepción de las áreas penal, constitucional y electoral, estableciendo la oralidad en las audiencias como una garantía de agilidad y transparencia, además de principios que buscan un cambio normativo como el de la inmediación, celeridad, buena fe procesal, lealtad y economía procesal. Esta consolidación de normas buscaba combatir la dispersión normativa que, en su momento, generaba inseguridad jurídica, con la finalidad de instaurar confianza en la administración de justicia y amparar los derechos de las partes procesales.

No obstante, tras un exhaustivo análisis llevado a cabo por diversos juristas, doctrinarios, profesionales y estudiosos del país, durante el tiempo en el que el Código Orgánico General de Procesos se encuentra vigente, se han identificado fallos, vacíos legales y contradicciones relevantes dentro del propio código y en relación con diferentes cuerpos legales, lo que desnaturalizaría su propósito original, amenazando con su impacto positivo. La presente investigación se adentrará en uno de los conflictos identificados en el Código Orgánico General de Procesos, el de la regulación de la figura jurídica de las Diligencias Preparatorias, explorando sus desafíos actuales y realizando un análisis comparativo con el antiguo Código de Procedimiento Civil, normativa que fue derogada con la entrada en vigencia del nuevo código.

La relevancia de este estudio se basa en la evidente ineficacia de la regulación actual de las Diligencias Preparatorias en el Código Orgánico General de Procesos, a pesar de ser un cuerpo normativo conocido por su innovación. Además, se abordará la propuesta del nuevo sistema procesal propuesto que, ha dejado sin consecuencias jurídicas a las Diligencias Preparatorias tal como se encuentran legisladas, de manera que se han convertido en obsoletas, que generan escasos o nulos efectos en comparación a la regulación que se encontraba en su antecedente inmediato, el Código de Procedimiento Civil. En suma, este trabajo de investigación busca contribuir al entendimiento del Código Orgánico General de Procesos mediante un análisis comparativo integral, explorando las diversas implicaciones del tema, tanto errores como aciertos, además de proporcionar orientación para investigaciones futuras.

Capítulo I: Breve estudio de las Diligencias Preparatorias en la Legislación Ecuatoriana

1.1. Breve análisis de la normativa procesal en el Ecuador

Según lo que establece Mejía (2017) citado por Granda (2019) inicialmente, posterior a la independencia del Ecuador, se experimentó un proceso largo de elaboración de normas legales, así como la construcción de un sistema de instituciones estatales que se desarrolló desde 1830. Entre estas se encontraban normas procesales que establecían las directrices de cómo las personas tendrían la posibilidad de acudir a las instituciones estatales que se encontraban encargadas de la administración de justicia (p. 76).

Se han implementado un total de siete normativas en el ámbito del procesal civil desde el comienzo de la codificación de las regulaciones en el Ecuador, en orden cronológico han sido:

- Ley del Procedimiento Civil (1831) promulgado durante la presidencia de Juan José Flores,
- Ley Procesal Civil (1835) promulgado durante la presidencia de Vicente Rocafuerte,
- Ley del Procedimiento Civil (1848) promulgado durante la presidencia de Vicente Ramón Roca,
- Ley de Procedimiento Civil (1863) promulgado durante la presidencia de Gabriel García Moreno,
- Código de Enjuiciamiento en Materia Civil (1871) promulgado durante la presidencia de Antonio Flores Jijón
- Código de Procedimiento Civil (1938) promulgado durante la presidencia de Alberto Enríquez Gallo
- Código Orgánico General de Procesos (2015) promulgado durante la presidencia de Rafael Correa, código que se mantiene vigente hasta la actualidad.

Es necesario mencionar que, a pesar de la amplia cantidad de normativa en materia procesal civil, no se ha logrado modificar ni derogar definitivamente a la normativa

anterior, puesto que se han conservado durante el tiempo aquellas definiciones incorrectas y falta de precisión en los procedimientos (Granda, 2019).

Cabe destacar que, el Código de Enjuiciamiento en Materia Civil del año 1871, es considerado por la historia ecuatoriana legislativa como el primer código de procedimiento en materia civil, se encontraba dividido en dos secciones: la primera regulaba la parte general; mientras que la segunda los juicios y procedimientos, este cuerpo legal estuvo en vigencia hasta el año 1938, cuando entra en vigencia el Código de Procedimiento Civil, que ha sido la codificación que más tiempo se ha encontrado en vigencia, antes de ser derogado y reemplazado por el Código Orgánico General de Procesos en mayo de 2015, mismo que entró en vigencia con la publicación del Registro Oficial en su suplemento 506. Este código ha introducido un sistema oral basado en audiencias; regido bajo los principios de intermediación, celeridad, oportunidad, dispositivo, contradicción, publicidad y transparencia, unificando en un solo marco legal todas las vías procesales, excepto en materia constitucional, electoral y penal. Esta transformación reduce la cantidad de aproximadamente ochenta tipos de procesos a cuatro: ordinario, sumario, ejecutivo y monitoreo. Adicionalmente, se han implementado nuevas tecnologías en el sistema judicial, particularmente para llevar a cabo audiencias, citaciones y notificaciones de manera más eficiente (Lucero, 2019).

Aun cuando se cree que el Código Orgánico General de Procesos es un cuerpo legal innovador, debido a que ha dejado atrás el modelo procesal escriturario histórico que se recogía en el país, y además de haber unificado en su totalidad la normativa en cuanto a actividad procesal relativa a todas las materias, a excepción de constitucional, electoral y penal, proponiendo un sistema mixto y la oralidad en audiencias, atribuyendo la dirección del proceso principalmente al juez, con principios rectores del proceso la seguridad jurídica, intermediación, dispositivo, y la celeridad; sin embargo, es preciso advertir que este cuerpo legal incurre en el craso error de omitir definiciones fundamentales, como el de la jurisdicción y la competencia, que fueron recogidas en otros cuerpos normativos como lo es el Código Orgánico de la Función Judicial, forzando a que se tenga que remitir a otros cuerpos normativos para su estudio y aplicación.

En consecuencia, en el Ecuador, el Derecho Procesal se encarga de regular los distintos trámites que las personas pueden intentar ante el órgano jurisdiccional, con el fin de obtener una tutela judicial efectiva. Estos trámites pueden tener varias finalidades,

como reclamar derechos o exigir el cumplimiento de obligaciones. Esta rama del derecho guarda una estrecha relación con el sistema judicial, cuya responsabilidad es garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos, además, en situaciones en las que estos derechos se vean vulnerados, la normativa establece directrices que regulan los distintos trámites para su protección (Granda, 2019).

Para un mejor entendimiento, es preciso hacer mención de la definición que nos brinda Nisimblat (2005) como se citó en Guerrero (2012):

“El derecho procesal es, ante todo, una ciencia, que se ocupa de estudiar y establecer los procedimientos. El procedimiento es el sistema particular contenido en las leyes y en los códigos. El proceso, en cambio, es la actividad que surge de la pretensión o de la ley y que se sujeta a las leyes de procedimiento. Por ello, al estudiar los principios, debemos distinguir entre aquellos que se consideran rectores del proceso (actividad) o rectores del procedimiento (sistema)”

La herramienta proporcionada por el Estado ecuatoriano mediante el sistema judicial para conseguir una tutela judicial efectiva es el proceso judicial, mismo que puede ser puesto en marcha de distintas formas, estas son conocidas como Actos Introductorios o de Postulación y, según Centeno (2019) son aquellos responsables en dar inicio al proceso, estos son: la presentación de una demanda, el auto del juez que la acepta a trámite y la contestación a dicha demanda, sin embargo, aunque la demanda sea el acto introductorio más común, le podrán anteceder otros como son las diligencias preparatorias.

Bajo esta misma línea, históricamente es importante destacar que, en el Ecuador, durante la época en la que se encontraba en vigencia el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil (1871), las diligencias preparatorias se regulaban en el artículo 290, que rezaba:

“Todo juicio principia por demanda. Sin embargo, podrán preceder al juicio los siguientes actos preparatorios:

- 1. La absolución de posiciones;*
- 2. La exhibición de la cosa que en su caso haya de ser objeto de la acción que se trata de entablar*

3. *La exhibición y el reconocimiento de documentos;*
4. *La información sumaria o de nudo hecho, sólo en los juicios de alimentos, posesión efectiva, apertura de testamentos y en los demás casos que expresamente determina este Código”.*

En el artículo citado, se observa claramente una similitud a las diligencias preparatorias que se encontraban reguladas dentro del derogado Código de Procedimiento Civil (CPC, 1987), que en su artículo 64 establecía: *“Todo juicio principia por demanda; pero podrán preceder a ésta los siguientes actos preparatorios:*

1. *Confesión judicial;*
2. *Exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción;*
3. *Exhibición y reconocimiento de documentos;*
4. *Información sumaria o de nudo hecho, en los juicios de posesión efectiva, apertura de testamentos y en los demás expresamente determinados por ley; y,*
5. *Inspección judicial”.*

Se puede observar que se ha mantenido el criterio de que a un proceso le podrán anteceder actos preparatorios, incluso se puede encontrar este criterio hasta la actualidad en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP, 2016), que en su artículo 120 establece: *“Todo proceso podrá ser precedido de una diligencia preparatoria, a petición de parte y con la finalidad de (...)”.* Desde que se derogó al Código de Procedimiento existe un cambio notable en la regulación de esta figura, debido a que, el Código Orgánico General de Procesos en el artículo previamente citado regula únicamente las finalidades que se deben cumplir para solicitar la diligencia, más no enumera las diligencias que podían solicitarse en comparación de como lo regulaban los códigos posteriores, en el artículo posterior a este procede a regular la presentación y calificación de la diligencia que se va a solicitar, y a continuación, enumera las diligencias preparatorias que pueden solicitarse en un artículo distinto; por lo tanto, es evidente el cambio que ha existido entre los códigos que se encuentran ahora derogados y el Código Orgánico General de Procesos, empero mediante el presente trabajo se realizará un análisis de la evolución de la normativa hasta llegar al Código Orgánico General de Procesos con respecto a la legislación anterior, a fin de determinar los beneficios y/o inconvenientes que han tenido dichos cambios.

1.2. Concepto de Diligencias Preparatorias

Desafortunadamente dentro de la Legislación Ecuatoriana no se ha recogido un concepto determinado de Diligencias Preparatorias en las normas materia de análisis, sin embargo, el Código Orgánico General de Procesos (2016) establece en su artículo 120 “*Todo proceso podría ser precedido de una diligencia preparatoria, a petición de parte (...)*”, por otra parte el ahora derogado Código de Procedimiento Civil (1987) en su artículo 64 contemplaba a las diligencias preparatorias de la siguiente manera: “*Todo juicio principia por demanda; pero podrán preceder a ésta los siguientes actos preparatorios (...)*”; es menester mencionar que, según Gozaíni (2002), la forma más común de iniciar un proceso es proponiendo una demanda, como mandan los artículos de la normativa ecuatoriana previamente citados, incluso si el proceso fue iniciado previamente como en el caso de que hayan sido planteadas diligencias preparatorias con anterioridad.

Debido a la falta de un concepto claro y expreso de diligencias preparatorias que se encuentre recogido en la normativa ecuatoriana, para abordar esta figura jurídica es necesario tener en consideración conceptos que han sido recogidos por la doctrina. En este sentido, tenemos el concepto propuesto por Arroyo (2002) que establece:

“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” (pág. 263).

Doctrinariamente, también se les conoce a las diligencias preparatorias con el nombre de actos preparatorios, debido a que, como su nombre lo prevé, su función principal será la de acondicionar un proceso, incluso antes de que el mismo inicie en estricto sentido, de manera que, como Gozaíni (2002) reconoce, las diligencias preparatorias son actos previos a la demanda que puede ejercer la parte actora con el objetivo de proponer una demanda de manera precisa, de manera que la misma no presente errores, con el propósito de que se eviten vicios en la legitimación procesal; o para preservar las pruebas esenciales destinadas a respaldar la pretensión de la demanda

a proponer, para que se evite su eventual desaparición a medida que el proceso se desarrolla (pág. 175). En este sentido, según Hidalgo (2019) las diligencias preparatorias podrían llegar a ser una herramienta para obtener ventaja dentro del litigio o bien, para prever un futuro litigio, siendo un componente sorpresa en términos procesales, actuando como un mapa secuencial de los resultados esperados y una herramienta para alcanzarlos.

De estas definiciones propuestas por la doctrina se desprende el punto de vista de que las diligencias preparatorias son efectivamente aquellos actos que darán lugar a otro acto, pues estas serán efectivas una vez propuesta la demanda; por otra parte, se podría decir que estos actos en sí, no constituyen una controversia en estricto sentido, pues en teoría no existiría un legitimario pasivo que dé contestación a la misma, por lo que estos procedimientos serían sometidos a la jurisdicción voluntaria.

Así pues, y como se señaló en líneas anteriores, las diligencias preparatorias desempeñan un papel clave, preparando al proceso para que este pueda seguir su curso adecuadamente, es por ello que, la legislación ecuatoriana ha establecido dos funciones para esta figura jurídica en su artículo 120, para determinar o completar la legitimación activa o pasiva dentro del futuro proceso, o adelantar la práctica de prueba que pudiera llegar a perderse, aunque estas finalidades tienen el objeto de garantizar el flujo normal del futuro proceso o de preparar el mismo ante posibles percances.

Sin embargo, a menudo los jueces rechazan solicitudes de diligencias preparatorias, argumentando que no se ajustan a las diligencias que se encuentran enumeradas en el artículo 122 ni se asemejan a diligencias de naturaleza similar como manda el mencionado artículo “*además de otras de la misma naturaleza, podrán solicitarse como diligencias preparatorias: (...)*”. Este fragmento de esta disposición legal deja a discreción del juez la valoración de la solicitud sobre si esta encaja en estas categorías, lo que pone en quebranto el principio de seguridad jurídica, principio fundamental que rige a la justicia ecuatoriana, puesto que limita su solicitud, en caso de que el juez no considere que la solicitud se ajusta a estas, procede a negarla. Esta limitación del artículo restringe la posibilidad de solicitar diligencias preparatorias y su futuro desenlace, lo que resulta en una pérdida de tiempo y desgaste del aparataje jurídico, lo que actualmente representa uno de los principales obstáculos para solicitar la práctica de diligencias preparatorias.

1.3. Breve estudio de las Diligencias Preparatorias

García (2003) define a las diligencias preparatorias como aquellos actos previos que se solicitan ante el órgano jurisdiccional y tienen la finalidad de preparar un proceso incluso antes de que el mismo comience (como se citó en Granda, 2019); en este sentido, las diligencias preparatorias tienen una función importante, son una herramienta fundamental para la obtención de información necesaria para el desarrollo de un procedimiento posterior, también son un recurso fundamental para la recopilación de información esencial que será necesaria en el desarrollo de un futuro litigio, garantizar el resultado de un proceso principal o evitar un proceso innecesario (Rifa, González & Riaño, 2010).

En la actualidad, el Código Orgánico General de Procesos (2016) regula la figura jurídica de las diligencias preparatorias en su artículo 120 y posteriores, a diferencia del Código de Procedimiento Civil que regulaba las diligencias preparatorias de manera expresa, el actual código en su artículo 122 manda:

“Diligencias preparatorias. Además de otras de la misma naturaleza, podrá solicitarse como diligencias preparatorias:

- 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 el heredero, 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 tutor o curador para las o los incapaces que carezcan de guardador o en los casos de herencia yacente, bienes de la persona ausente y del deudor que se oculta.*
- 5. La apertura de cajas o casilleros de seguridad en las instituciones del sistema financiero.*

6. *La inspección preparatoria si la cosa puede alterarse o perderse.*
7. *La recepción de declaraciones testimoniales, en especial, las urgentes de las personas que por su avanzada edad o grave enfermedad se tema fundadamente que puedan fallecer o de quienes estén próximos a ausentarse del país en forma permanente o por un largo período de tiempo”*

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil (1987), regulaba esta figura jurídica concretamente en su artículo 64:

“Todo juicio principia por demanda; pero podrán preceder a ésta los siguientes actos preparatorios:

1. *Confesión judicial;*
2. *Exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción;*
3. *Exhibición y reconocimiento de documentos;*
4. *Información sumaria o de nudo hecho, en los juicios de posesión efectiva, apertura de testamentos y en los demás expresamente determinados por ley;*
y,
5. *Inspección judicial”*

Tanto el Código de Procedimiento Civil en su artículo 64 como el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 122 incurren en el error de establecer que todo juicio principia por una demanda, sin embargo, le podrán anteceder las diligencias preparatorias, cuando estas se solicitan o reclaman dentro de una demanda, por lo que mal podría decirse que preceden a una demanda cuando se contienen dentro de una.

Dentro de esta consideración, es relevante destacar que la actual regulación de las diligencias preparatorias pone en consideración de los actores solicitar otras diligencias diferentes a las señaladas expresamente dentro de la norma, siempre y cuando estas sean de la misma naturaleza, dando paso a la discrecionalidad del juez la valoración y análisis de la diligencia solicitada para establecer si efectivamente se trata de una diligencia que se encuentra inmersa dentro de una de las expresadas, esto presenta una diferencia de cómo se encontraban reguladas las diligencias preparatorias anteriormente en el Código de Procedimiento Civil, cuerpo normativo en el que no se daba paso a la discrecionalidad del juzgador pues las diligencias que podían ser solicitadas se encontraban expresamente enumeradas, además en este código se encontraban regulados claramente los efectos de

incumplimiento o falta de comparecencia de las partes, se establecen sanciones o constituían precedentes de mala fe en caso de no ejecutar lo solicitado.

Según Beltrán, Cortez de Ayala & Flores (2019), en el Derecho Romano, pueden identificarse varias etapas que podrían ser reconocidas como actos previos a la demanda o diligencias preparatorias, que, en aquel entonces, a más de evitar juicios innecesarios, tenían la finalidad de identificar de manera correcta al futuro demandado. Por esta razón, se realizaban una serie de interrogatorios para lograr determinar de manera correcta a la parte demandada, esta etapa era clave dentro del procedimiento Romano, ya que si no se lograba esta identificación no se daba inicio a la siguiente etapa en la que el juez conocía el asunto materia de controversia. Además, existían otro tipo de procedimientos previos, como, por ejemplo, obligar al demandado a presentar una exhibición de la cosa en litigio, bien sea de títulos, cosa mueble, documentos o cuentas, con la finalidad que el juez pueda verificar si realmente era necesario seguir con el proceso o si era posible que el conflicto sea resuelto por otros medios alternativos. En esta época, la finalidad era la de obtener una exhibición por parte del demandado, en este sentido, existían diligencias preparatorias llamadas *actio ad exhibendum*.

Es indudable que aquello que se persigue con las finalidades de la figura jurídica de las diligencias preparatorias se encuentra recogida en el artículo 122 del Código Orgánico General de Procesos del Ecuador tiene su origen en el Derecho Romano, cuando los actos previos o preparatorios a los procesos se concebían y solicitaban ante el juez para garantizar la correcta determinación del litigio, además de asegurar la efectividad de la justicia imponiendo al demandado la obligación de exhibir la cosa o documento objeto del futuro litigio, finalidades que se han mantenido por generaciones y que han sido recogidas en las diferentes legislaciones que han se han fundado con sus raíces en esta escuela de Derecho.

Dentro de este análisis epistemológico del Derecho Procesal, es menester hacer mención al Proceso Germánico, según Quintero y Prieto (1992) pues se trataba de un proceso más simple que el Romano, más primitivo, un proceso que se encontraba regido por las supersticiones de aquella época. Se desarrollaba de manera altamente formal, se tenía la creencia de que quien administraba justicia era la divinidad, razón por la cual también era un proceso bastante formal y de carácter público; al procedimiento en estricto sentido se consideraba como un rito en el cual no se buscaba un reconocimiento de

derechos, sino que se formulaban acusaciones por la violación a una norma o la comisión de una injuria. El juicio iniciaba con una ceremonia religiosa en la que se esperaba que la divinidad sea la que administre justicia, se desarrollaba en una asamblea popular, en la cual el demandante citaba al demandado y los testigos eran quienes se encargaban de juzgar y dictar una sentencia. El demandado tenía dos opciones dentro de esta audiencia: la primera era confesar y la sentencia se dictaba inmediatamente; por otra parte, podía negarse y debía practicar prueba de manera oral (p. 137-138).

Durante las invasiones Bárbaras en Italia se enfrentaron dos sistemas procesales diferentes: Romano y Germánico. Este dio lugar a un contraste significativo, pues el primero se caracterizaba por ser de carácter civilizado, donde el juez actuaba como un tercero imparcial superior a las partes; mientras que el segundo se caracterizaba por su primitivismo, en el cual no existía ninguna autoridad que administre justicia más que la divinidad, que cumplía con ese papel de juzgador dentro del proceso. No pasó mucho tiempo antes de que el sistema Romano prevaleciera sobre el Germánico, aunque con modificaciones y la incorporación de varios elementos Germánicos, a este nuevo sistema se le conoció como Proceso Común o Proceso Romano Canónico. Se mantuvieron aspectos romanos como el concepto de un juez imparcial, la finalidad de la prueba para establecer la verdad de los hechos alegados y la noción de que la sentencia tenía validez sólo entre las partes. Por otro lado, las características Germánicas que se incorporaron fueron: la naturaleza de las pruebas para convencer al juez, la necesidad de la declaración de parte y la división del proceso en distintas fases. De esta combinación de sistemas procesales surgió la creación del Derecho Procesal en Italia durante los siglos XII, XIII, XIV y XV que ha desempeñado un papel esencial en el desarrollo del Derecho Procesal moderno a nivel global (Rocco, 1983, p. 229-235).

En la historia del Derecho Procesal en América Latina, señala Enrique Véscovi (1984), es importante destacar que su independencia, que siguió a la Revolución Francesa, trajo consigo cambios significativos, pero, sobre todo, heredó el sistema que se encontraba vigente en España, siendo el Código de Enjuiciamiento Civil español la inspiración de varios códigos procesales latinoamericanos, en concordancia con lo que se implementó con las Siete Partidas de Alfonso X “El Sabio” ya que este sistema tuvo gran impacto para las “Leyes de Indias” (p. 39). En relación a la historia del Derecho Procesal en Ecuador, es importante recalcar que Vicente Rocafuerte, durante su mandato, criticó al sistema legal describiéndolo como decrepito en forma y contenido, argumentando la

necesidad de abandonar la legislación española y adoptar la normativa del Alto Perú. Según Troya Cevallos (1978) esta fue una referencia al Código de Procederes de Santa Cruz, del cual Couture admitió haber incorporado una parte sustancial en el Código de Procedimiento Civil de Uruguay de 1878.

En la historia del Derecho Procesal en Ecuador se puede apreciar un proceso de desarrollo que ha sido influenciado por diferentes factores, tales como el periodo colonial, seguido de la independencia. Además, presenta influencias tanto europeas, como por ejemplo la legislación Española, como influencias locales, como las legislaciones de Uruguay y Bolivia. Asimismo, las críticas al sistema legal español y el deseo de adaptar la normativa a las necesidades del pueblo ecuatoriano han sido motivos importantes detrás de las varias reformas que han existido dentro de esta materia.

Teniendo en cuenta estos antecedentes históricos del derecho procesal, es necesario realizar una comparación entre la legislación procesal civil Española, debido a que esta, a diferencia de la legislación Ecuatoriana, en la Ley de Enjuiciamiento Civil es bastante clara en cuanto a la regulación de las diligencias preparatorias, pues no da paso a duda e impide cualquier vacío legal en la interpretación de la figura puesto que la misma ley ofrece una definición de las diligencias preparatorias como aquellos actos propuestos por la parte demandantes anterior a una demanda que tienen la finalidad de obtener información relevante y/o facilitar la preparación de un proceso posterior (Beltrán, Cortez de Ayala & Flores; 2019), en consecuencia, y la similitud que existe entre estas dos legislaciones será la de delimitar el objeto y la legitimación activa o pasiva del futuro litigio.

Para el posterior análisis de las diligencias preparatorias, es fundamental estudiarlas por separado, de manera que facilite la comprensión del alcance de cada una de ellas. Siguiendo el orden establecido por el Código Orgánico General de Procesos (2016):

1. *Exhibición de cosa mueble que se pretende reivindicar o sobre la que se practicará secuestro o embargo; la del testamento (...) 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.*

A estas diligencia de exhibición se las conocía dentro del Derecho Romano como “actio ad exhibendum”. Dentro de la legislación española existe una gran discusión sobre la falta de mención a la cosa inmueble, situación que se repite dentro de nuestra legislación, en los numerales 1 y 2 del artículo 122, en los que únicamente se especifica que será la exhibición de cosa mueble, testamento, libros de comercio, entre otros documentos, títulos o instrumentos referentes a la cosa vendida, abriendo un debate similar dentro de nuestra legislación, ¿es necesario que la legislación especifique que se podrá hacer la exhibición de cosas inmuebles así como de cosas muebles? Con respecto al debate en cuestión, es importante destacar que la opinión que la doctrina judicial sostiene se centra en que el aspecto más relevante de la diligencia en cuestión no es su carácter formal, sino en su capacidad para garantizar la preparación adecuada del litigio, siempre y cuando se demuestre la necesidad de reconocer el inmueble para asegurar el resultado del futuro juicio (Castrillo, 2017).

3. El reconocimiento de un documento privado.

Se entiende por documento privado, según lo que manda el artículo 216 del Código Orgánico General de Procesos, a aquel que ha sido realizado por particulares sin la intervención o asistencia de un funcionario público. Bajo esta concepción, según lo que establece Lucero (2019), la importancia de esta diligencia preparatoria radica en que, mediante esta se constituirá el título ejecutivo sobre el cual se podrá plantear una futura demanda por vía ejecutiva. En suma, la correcta realización de la diligencia de reconocimiento de documentos privados requiere, en primer lugar, la verificación de la legitimidad de las firmas y rúbricas contenidas en el documento y, en segundo lugar, la verificación de que dicho reconocimiento se ha llevado a cabo en un ambiente libre de coacción, es decir, que se ha hecho de manera voluntaria.

4. El nombramiento de tutor o curador para las o los incapaces que carezcan de guardador o en los casos de herencia yacente, bienes de la persona ausente y de la o del deudor que se oculta.

La capacidad, según Cabanellas (2006) la capacidad es la aptitud que tiene una persona, ya sea directamente o a través de un representante, de ser sujeto en una relación jurídica, ya sea como tenedor de un derecho o facultad, o como obligado a una prestación o un deber. Bajo este criterio, el Código Civil establece en su artículo 1462 que toda persona es legalmente considerada capaz, excepto las que se encuentran establecidas en

la ley, y bajo este contexto existen dos tipos de incapaces según la norma citada en su artículo 1463 y estos son: (i) Incapaces absolutos: Dementes, impúberes y las personas sorda que no puedan darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas. (ii) Incapaces relativos: Menores adultos, interdictos, y personas jurídicas.

A partir de esta distinción, mediante esta diligencia preparatoria, la ley busca proteger y garantizar los derechos de las personas que se encuentran en incapacidad legal, ya que no están en posición de demandar sus derechos dentro de un proceso debido a su condición de edad, estado físico, mental o cualquier otra causa que impida ejercer sus derechos de manera óptima, de no ser así se encontrarían en una situación evidente de desventaja.

5. La apertura de cajas o casilleros de seguridad en las instituciones del sistema financiero.

Según lo que establece Lucero (2019) la finalidad de la revisión de cajas de seguridad y casilleros es, en general, determinar el contenido del mismo y con ello, aclarar la situación jurídica de los bienes legados a los herederos; este proceso se realiza con la presencia del juez, la persona que solicita la diligencia, el secretario quien será el que certifique el proceso, las personas interesadas y el representante del banco o cooperativa. Es posible decir que esta diligencia permite examinar con precisión y certeza la existencia y naturaleza de los bienes objeto del futuro litigio, como bien podría ser dentro de un juicio de herencia.

Sobre esta diligencia preparatoria, la Corte Nacional de Justicia emitió un criterio no vinculante el 31 de octubre de 2019 en el oficio número 853-P-CNJ-2019 se recoge una opinión subjetiva, la consulta se realizó en base a la aplicación de la diligencia preparatoria recogida en el numeral 5 del artículo 122 pues se considera que no sería aplicable ya que solo las personas que alquilan los casilleros de estas instituciones financieras sabrían el contenido de las mismas, puesto que la finalidad de los casilleros de seguridad es el resguardo y custodia de objetos de valor, pudiendo tratarse de valores, documentos y otros bienes; sin embargo, según este criterio se considera que en el marco de un proceso judicial, la práctica de esta diligencia preparatoria no se podría restringir o negar, pues la persona que solicita esta práctica presume la existencia de objetos de valor, documentos o bienes, además no se estaría tratando el conocimiento o no de los mismos sino la caracterización del interés en el que se apoya la diligencia debido a que pueden

ser objetos relevantes o necesarios como prueba en un proceso judicial, o bien podrían servir para efectos de inventario, en el caso de una sucesión por causa de muerte.

6. La inspección preparatoria si la cosa puede alterarse o perderse.

La práctica de esta diligencia preparatoria se relaciona de manera directa con el numeral dos del artículo 120 del Código Orgánico General de Procesos, cuando establece como una de las finalidades de las diligencias preparatorias el anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse. La finalidad de esta diligencia es que el juez que conoce la causa, sea el que perciba de manera directa un hecho, cosa o situación que pueda llegar a ser relevante dentro del futuro proceso, es por esto que no podrá realizarse mediante delegación pues de esta manera la diligencia se encontraría desnaturalizada. Según lo que establece Granda (2019) algunos autores plantean que la práctica de esta diligencia debería regirse bajo los mismos estándares que aplican a la prueba anticipada y no debería considerarse como diligencia preparatoria.

7. La recepción de declaraciones testimoniales, en especial, las urgentes de las personas que por su avanzada edad o grave enfermedad se tema fundadamente que puedan fallecer o de quienes estén próximos a ausentarse del país en forma permanente o por un largo período de tiempo.

Este último numeral del artículo 122 del Código Orgánico General de Procesos regula de manera clara la razón de la diligencia de recepción de declaraciones testimoniales únicamente en el caso de ser urgente y en los casos en los que existe una evidente necesidad de urgencia. Lucero (2019) menciona que a pesar de que la normativa en esta diligencia es clara y establece circunstancias específicas en las que se puede solicitar la diligencia de declaraciones testimoniales, algunos profesionales han intentado aprovechar esta disposición para lograr obtener de manera forzada una declaración de parte, sin embargo, estas solicitudes suelen ser rechazadas por los jueces, puesto que no cumplen con ninguna de las dos finalidades que establece el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 120, numerales 1 y 2.

Capítulo II: Diligencias Preparatorias en el Código de Procedimiento Civil

2.1. Estudio de la regulación ya derogada de las Diligencias Preparatorias

Las diligencias preparatorias se encontraban reguladas en el artículo 64 del derogado Código de Procedimiento Civil que establecía que antes de la presentación de una demanda, y por consiguiente de la iniciación de un juicio, podrán solicitarse actos preparatorios como es el caso de la confesión judicial, exhibición de la cosa objeto de la controversia así como de documentos o el reconocimiento de los mismos, el requerimiento de información sumaria o de nudo hecho, la apertura de testamentos y entre otros que se encuentran expresamente determinados por la ley y la inspección judicial.

Velasco Céleri en su obra Sistema de Práctica Procesal Civil Tomo I (1991) considera que no son cinco las diligencias preparatorias previstas en el artículo previamente citado, pues en el numeral tercero se recogen dos diligencias diferentes: el reconocimiento y la exhibición y estas dos diligencias tendrán un carácter, trámite y naturaleza distintos entre sí (pg. 29). También establece que la norma no limita ni agota las diligencias preparatorias que se encuentran previstas en otros códigos, lo que demanda recurrir a los diferentes cuerpos legales vigentes y aplicables a cada caso, ya que algunas pueden estar reguladas por una ley en particular, como es el caso de las diligencias recogidas en el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley de Inquilinato y la Ley del Ministerio Público, cuerpos normativos que regulan diligencias que se deben realizar previo a un proceso para que exista un correcto desarrollo y composición del mismo.

2.2. Análisis pormenorizado de las Diligencias Preparatorias

Dentro de la presente investigación es necesario realizar un análisis en profundidad de las diligencias preparatorias de la forma en la que estas se encontraban recogidas en el Código de Procedimiento Civil, de esta manera y siguiendo el artículo 68:

1. *Confesión judicial*: Sobre la Confesión Judicial, el catedrático Devis Echandía (1984) consideraba que es aquella diligencia que pueden rendirla tanto terceras personas como las partes procesales; sin embargo, la doctrina se diferencia en este concepto pues se considera que el testimonio es la declaración que realiza una tercera persona externa al

proceso sobre un hecho o cuestión que no lo afecta directamente y por otra parte la declaración la realiza una de las partes procesales sobre el asunto o derecho objeto de la controversia (Robalino, 2000).

En base a estas dos posturas diferentes, podemos resaltar que el Código de Procedimiento Civil en su artículo 122 estableció que la confesión judicial es una declaración o reconocimiento que realiza una persona, contra sí misma, acerca de la veracidad de un hecho o la existencia de un derecho, esta tendrá que rendirse ante el juez competente para que constituya prueba; lo que concluiría que, este cuerpo legal se apega al postulado de la doctrina, según la cual, la confesión judicial sólo será posible en el caso de que el declarante sea parte procesal ya que al declarar, admite la veracidad de hechos o derechos que, de ser ciertos, traerán consecuencias únicamente para ellos en el transcurso del proceso, tal y como se ha establecido en el artículo 140 que establece que la confesión judicial dentro de un juicio civil no constituye un acto de prueba en contra de terceras personas sino únicamente en contra del confesante.

El Código de Procedimiento Civil contiene numerosas articulaciones respecto a esta figura sobre los efectos y consecuencias de la misma, así como las características y requerimientos que exige, aunque también recoge las diferentes clases de confesión que se pueden practicar en diferentes ramas del derecho, dentro de la presente investigación es de relevancia la confesión judicial como diligencia preparatoria. Bajo este precepto es importante señalar que el artículo 123 ordena el requisito más importante que establece que para que la confesión judicial constituye prueba válida deberá ser presentada ante el juez y la persona que realice esta diligencia deberá responder de manera clara y precisa, respondiendo directamente a las preguntas realizadas; el artículo posterior incurre en el error de dejar a discrecionalidad del juez esta valoración puesto que establece que en el caso de que la confesión judicial no cumpla con las características descritas previamente el juez deberá determinar la veracidad de esta, teniendo en cuenta las reglas de la sana crítica.

El juez tiene un papel relevante según manda el artículo 125, puesto que al ser una diligencia ordenada por autoridad, deberá ser quien lleve a cabo la ejecución de la misma, las respuestas deberán ser decisivas y precisas, no se admitirán respuestas que incluyan información vaga o no respondan directamente a los hechos cuestionados; en el segundo inciso se establece que será responsabilidad del juez explicar suficientemente cada una

de las personas de tal forma que el confesante se encuentre en capacidad de dar respuestas claras y completas. El artículo 126 ofrece un punto cuestionable, debido a que establece que la confesión judicial como diligencia preparatoria podrá solicitarse bien sea en primera o segunda instancia, siempre y cuando se lo haga antes de la sentencia o auto definitivo, la normativa no establece un tiempo límite para solicitar dicha diligencia, lo que da a entender que una de las partes podrá solicitar la práctica de la diligencia preparatoria indiferentemente de la etapa en la que se encuentre el proceso, desvirtuando completamente a esta figura de la confesión judicial dentro de las diligencias preparatorias, que se entienden como actos previos a la demanda que tienen como objeto preparar al futuro proceso.

El efecto de la no comparecencia a esta diligencia se encuentra regulado en el artículo 127 que estableció que en el caso de que el confesante no acuda a la diligencia en el día y hora en el que fue convocado se le notificará nuevamente con un día y hora diferente y bajo la advertencia de que, en el caso de no comparecer nuevamente se le tendrá por confeso. Asimismo, posteriormente el artículo 131, además de los previamente mencionados, establece como efectos de la no comparecencia del confesante o cuando compareciendo, se niegue a confesar o sus respuestas contradigan los requisitos del artículo 125, es decir, sus respuestas sean evasivas, ambiguas o se responda de un modo oscuro, el juez podrá declarar a la persona como confesa, dejando nuevamente a discrecionalidad de su autoridad el valor de esta prueba. No obstante, establece que, si la parte que ha solicitado la confesión judicial o el juez considera que es necesaria la práctica de la misma, ordenará su comparecencia, sancionando diariamente con cinco dólares de los Estados Unidos de América si no se presentara.

Con respecto a no comparecer a la práctica de esta diligencia y darse a la parte procesal por confesa, o lo que la doctrina denomina como “confesión ficta” o “confesión tácita”, la Corte Suprema ha emitido diversas resoluciones expresando su postura frente a ello y es oportuno referirse a estas puesto que dan a conocer la concepción que tenía la Corte frente a la práctica de esta diligencia durante la época en la que se encontraba vigente el Código de Procedimiento Civil. La sentencia 3-VI-98 que fue dictada dentro del Expediente No. 293-97 presenta una concepción de la confesión ficta estableciendo que, por sí sola, no podrá constituir prueba plena, y que, además, es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto dentro del juicio, de acuerdo con el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil. La Corte también motivó su fallo haciendo las siguientes

consideraciones: la Enciclopedia Jurídica OMEBA señala que la confesión ficta no es una prueba sino, una revelación de la prueba, siguiendo este mismo criterio el Diccionario de Legislación de Escriche menciona que impone la obligación de probar que antes correspondía a la contraparte; y por último, el análisis que realiza Lessona, citado por Lovato en su Programa Analítico de Derecho Procesal Ecuatoriano menciona que la confesión ficta no es más que una presunción legal.

Dentro del análisis llevado a cabo por la Corte Suprema en el marco de esta sentencia se afirma claramente que la disposición normativa en cuestión, en cuanto a la confesión tácita o ficta presenta cierta ambigüedad en cuanto a los efectos y alcances de la misma, pues si bien innegablemente y como establece la norma, corresponderá al juez la valoración atribuir la valoración que considere pertinente según el contexto del caso, sin embargo, por sí misma no puede ser considerada suficiente como prueba plena, en otras palabras, su mera existencia no es suficiente, pues se estaría tratando únicamente de una presunción legal que requiere un análisis y contextualización más amplios para arrojar luz sobre la cuestión en litigio.

Es necesario destacar, que en la actualidad el criterio en cuanto a la confesión ficta ha cambiado. En el Código Orgánico General de Procesos a diferencia del Código de Procedimiento Civil no recoge la confesión ficta. Esta ausencia de regulación en la nueva legislación, podría llegar a tener dos perspectivas: la que se encontraba recogida en la normativa derogada en la que generaba los mismos efectos que la confesión expresa, sin embargo, podía ser refutada mediante prueba en contrario y su valoración quedaba a discreción del juez, lo que constituirá la segunda perspectiva, puesto que dependería de un análisis del contexto en el que se está desarrollando el proceso y de las pruebas que serán practicadas en el mismo. Bajo este parámetro, hoy en día sería un precepto más que regule la discrecionalidad del juez, situación que pone a los diferentes principios del derecho procesal en peligro de ser vulnerados, pues no existiría una norma expresa que regule su efecto, tendría que ser el juez quien tenga que atribuirle uno; sin embargo, al no regular la confesión ficta limita la discrecionalidad dentro de las normas procesales y podría considerarse como un avance, siempre y cuando se regulen efectos claros de la no comparecencia a rendir testimonio, empero el estudio de esta figura en la actualidad será analizado a profundidad más adelante.

A modo de conclusión, es importante destacar que el Código de Procedimiento Civil establece un extenso listado de características y requisitos que acompañan a la figura de la confesión judicial, no obstante, al dar paso a la discrecionalidad del juzgador en cuanto a la valoración de aquellas confesiones con respuestas incompletas, confusas u oscuras; o a la valoración de la no comparecencia del confesante provocaría una disminución de la efectividad de la confesión judicial como diligencia preparatoria puesto que debería ser analizada y posteriormente como prueba dentro del futuro proceso, sin embargo, Robalino (2000) considera que en el caso de estas confesiones y su futuro análisis dentro de un proceso como tal, establece una equidad en la valoración de pruebas, sin privilegiar la confesión sobre otros elementos probatorios.

Dentro de este análisis, es importante mencionar que la Resolución No. 70 del año 2015 dentro del Juicio 269-2014, la Corte Suprema ha motivado su fallo haciendo uso de la posición de Enrique Lino Palacio, que dentro de su obra “Manual de Derecho Procesal Civil” señala que la confesión ficta producirá los efectos equivalentes a una confesión expresa respecto a los hechos, sin embargo, esta podrá ser refutada mediante pruebas en contrario; es por esto que, para este tipo de confesiones se concluye que carecen de un valor probatorio absoluto y que su eficacia como prueba dependerá de la evaluación que se realice en relación a todos los elementos del juicio.

2. *Exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción:* Sobre la exhibición de cosas, Víctor Manuel Peñaherrera (1912) establecía que exhibir significa mostrar o poner a la cosa de manifiesto, sin la necesidad de hacer entrega de la cosa directamente al juez o ponerla a su disposición, esto quiere decir que, quien haga una exhibición sigue siendo el poseedor de la cosa y, una vez concluida la diligencia de exhibición, está en su derecho de mantenerla en su posesión; asimismo establece que, en calidad de diligencia preparatoria, podría haber sido de gran utilidad en situaciones específicas, pues contribuiría a verificar la existencia efectiva y obtener información sobre el estado y circunstancias de la cosa, las cuales podrían experimentar cambios durante el curso del juicio.

Sobre esta diligencia, Velasco Céleri (1991, p. 66) establece que, dentro de la práctica procesal ecuatoriana se aplica la pauta establecida por Víctor Manuel Peñaherrera, debido a que, una vez que se ha realizado la diligencia de exhibición y se ha levantado el acta correspondiente en el juzgado, la cosa exhibida regresa a su propietario;

excepto en el caso en el que se haya solicitado la diligencia de exhibición debido a que exista el temor de que la cosa se pierda o desaparezca en manos de su propietario, como lo establece el Código Civil en su artículo 945, en esta situación, el actor podrá solicitar la exhibición para posteriormente ordenar el secuestro de la cosa.

La regulación de esta diligencia como se encontraba en el numeral segundo del artículo 64 generaba un tema de debate, como se había mencionado en líneas anteriores, puesto que su enfoque se centra en la presentación de bienes muebles, excluyendo como objeto de esta diligencia la posible exhibición de bienes inmuebles. No obstante, el Código de Procedimiento Civil recogía la diligencia preparatoria de la inspección judicial, la cual podría considerarse como una diligencia análoga a la exhibición, pero aplicada específicamente a bienes inmuebles. Si se requiere que un bien de esta naturaleza sea exhibido durante un proceso, la práctica de esta diligencia se enmarcaría dentro de la categoría de la diligencia preparatoria de la inspección judicial.

La normativa recogida en el Código de Procedimiento Civil abordaba los efectos que conllevaba la práctica de la exhibición, así como su procedimiento, aunque la legislación se encuentre derogada, es necesario para entender la relevancia y papel que desempeñaban en el proceso legal. El Código de Procedimiento Civil en su artículo 821 manda que la exhibición podrá solicitarse de cosas muebles o documentos que sean necesarios para la fundamentación de una demanda o para su contestación, esta exhibición se tendrá que realizar en tres días, dando a entender que si bien, la diligencia preparatoria podrá ordenarse para la preparación y fundamentación de una demanda, bien podrá el demandado hacer uso de la diligencia para fundamentar su contestación.

El artículo 822 establece que si la persona de la que se presume en posesión de los bienes o documentos objeto de la controversia admite que efectivamente tiene la posesión de los mismos será obligada a exhibirlos. Posteriormente el Código de Procedimiento Civil aborda la situación de oponerse a la exhibición de la cosa en su artículo 824, en este escenario existen dos posibilidades: en primer lugar, si se presenta una oposición con justificaciones, establece que se procederá a admitir la causa a prueba durante un periodo de seis días, al cabo de los cuales emitirá la resolución correspondiente. Por otro lado, si la posición carece de justificación válida, oída la otra parte, se dictará la respectiva resolución.

La negativa de la exhibición de la cosa objeto de la controversia podría constituir un obstáculo dentro del futuro proceso. A pesar de que la ley regulaba que una de las finalidades de las diligencias preparatorias es la práctica anticipada de pruebas para prevenir una posible pérdida, la persona que posea un bien mueble y se niegue sin una justificación válida a exhibirlo podría resultar en un inconveniente para la parte que solicitó la exhibición dentro del futuro proceso legal. Es importante señalar que, en el tiempo en el que regía el Código de Procedimiento Civil, la ley no hacía esta distinción, y en su lugar, se imponía una multa en dinero, como sanción por no acatar las órdenes del juez, pero no exigía la ejecución obligatoria de la exhibición.

Sobre la exhibición, la Corte Suprema ha emitido un pronunciamiento en el que establece que la acción exhibitoria, solamente podrá ser interpuesta contra aquella persona que se encuentre en posesión de los bienes muebles o documentos que deben ser exhibidos, en razón de su propia naturaleza, puesto que la obligación de exhibir es una responsabilidad estrictamente personal, es decir, no podrá ser transmitida a los herederos de la persona que tuvo en su posesión los bienes muebles o documentos objeto de la demanda (Gaceta Judicial III-5-Nº 97 Tomo VIII).

La regulación de esta segunda diligencia preparatoria finaliza con el artículo 827 que establece de manera clara el efecto de no cumplir con lo ordenado dentro del plazo establecido por la ley, regula una sanción económica que oscilaba entre diez y cuarenta dólares de los Estados Unidos de América por cada día de retraso, dependiendo de la cuantía del caso en cuestión, sin embargo, determina que la multa no podrá exceder el equivalente a noventa días de retraso.

3. *Exhibición y reconocimiento de documentos.* Para analizar esta diligencia preparatoria, adoptaremos el enfoque propuesto por Velasco Célteri (1991), quien señala que dentro de este numeral del artículo 64 se abordan dos diligencias diferentes: la exhibición y el reconocimiento, cada una de las cuales tiene fundamentos, procedimientos y características jurídicas diferentes (p. 82).

La exhibición de documentos se fundamenta principalmente en el artículo 65 del mismo cuerpo legal que ordena que es posible solicitar como diligencia preparatoria la exhibición de libros, títulos, escrituras, vales, cuentas y en términos generales, de documentos de cualquier naturaleza siempre que se indique su relevancia con respecto a la controversia que se ventila o, en el caso de ordenarse como diligencia preparatoria, al

objeto de la acción que se está preparando, en razón de este particular, el artículo 193 hace una enumeración de los instrumentos que serán considerados como privados, entre esos tenemos los vales simples y cartas, las partidas de entrada y gasto diario, los libros administrativos y de caja, las cuentas extrajudiciales, los inventarios, tasaciones, presupuestos extrajudiciales y asientos privados; remite al artículo 192 haciendo mención que también lo serán aquellos en los que no es necesaria la solemnidad del instrumento público.

La regla general de los documentos que podrán ser objeto de exhibición que recoge el artículo 65 presenta también una excepción en cuanto menciona que no podrá solicitarse la exhibición de documentos que reposan en archivos públicos, a menos que en las copias de estos existan cesiones o anotaciones. Estos documentos se encuentran definidos dentro del mismo cuerpo legal en el artículo 164 que establece que estos documentos serán los autorizados de acuerdo con las formalidades legales por un empleado competente. Esta excepción acontece en el traspaso de un crédito, por ejemplo, en el que tendrá que constar la nota de cesión en la que se determina el origen, la cantidad y fecha del crédito; con respecto a esto Velasco Célleri (1991) argumenta que la razón detrás de esta regulación se basa en el hecho de que los intereses han transferido o cambiado la propiedad del crédito, o bien se han registrado pagos parciales o la liquidación de la deuda, en estos casos, la exhibición tiene como finalidad verificar los trasposos o anotaciones realizados por las personas involucradas (p. 82).

Es relevante destacar que, para Lovato (1962) es de suma importancia el requisito que exige la norma, es decir, que la exhibición de documentos puede ser solicitado en calidad de diligencia preparatoria o dentro del término probatorio siempre y cuando se concrete y determine con exactitud la clase de documento que va a exhibirse y la relación que tiene con la acción del futuro proceso, de esta manera cumpliría con uno de los requisitos fundamentales de la demanda, que se encontraban recogidos en el artículo 67 numeral 4 del Código de Procedimiento Civil que manda “*La demanda debe ser clara y contendrá: 4. La cosa, cantidad o hecho que se exige*”. Lovato basa su criterio en el criterio emitido por la Corte Suprema en la Gaceta Judicial 5ta serie, números 75 y 76 páginas 1752 y siguientes que establecía que la solicitud de esta diligencia, bien sea para presentar una demanda o para contestar a ella, requiere de manera fundamental la identificación precisa de los documentos que se solicita se exhiban, esto es esencial para determinar si los documentos son exhibibles o no, de acuerdo con lo que se encontraba

establecido en el artículo 99 del Código de Enjuiciamiento Civil en aquel momento. En caso de que sean exhibibles, se deberá requerir al demandado cumplir con la práctica de esta diligencia, ya que, para el objeto de la posterior demanda, al ser un elemento esencial deberá estar claramente detallado para que pueda ser calificada y admitida a trámite. En caso de que no se especifique la información necesaria sobre los documentos, el juez no tendría información sobre qué ordenar o que acciones tomar y por su parte, el demandado no sabría qué documentos entregar para su exhibición. Este criterio de la Corte Suprema fue esencial para el precepto que se recogió posteriormente en el Código de Procedimiento Civil (p. 201-202).

Sobre esta diligencia preparatoria la Corte Suprema se ha pronunciado sobre la solicitud de exhibición de documentos que no se encuentran expresamente enumerados en el artículo 69, sobre esto la Corte ha establecido que a fin de que el juez pueda evaluar y tomar en consideración la solicitud de exhibición, el solicitante deberá proporcionar una especificación del documento al que hace referencia. Esto es esencial para determinar si dicho documento es susceptible de ser exhibido, caso contrario no cumpliría con lo establecido en la normativa. Sobre esto es necesario subrayar la prescripción contenida en el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil pues deberá ser observada de manera rigurosa y no acepta excepciones. Por lo tanto, cualquier solicitud de exhibición de títulos o documentos que no se encuentren expresamente enumerados dentro de la ley deberá ser rechazada.

En el caso de la exhibición de documentos el proceso se encuentra descrito en la sección 22a del Código de Procedimiento Civil, que abarca desde el artículo 821 hasta el artículo 827. Es importante resaltar que este proceso, al igual que en la práctica de la diligencia preparatoria recogida en el numeral 2 sobre la exhibición de la cosa que haya de ser objeto del futuro proceso, conlleva efectos similares en cuanto a la negativa de exhibición y la multa en caso de no cumplir con ella en el tiempo señalado por la norma.

Respecto al reconocimiento de documentos, que constituye la segunda parte de esta diligencia, la ley establece en su artículo 195 que para el reconocimiento de documentos privados es necesario que la persona indique de forma clara que la firma y rubrica le pertenecen, no es necesario que reconozca la autenticidad de la obligación o la veracidad del contenido del documento, en el caso de que haya sido firmado por otra persona diferente a la obligada únicamente deberá admitir que el documento fue suscrito

con su consentimiento aunque no lo haya firmado personalmente. Posteriormente la norma recoge que el reconocimiento de documentos podrá realizarse en cualquier estado del juicio y posterior será reconocido como prueba dentro del mismo, además el reconocimiento podrá realizarlo un heredero del otorgante o mediante apoderado con poder especial.

La normativa en su artículo 199 establece que las cartas enviadas o recibidas por terceros, incluso si contienen una obligación en ellas no podrán ser aceptadas para reconocimiento y, por lo tanto, no podrán ser utilizadas como prueba. Sobre esto la Corte Suprema se ha pronunciado en la Gaceta Judicial VIII S N° 6 pg. 584 en la que establece un criterio importante, pues si bien no son medios probatorios, podrán serlo cuando la ley lo permita, por ejemplo, en asuntos comerciales, el Código de Procedimiento Civil establece la definición de lo que tiene que entenderse por documento privado, de igual manera permite el reconocimiento de documentos privados en los cuales una persona se obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa, o haber cumplido con una obligación, en otras palabras, se reconoce la apariencia de documentos privados, sin embargo, las cartas dirigidas a terceros o escritas por terceros no son elegibles ni para su reconocimiento ni para ser utilizadas como pruebas dentro del proceso.

Esta diligencia se emplea también para la preparación de un juicio ejecutivo, puesto que el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil establece que “*los documentos privados reconocidos ante juez o notario público*” constituirán títulos ejecutivos. Además, el artículo 196 de este código establece que, para llevar a cabo el reconocimiento, el juez convocará a la persona a través de agentes de justicia. Si una vez citado, se niega a afirmar si reconoce o no el documento, o evade su declaración utilizando palabras ambiguas u otros medios, el juez declarará como reconocido al documento, pues así también lo regula el segundo inciso de este artículo que establece “el documento así reconocido constituirá título ejecutivo”.

La práctica del reconocimiento de documentos, según lo recoge Velasco Célleri (1991) era conocido por su simplicidad. En este proceso, el titular del derecho mencionado en el documento privado tenía la capacidad de solicitar el reconocimiento de manera directa o a través de un representante legal o apoderado. Un aspecto destacable es que no era necesario que la solicitud de reconocimiento cumpliera con los requisitos formales típicos de una demanda, además no se impone la obligación de proporcionar una

descripción sobre el origen o antecedentes del documento en cuestión. Por lo tanto, la solicitud era lacónica, breve y directa, que no requería una carga adicional de información o formalidades.

4. *Información sumaria o de nudo hecho, en los juicios de posesión efectiva, apertura de testamentos y en los demás expresamente determinados por ley.* Desafortunadamente, en relación con esta cuarta diligencia preparatoria, no se encuentra un fundamento legal expreso, aparte del artículo 64, numeral 4 del Código de Procedimiento Civil, y el artículo 119 inciso segundo que establece que para la práctica de esta diligencia no es necesario citación previa.

Según Ruiz (2013) esta diligencia preparatoria de información sumaria o de nudo hecho es un procedimiento mediante el cual una persona solicita al juez que se recpte el testimonio de dos testigos idóneos, que tiene por objeto acreditar un hecho y datos complementarios. Estos testimonios se utilizarán como prueba dentro de un juicio o, en este caso, como parte de la preparación de un proceso en casos específicos como la posesión efectiva, la apertura de testamentos y otros que se encuentran expresamente definidos por la ley, esto según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 64.

Al no existir normativa específica que regula esta diligencia preparatoria, consultaremos la perspectiva de Velasco Céleri que se encuentra en su obra titulada “Sistema de Práctica Procesal Civil (1991, p.113-114) en la que presenta tres categorías de información sumaria según su criterio:

1. Información sumaria simple: Se utiliza para averiguar o esclarecer ciertos hechos, como la comprobación de que un viudo que desee contraer matrimonio nuevamente no tiene hijos de un matrimonio anterior o que estén bajo su patria potestad o bajo su curaduría.
2. Información sumaria supletoria: Un ejemplo de esta categoría se encuentra en la Ley de Registro Civil, Cedulación e Identificación, en la cual, el artículo 29 establece que, en ausencia del informe estadístico de nacido vivo, se llevará a cabo una declaración con el testimonio de dos testigos.
3. Información sumaria como presupuesto procesal: Se utiliza como un requisito necesario para ciertas acciones o demandas, sin la cual, el juicio en el que se requiere esta información no podría proceder.

Es fundamental destacar que, aunque no existe una regulación expresa sobre la información sumaria o de nudo hecho, se puede observar una gran importancia dentro de ciertos procesos en el Código de Procedimiento Civil que establecen la necesidad de esta diligencia para que el juez pueda admitir a trámite una solicitud, por ejemplo se encuentra dentro del mismo código en el artículo 706 sobre los casos de despojo violento, en los cuales, junto a la presentación de la demanda se deberá incluir información sumaria que respalde la alegación de despojo; de lo contrario, el juez no admitirá a trámite a la demanda. Por otra parte, el artículo 747 del Código en mención que se refiere al juicio de emancipación voluntaria, que establece que para que el juez admita la demanda a trámite el actor deberá proporcionar información sumaria respaldada por testimonios que justifiquen los beneficios que la emancipación proporcionará al menor involucrado.

Es necesario resaltar que esta diligencia preparatoria pudo haber tenido una gran relevancia durante el periodo en el que estuvo en vigencia el Código de Procedimiento Civil, esto debido a que la verificación de un hecho a través de testimonios puede contribuir significativamente a establecer la veracidad de un acontecimiento que los testigos debieron haber presenciado directamente. Estos hechos revisten una importancia crítica en la preparación de una demanda e incluso podrían determinar el curso de un proceso legal durante su tramitación. A pesar de ello, surge un gran desafío al evaluar si los testimonios presentados contribuyen a la verificación de un hecho, puesto que existe la gran posibilidad de que los testigos se inclinen a favor de una de las partes y su declaración se fundamente en esa circunstancia, es por esto que, según lo señalado por Ruiz (2013), existe una gran necesidad de que la normativa, en su momento, regule adecuadamente la problemática que acarrearán los testimonios falsos, proporcionados por individuos que rinden declaración únicamente a cambio de una compensación económica, sin haber sido testigos presencial o sin siquiera poseer conocimiento de la situación en cuestión.

En lo que respecta a esta diligencia preparatoria, resulta fundamental considerar la opinión de Víctor Manuel Peñaherrera (1958, p. 68-69), que sostiene que la información sumaria, se trata de una investigación breve y preliminar realizada por el juez de manera concisa y sin cumplir con las solemnidades establecidas por la ley regula para recabar otro tipo de información, se realiza antes del juicio y sin citación a la parte contraria, esta forma de recabar información se centraba principalmente en las declaraciones de testigos, aunque se podían emplear otros medios de prueba como son

los documentos privados o copias de los mismos. En cuanto al procedimiento, los testigos se preparan de manera confidencial y se les interroga sin la presencia de la otra parte, lo que podría dar lugar a que los testigos distorsionen la verdad, ya sea de manera intencionada como se mencionó anteriormente, o de forma genuina debido a su desconocimiento o falta de atención en la diligencia. Por esta razón se restringieron las solicitudes realizadas para esta diligencia preparatoria.

Era de carácter imprescindible que, al momento en el que se reguló esta diligencia, se hayan establecido normas más rigurosas en lo que respecta a testigos y su preparación, de manera similar a los requisitos que recogía la norma para la exhibición de documentos. Debió haber existido un requisito claramente definido y que se cumpla de manera estricta, con el fin de evitar diligencias preparatorias que carezcan de propósito o proporcionen información correcta sin razón válida como se hizo mención en líneas anteriores.

5. *Inspección judicial*. Guillermo Cabanellas (2008) define a la inspección judicial como el examen que es llevado a cabo por el juez, con el propósito de evaluar el lugar donde ocurrió un evento o la cuestión en disputa, tendrá por objetivo adquirir un conocimiento preciso de su estado actual, lo que facilitará una valoración más acertada. La legislación ecuatoriana recoge el mismo criterio pues en el Código de Procedimiento Civil en su artículo 242 establece, en términos similares como concepto de la inspección judicial que será el reconocimiento o examen que realiza el juez de la cosa controvertida para valorar su estado (p. 232).

En este contexto, es relevante mencionar que existe un grupo de la doctrina que reconoce que la conceptualización de la inspección judicial excluye, a la inspección judicial de personas, puesto que la inspección judicial podría ser solicitada para la búsqueda de elementos que contribuyan a aclarar los eventos que conducen a la determinación de la verdad. Se ha visto recogido este criterio tanto en normas civiles como en normas penales que es en donde predomina puesto que, según lo establece Velasco Céleri (1991) esta práctica llevaría a comprobar la muerte de la víctima, para demostrar una lesión previa, entre otras posibilidades en las que se puede practicar la inspección de personas. Sin embargo, dentro de la materia civil, el juez deberá examinar y reconocer a la persona a quien se trata de declararla interdicta, según lo que establece el artículo 752 del Código de Procedimiento Civil que establece “*el mismo juez acompañado del secretario, le examinará, por medio de interrogatorios, y se instruirá de*

cuanto concierna a la vida anterior, estado actual de la razón, y circunstancias personales del supuesto demente” lo que constituiría una verdadera inspección de personas (p. 150). En relación a esta discusión, la Corte Suprema ha establecido que la prueba relativa al reconocimiento en la persona de la actora se la estima inaceptable por su clara oposición al espíritu de la ley (Gaceta Judicial II-S-N° 94).

Para la práctica de esta diligencia, según el artículo 243, el juez deberá señalar día y hora; y, solo en el caso de que el juez lo considere conveniente, designará un perito. Dentro del artículo 244 se regula el procedimiento a llevar dentro de esta diligencia que será:

1. Dentro de la fecha y hora designadas, el juzgador asistirá al lugar de la inspección, escuchará las declaraciones verbales de las partes y llevará a cabo el reconocimiento de la cosa a examinarse.
2. Se redactará un acta en la que se incluyan los detalles de ubicación, fecha y hora designadas, lista de las personas que atendieron a la misma, observaciones y argumentos presentados por las partes y una descripción pormenorizada de la valoración del juez.
3. Todos los asistentes deberán firmar el acta, en el caso de que una persona se niegue a firmar se deberá registrar dentro de la misma.
4. El acta deberá contener una referencia a los testigos presentados por las partes y los documentos que se hayan leído durante la diligencia. Estos deberán ser agregados al expediente y si han sido entregadas dentro del plazo establecido, tendrán efectos probatorios, caso contrario se estaría tratando simplemente de informes sobre el conocimiento de la cosa, el lugar o las circunstancias.

El Código de Procedimiento Civil establece que, durante la inspección judicial el juez podrá ordenar medidas que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, es decir, podrá ordenar que se levanten planos, se realicen reproducciones o se registre mediante fotografía o video la práctica de la diligencia, así como podrá ordenar se reproduzcan los hechos tal y como ocurrieron; asimismo podrá incluir al acta de la diligencia el informe de perito, estas medidas deberán ponerse en conocimiento de las partes; no obstante, la ley establece que el juez podrá no valorar estas medidas, como es el caso de los informes periciales y de ser necesario, designará una nueva inspección para que se practique con nuevos peritos.

Dentro del proceso de inspección, el juez tiene la facultad de nombrar peritos como auxiliares que lo asistan, sin embargo, es importante destacar que la evaluación de la información obtenida en dicha inspección y que se recoge en los informes periciales que resultaron de la misma recae completamente en la valoración que el propio juez le brinde. Dentro de esta diligencia existe un límite, dado que, el juez no podrá designar un perito para que este lleve la inspección si el mismo no está presente en el lugar. Tampoco podrá ordenar la realización de la diligencia y delegarla a otro juzgador, pues el proceso sería nulo. En otras palabras, la naturaleza de esta diligencia recae netamente en que deberá ser presenciada directamente por el juez, haciendo uso de sus propios sentidos para observar y evaluar la situación en cuestión. Este presente asegura la objetividad en el proceso de inspección, ya que el juez tiene la responsabilidad de tomar decisiones basadas en la percepción y conocimiento de los hechos que adquirió de la inspección judicial, sin depender de información proporcionada por terceros.

Capítulo III: Diligencias Preparatorias en el Código Orgánico General de Procesos

3.1. Las Diligencias Preparatorias y su regulación normativa - procesal actual

La regulación normativa del Código Orgánico General de Procesos entró en vigencia el 22 de mayo de 2015, Registro Oficial No. 506; como un intento de dejar atrás el sistema procesal español que fue heredado del Código de Enjuiciamiento Civil del año 1855. Este cuerpo de normas va mucho más allá de un nuevo código procesal, en realidad, en su tiempo se propuso como un cambio profundo al Derecho Procesal en el Ecuador, proponiendo una nueva concepción de éste. Este nuevo cuerpo legal estableció una serie de principios rectores del proceso, tales como la oralidad que contribuye una mayor agilidad a los procesos, la inmediación que requiere al juez un contacto directo con las partes procesales y testimonios, lo que aseguraría una decisión fundamentada, buena fe, celeridad que busca evitar retrasos innecesarios dentro de la tramitación, y economía procesal. Un cambio significativo que llegó con el Código Orgánico General de Procesos es la simplificación de más de ochenta tipos de procedimientos en tan solo cuatro que prometen la agilización en el trámite y resolución de causas procesales no penales, garantizando la transparencia durante el proceso.

En lo que respecta a las diligencias preparatorias en la actualidad, el Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 141, establece de manera similar al Código de Procedimiento Civil, que un proceso puede iniciarse con la presentación de una demanda, sin embargo, a esta podrá antecederle diligencias preparatorias que se encuentran reguladas en el mismo Código. Esta concepción es ambigua y se encuentra recogida de manera equívoca en ambas normativas legales, puesto que la práctica de los actos preparatorios también se solicita en una demanda, por lo que mal podría decirse que presiden a una demanda cuando se contienen en ella.

Las diligencias preparatorias en la manera que se encuentran reguladas en el Código Orgánico General de Procesos únicamente se pueden solicitar cuando cumplan con los objetivos que expresamente se encuentran señalados en la norma y cuando la práctica de la misma se encuentre regulada, caso contrario, si se solicita la práctica de

aquellas no reguladas, que no se encuentren dentro de la misma naturaleza o no cumplan con los objetivos descritos, estas deberán rechazarse; regulando a la discrecionalidad del juez dentro de su valoración, lo que resulta en una regulación infructuosa, presentando vacíos en cuanto a efectos y alcance de la práctica de estas, la norma tampoco es clara en cuanto a cómo será el proceso de valoración que el juez deberá seguir para dar a lugar una petición o rechazarla, lamentablemente la regulación actual incurre en errores que provocan que la práctica actual de la misma sea altamente limitada, por lo que es necesario su estudio y comparación con la normativa derogada, que se encontraba legislada de manera más clara que la actual.

El Código Orgánico General de Procesos en el artículo 120 manda que el juzgador que conozca de la práctica de la diligencia preparatoria tendrá competencia para conocer también la futura demanda que será considerada como principal, además que a todo proceso le podrán preceder diligencias preparatorias siempre y cuando tengan la finalidad de delimitar la legitimación activa o pasiva de las partes del futuro proceso; o a su vez practicar prueba urgente en el caso de que esta pudiera perderse esto es, en casos en los que su conservación se vea en riesgo, esto llevaría a clasificar a las diligencias preparatorias que recoge la norma en dos categorías: (Granda, 2019)

Preventivas	Probatorias
Diligencias encaminadas a reforzar la pretensión de la parte accionada además de asegurar un resultado favorable en un futuro proceso, también son solicitadas antes del proceso con el propósito de obtener información esencial de la parte demandada para la presentación de la demanda.	Diligencias cuyo objetivo es resguardar prueba material a fin de asegurar un resultado favorable en el futuro proceso y permitir que la prueba pueda ser practicada antes de que se deteriore o desaparezca.
En esta clasificación se encuentran: la exhibición del testamento, libros de comercio y de documentos necesarios para la rendición de cuentas, la exhibición de documentos en general, títulos u otros instrumentos referentes a la cosa	Se encasilla dentro de esta clasificación a la exhibición de la cosa mueble que se pretende reivindicar o sobre la que se practicará secuestro o embargo, la

vendida, el reconocimiento de un documento privado, el nombramiento de tutor o curador, la apertura de cajas o casilleros.	inspección preparatoria, la recepción de declaraciones testimoniales,
--	---

El artículo 121 establece cuál será el procedimiento por el cual se tendrá que solicitar la práctica de las diligencias preparatorias, de manera sucinta establece que, como toda demanda, tendrá que ser calificada por el juez y cumplirá con los mismos requisitos para ello, para esto la ley no determina un término exacto por lo que se entiende que se aplicaría el de cinco días. La solicitud de la diligencia deberá ser pertinente, conteniendo una petición clara e inteligible, caso contrario, el juez ordenará que bien se complete o aclare. En el caso de que cumpla con lo antes expuesto se aceptará a trámite y la ley establece que el juez dispondrá la citación de la persona contra quien se la pide. Posterior, procederá a señalar día y hora en el que tendrá que practicarse la diligencia. En caso de que el juez niegue la práctica de la diligencia solicitada, el actor podrá interponer el recurso de apelación con efecto suspensivo y, en caso de que se cause un agravio se faculta la posibilidad de interposición de un recurso con efecto diferido con el fin de que la diligencia se practique.

Dentro del mismo artículo en el inciso tercero se establece las alternativas que tiene el demandado una vez que es citado con la petición de la práctica de una diligencia preparatoria, estas son: (i) aceptar o allanarse a la práctica de la diligencia, (ii) oponerse a la práctica de la misma, (iii) solicitar su ampliación o modificación. Es importante destacar que, en este inciso, la ley comete un error al establecer que el demandado podrá acogerse a cualquiera de estas opciones “en el momento de la citación”, mal podría esperarse que tome una decisión en ese instante, ya que necesitará tiempo para recibir el debido asesoramiento sobre la implicaciones de esta práctica y obtener información sobre lo que esto significa en un futuro proceso. Además, en la práctica se ha entendido esta normativa de forma que si el demandado no hace uso de las alternativas que la ley le brinda, el derecho precluye y no lo podrá hacer en un futuro, esto debido a que la ley no es clara en cuanto ante quien debería manifestar la oposición de la práctica, o solicitar su ampliación en caso de que esa sea su decisión, aunque como se mencionó, no se puede esperar que tome una decisión inmediata si no cuenta con los medios necesarios para una asesoría, esta disposición deja en absoluta indefensión al demandado, a pesar de que la

ley le brinda alternativas. Tomado de los apuntes de la materia Derecho Procesal II del Doctor Olmedo Piedra Andrade (2022).

En cuanto al procedimiento, el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 123 determina que el juez competente para conocer de la diligencia preparatoria que se solicite será el que corresponda de acuerdo a la materia en la cual se va a accionar en lo principal, por ejemplo, si se trata de una demanda por daños y perjuicios, el competente para conocer de esta causa será el juez de lo civil. Una vez que se ha llevado a cabo la diligencia preparatoria solicitada dentro de la fecha y hora establecidas, deberá sentar el acta respectiva que contenga aquello que ha sido practicado, deberá también dejar constancia de que la diligencia que se practicó no constituye como tal una audiencia, pues en este caso no existirá una resolución del juez sino el acta respectiva a la práctica de la diligencia solicitada.

En cuanto a la competencia, este artículo establece que será competente el juez al que corresponda según el sorteo de acuerdo a la materia a la que pertenezca la demanda principal, como ya se hizo mención este mismo precepto recoge el inciso final del artículo 120, por lo que una demanda sobre el asunto de fondo tendrá que ser planteada directamente a él. Sobre la inasistencia de las partes a la práctica de la diligencia, el artículo manda que el efecto será el mismo de la falta de comparecencia a la audiencia, esto es, el abandono de la causa. Si no concurre el requerido, el efecto que se generará para esta parte será la pérdida de la oportunidad de hacer valer sus derechos. En este sentido, el Código Orgánico General de Procesos presenta un vacío al no establecer la sanción concreta para el requerido por su falta de comparecencia a las diferentes diligencias que recoge la ley, sin embargo, esta cuestión se abordará en un análisis posterior.

El Código Orgánico General de Procesos enumera en su artículo 122 las diligencias preparatorias, sin embargo, se debe advertir que la normativa incurre en dejar a discrecionalidad del juez al establecer “*además de otras de la misma naturaleza, podrán solicitarse como diligencias preparatorias (...)*” le concede al juez la facultad de poder admitir a trámite diligencias no previstas en la normativa, basándose en su propia valoración, esto plantea la pregunta de por qué el Código Orgánico General de Procesos, siendo un cuerpo legal que es parte del Derecho Público, no establece un límite claro para la aplicación de esta disposición y facultad que le otorga al juzgador. La falta de un

procedimiento específico para valorar diligencias distintas a las establecidas podría poner en riesgo la seguridad jurídica, puesto que la normativa permite la discrecionalidad del juzgador sin establecer directrices o regular un límite para esta regulación.

3.2. Análisis de la falta de efectos en la regulación del Código Orgánico General de Procesos

Es fundamental dejar un precedente de las deficiencias y errores que se encuentran recogidos en el Código Orgánico General de Procesos en cuanto a la regulación de las diligencias preparatorias, ya que serán de gran utilidad dentro del análisis comparativo posterior entre las diferentes normas. Registrar estos fallos ayudará a identificar la involución que se ha generado con la entrada en vigencia del código actual, además de identificar preceptos que debían ser recogidos, y, sin embargo, han sido omitidos.

Para efectos de estudio, las diligencias preparatorias serán analizadas en el orden que la normativa establece:

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.

Sobre la exhibición, el Código Orgánico General de Procesos en su numeral 1 y 2 recoge un listado de los documentos y bienes muebles susceptibles de ser exhibidos, sin embargo, la normativa incurre en una serie de imprecisiones a través de su formulación. Por una parte, se refiere a la exhibición de la cosa mueble que se pretende reivindicar o sobre la que se practicará secuestro o embargo, este precepto sería incoherente pues cuando se reivindica una cosa mueble es el único caso dentro de un juicio principal donde puede solicitarse el secuestro, por lo que sería ilógico solicitar la exhibición cuando se puede solicitar directamente el secuestro; también, al establecer que se exhibirá el bien

sobre el cual se podrá solicitar secuestro o embargo, se pone en advertencia al requerido que efectivamente se podrá embargar. Tomado de los apuntes de la materia Derecho Procesal II del Doctor Olmedo Piedra Andrade (2022).

La ley incurre en un error al establecer como diligencia preparatoria a la exhibición del testamento, puesto que este es un documento que permanece inaccesible a terceros mientras la persona está viva, sin embargo, una vez que fallece, el testamento se convierte en un documento público. Esto nos plantea la interrogante de por qué solicitar esta diligencia cuando el notario podría simplemente proporcionar copias del testamento una vez que el causante haya fallecido, obviando la necesidad de exponer un documento público. En suma, el numeral 1 y 2 de este artículo tan solo crea una serie de situaciones poco razonables, cuando lo más sensato habría sido que la normativa estableciera una regla general para cuando procede la exhibición, y que definiera de manera general los documentos y bienes muebles que pueden ser objeto de esta diligencia. Esto habría evitado la incoherencia de la normativa, la aparición de controversias y que la solicitud de esta diligencia sea absurda.

Según lo que el Código Orgánico General de Procesos establece, cuando se admite a trámite la solicitud de una diligencia preparatoria, el juez procederá a fijar un día y hora para llevar a cabo la práctica de la misma; si en mencionada fecha el interesado no se presenta, la normativa es clara, se aplicarán las regulaciones generales al abandono. Por otra parte, la norma presenta un gran vacío en cuanto a la falta de comparecencia de la parte requerida, puesto que no establece ninguna consecuencia legal, podría decirse que la consecuencia sería la presunción de mala fe, lo cual resulta poco común. Esta falta de efectos podría llevar a que la regulación de esta diligencia la convierta en una práctica sin sentido, y potencialmente inútil.

Es relevante hacer mención que, Hunter Ampuero (2016) hace énfasis en la negativa de la exhibición de documentos dentro del Proceso Civil Chileno, recalando que uno de los mayores errores en los que incurre la normativa procesal de este país en razón de las sanciones en caso de que la contraparte se niegue sin justificación a la exhibición de un documento. Si bien se prevén multas, en el caso de monetarias, será un valor que no supera dos sueldos básicos o, el arresto por un periodo de hasta dos meses, sin embargo, estas sanciones no tienen en consideración el hecho de que seguramente con la exhibición el actor pretendía establecer prueba mediante el documento que el requerido

se negó a exhibir, lo que obstaculiza el proceso de manera significativa e incluso provocaría la posibilidad de no obtener un resultado favorable para el actor dentro del juicio, a pesar de que la normativa Chilena regula sanciones no se enfocan en exigir al requerido que se exhiba lo solicitado.

En la normativa procesal Chilena, es destacable que, a pesar de la existencia de sanciones por incumplimiento, no se regula una consecuencia procesal efectiva, lo que pone de manifiesto la frustración potencial que puede surgir a raíz de la negativa a exhibir documentos, pues se consideraría como un obstáculo para el flujo normal del proceso. Por otro lado, en Ecuador la negativa a la exhibición, no solo de documentos sino de bienes muebles, conlleva la aplicación del efecto que establece la normativa, que implica la pérdida de la oportunidad de hacer valer sus derechos, sin embargo, esta consecuencia no llegaría a constituir una consecuencia seria y precisa, incluso cuando la información contenida en los documentos o la exhibición de cosa mueble sea fundamental para el desarrollo del proceso.

3. *Reconocimiento de documentos privados.* La realización de esta diligencia preparatoria es esencial, debido a que es necesario diferenciar entre documentos públicos y privados. En el caso de los documentos públicos, por su naturaleza, se presume que son auténticos, a menos que se demuestre lo contrario y dan fe de las declaraciones que contienen. Por otra parte, cuando se trata de documentos privados, es necesario distinguir entre aquellos documentos que son auténticos y los que no lo son. Un documento privado se considera auténtico cuando existe la certeza acerca de la persona que lo elaboró o de a quien se atribuye, y su autenticidad se establecerá una vez que sea reconocido. Esta distinción es fundamental para evaluar el valor probatorio de cada documento, es decir, su credibilidad y fuerza vinculante (Azula Camacho, 2015).

El propósito de esta diligencia es otorgar a un documento privado la misma validez y mérito de prueba que se le atribuye a un documento público, convirtiéndolo en un título ejecutivo si cumple con los requisitos legales, es importante destacar que, en este contexto, el reconocimiento se relaciona principalmente con la autenticidad de la firma de la persona que lo ha suscrito. Es relevante señalar que, junto con esto, el artículo 120 de la norma establece dos requisitos adicionales que deben cumplir todas las solicitudes de diligencias preparatorias para que sea admitida a trámite. Esto implica que, si no se

cumple con uno de estos dos requisitos, el reconocimiento de documentos no podrá considerarse como un acto preparatorio.

El Código Orgánico General de Procesos resalta en su artículo 217 que, si una persona presenta un documento privado en original, tiene el derecho de solicitar el reconocimiento de firma y rúbrica de la persona que se presume como autor o representante legal de la entidad jurídica a la que se le atribuye la autoría. Posterior a esto, establece que en la fecha establecida por el juez para este reconocimiento se recibirá la declaración del autor, previo juramento. En el caso de que un documento haya sido firmado a solicitud de una persona que no tenía conocimiento o capacidad para firmar, tendrá que reconocer si el documento se elaboró por su solicitud, además si la persona que firmó lo hizo por su petición y si el contenido del documento es veraz. En otras situaciones, será suficiente con que la persona que comparece declare si la firma que se le atribuye es o no de su autoría.

Nuevamente dentro de esta diligencia este cuerpo legal incurre en el error de no establecer un efecto para el caso de que el requerido no comparezca al reconocimiento, no hay posibilidad de coerción para que el requerido comparezca, lo que causaría que esta disposición se quede como letra muerta, su solicitud en caso de que el requerido no comparezca sería inútil, convirtiéndola en una diligencia intrascendente y sin sentido. Tomado de los apuntes de la materia Derecho Procesal II del Doctor Olmedo Piedra Andrade (2022).

Sobre el reconocimiento de documentos como diligencia preparatoria, Lino Palacio (1998) comenta que, si bien es una diligencia que se realiza fuera de un proceso legal en sí, su existencia y, por lo tanto, el reconocimiento será utilizada dentro de un proceso, por lo que constituye realmente un objeto de prueba. Es decir que, si el reconocimiento beneficia de tal manera al actor, lo más probable será que sea utilizado como prueba dentro de un futuro proceso, en el cual desempeñará un papel significativo (p. 556-557).

Cabe preguntarse, si en la teoría, esta diligencia preparatoria, tendrá un papel tan importante dentro de un proceso, en el que la información del documento a ser reconocido será de vital importancia, ¿no debería la ley asegurar el cumplimiento de la diligencia por parte del requerido en la práctica? Es claro que la efectividad de llevar a cabo está la práctica de esta diligencia preparatoria está supeditada a que no existen efectos que se

encuentren debidamente recogidos en la norma, debido a que, si no se garantiza su cumplimiento a través de disposiciones legales, en la práctica carecerá completamente de utilidad.

4. *El nombramiento de tutor o curador para los incapaces que carezcan de guardador o en los casos de herencia yacente, bienes de la persona ausente y del deudor que se oculta.* La prescripción de esta diligencia preparatoria no presenta mayor controversia. La ley establece esta diligencia preparatoria con la finalidad de proteger los derechos y obligaciones de las personas que se considera carecen de capacidad para participar en un procedimiento judicial, lo que podría considerarse una desventaja dentro de un proceso en caso de carecer de representante legal. Por este motivo, la ley contempla la posibilidad de que sean debidamente representadas dentro del futuro proceso.

Sobre esta diligencia preparatoria encontramos su regulación también en el Código Civil, en el artículo 372, que nos brinda un concepto de curador estableciendo que estos serán los que se dan a los bienes del ausente, herencia yacente y a los derechos que pueda tener el que está por nacer. Similar a la regulación de la diligencia preparatoria en el cuerpo legal procesal, solo que en este se regula el curador para los bienes del deudor que se oculta.

Es importante señalar que, en el caso de la herencia yacente, según lo establece el artículo 34 del Código Orgánico General de Procesos, en cuanto a la representación del causante menciona que la demanda no se podrá proponer en contra de los herederos sino hasta luego de haber aceptado la herencia; en caso de que no la hayan aceptado, el acreedor de la herencia podrá solicitar se declare yacente la herencia y se nombre un curador, quien será el representante de esta y contra quien se podrá proponer la demanda hasta que el heredero acepte o no la herencia (Corte Nacional de Justicia, 2020).

Se prevé la diligencia preparatoria de nombramiento de curador en el caso de la persona ausente, según lo que establece el artículo 494 del Código Civil, deberán reunirse requisitos para que se nombre curador en estos casos, en primer lugar, cuando se desconozca la ubicación de la persona o que haya cesado el contacto con sus allegados, y por su parte que esta falta de comunicación pueda ocasionar daños al ausente o a terceros; y en segundo lugar, que si no se ha nombrado un procurador o que en su defecto, solo se haya constituido para situaciones o negocios específicos. Para especificar, es necesario destacar el artículo 495 que da a entender que se entiende como ausente al deudor que se

esconde, por lo tanto, esta regulación será aplicada para aquel, así como que los acreedores del ausente tendrán derecho para pedir que se nombre curador a los bienes, a fin de que se dé contestación a las demandas que han sido propuestas en su contra. Aunque la regulación no establece un efecto para la falta de comparecencia de las partes, se entendería que en lo que respecta a la parte actora se seguirán las mismas reglas que rigen para el abandono.

5. *La apertura de cajas o casilleros de seguridad en las instituciones del sistema financiero.* Esta diligencia no se encontraba prevista en el Código de Procedimiento Civil, aunque en ciertos casos reviste de importancia, como es en el caso de quienes pretender hacer la posesión efectiva de los bienes de la sucesión, puesto que será necesario establecer la existencia de bienes materia del futuro litigio, así como para determinar la cuantía de este.

Según Lucero (2019) es una manera efectiva y célere de acceder a las cajas y casilleros de seguridad que poseen ciertas personas para guardar bienes de gran valor, como joyería. El objetivo principal es el de determinar el contenido de estos espacios para tomar las decisiones judiciales necesarias en un futuro proceso. A esta diligencia concurrirá personalmente el juez junto al secretario hasta la institución financiera que corresponda; será el secretario el responsable de certificar que la diligencia se realice de manera adecuada y también se requerirá la presencia del representante de la institución financiera para cumplir con los requisitos legales pertinentes.

Sobre esta diligencia existe normativa expresa, la Codificación de las Normas de la Superintendencia de Bancos, libro uno, capítulo VIII en su disposición general segunda establece que, cuando la institución financiera sepa sobre el fallecimiento del arrendatario de un casillero o caja de seguridad, no podrá autorizar a ninguna persona a acceder a lo que se encuentre en el interior de estas, a menos que exista una orden judicial expresa. Se puede deducir que esta diligencia, aunque no tiene efectos expresamente reconocidos en la normativa, la institución financiera no podría negarse a la práctica de la diligencia, según lo que prescribe la disposición segunda de esta Codificación. Sin embargo, se entendería nuevamente que la falta de comparecencia de la parte actora resultaría en el abandono.

6. *La inspección preparatoria si la cosa puede alterarse o perderse.* La regulación de esta diligencia tal y como se encuentra recogida en el Código Orgánico General de

Procesos se relaciona directamente con el numeral 2 del artículo 120, que establece como requisito para la procedencia de solicitud de diligencias preparatorias, que constituya como prueba urgente cuando esta pudiera perderse. Por esta razón, es imprescindible que cuando se solicite esta práctica se justifique que el bien del que se pretende solicitar la medida pueda experimentar cambios que alteren su naturaleza o correr el riesgo de perderse, lo que determine la necesidad de llevar a cabo la práctica del medio probatorio de forma inmediata como un acto preparatorio.

Esta situación desnaturaliza la medida, ya que, uno de los objetivos de la diligencia preparatoria es la constitución de la prueba y verificar determinadas circunstancias o hechos relevantes que puedan ser determinantes para la presentación de una demanda. Por lo tanto, esta forma de regular a la diligencia preparatoria de la inspección judicial simplemente fuerza al interesado a presentar la demanda de inmediato y aventurarse dentro del juicio para determinar circunstancias fundamentales que deberían fundamentar la pretensión dentro del proceso judicial. Tomado de los apuntes de la materia Derecho Procesal II del Doctor Olmedo Piedra Andrade (2022).

El artículo 228 del Código Orgánico General de Procesos establece que la inspección judicial se practicará cuando el juzgador considere conveniente para la verificación o esclarecimiento del hecho o materia del proceso y podrá, de oficio o de parte, llevar a cabo una inspección de lugares, cosas o documentos, este artículo resalta la práctica de la diligencia en estas tres circunstancias, sin embargo, el artículo no hace referencia a la inspección judicial sobre personas, cuando esta podría hacerse en el caso de las personas cuando sea necesario. Y por su parte, el artículo 229 establece sobre el objetivo de la inspección que se podrá solicitar con la demanda, contestación a la demanda, reconvención o contestación a la reconvención, es importante resaltar que dentro del artículo no se recoge a la inspección judicial como diligencia preparatoria. Este artículo reitera que el juzgador llevará a cabo esta diligencia sobre lugares, cosas o documentos, no hace referencia a las personas; sin embargo, la regulación cambia en el artículo 230 cuando hace mención a la práctica de la diligencia determinando que el juez procederá a examinar directa y personalmente a las personas, lugares, cosas o documentos objetos de la inspección. ...

En cuanto a la forma de practicar la diligencia preparatoria, el Código Orgánico General de Procesos establece una serie de irregularidades. Este se llevará a cabo de tal

manera que, una vez que se encuentre instalada la diligencia, concederá la palabra al solicitante y luego realizará las observaciones que considere pertinentes en cuanto al caso, y posterior a esto concederá la palabra a la contraparte. Esto generaría un conflicto entre la práctica de lo establecido en la norma y los principios de igualdad y contradicción puesto que si nos atenemos a la literalidad de la norma, el solicitante tendría la oportunidad de especificar los aspectos relevantes que desea que el juzgado observe, la norma no permitiría la oportunidad a la contraparte de direccionar la inspección con las apreciaciones que considere necesarias; y posterior a las observaciones que realice el juez, es cuando la contraparte contará con la posibilidad de hacer las puntualizaciones que considere necesarias para el caso. En la práctica de esta diligencia, lo adecuado sería que ambas partes puedan exponer los comentarios que consideren pertinentes previo a las observaciones que realice el juzgador, para direccionar estas observaciones y, asimismo, las partes deberían tener la misma oportunidad de puntualizar y aclarar ciertos aspectos que consideren pertinentes una vez que se haya llevado a cabo la inspección por parte del juzgador. Tomado de los apuntes de la materia Derecho Procesal II del Doctor Olmedo Piedra (2022).

Surge una ambigüedad en la legislación en lo que respecta a los efectos de la falta de comparecencia del requerido. La ley únicamente menciona que las partes involucradas que tengan que intervenir están obligados a brindar la colaboración necesaria para la efectiva realización de la inspección, sin embargo, en caso de que se nieguen a hacerlo, el juez tendrá la facultad de recurrir a la fuerza pública para hacer valer su decisión. Esto genera un vacío en cuanto a la aplicación de esta disposición y la efectividad de la diligencia en caso de que el requerido se encuentre oculto o simplemente no acate la decisión del juez de practicar la diligencia, además es insuficiente que la normativa proporcione una sola medida concreta en caso de falta de colaboración.

En consecuencia, es importante tener en cuenta que esta diligencia preparatoria recoge en sí el principio de inmediación, que es regulado a través de la normativa procesal ecuatoriana en diferentes pasajes. El más importante, se encuentra en el artículo 4 de la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 75 establece que todas las personas tendrán acceso gratuito a la justicia y tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, bajo la observancia de los principios de inmediación y celeridad, más que simplemente regular la participación de las partes dentro del proceso, establece que será el juez el que se encontrará en un contacto directo con las partes, las pruebas y en este

caso, con la diligencia de inspección judicial, puesto que será él quien llevé a cabo la práctica de esta de manera directa.

Asimismo, el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, inciso tercero, regula el principio de inmediación estableciendo que los procesos serán sustanciados con la intervención directa del juez que conozca la causa; de igual manera el Código Orgánico General de Procesos en el artículo 6 manda que los procesos serán celebrados por el juzgador conjuntamente con las partes procesales. Esta diligencia preparatoria enfatiza la relevancia del principio de inmediación, el cual se encuentra regulado como un pilar esencial dentro de la normativa ecuatoriana. Este principio otorga al juez la capacidad de interactuar de manera directa y personal con la prueba que se producirá dentro del futuro proceso, permitiéndole crear una convicción sólida sobre los hechos de manera certera. No obstante, este asunto da lugar a un debate, ya que la regulación al respecto es ambigua y carece de claridad en cuanto a los efectos legales que producirá en caso de negativa por parte del requerido. Esta falta podría poner en cuestionamiento la efectividad de la normativa procesal en este ámbito, esto sería especialmente crítico puesto que se trata de un derecho fundamental que se encuentra consagrado en la Constitución ecuatoriana.

7. La recepción de declaraciones testimoniales, en especial, las urgentes de las personas que por su avanzada edad o grave enfermedad se tema fundadamente que puedan fallecer o de quienes estén próximos a ausentarse del país en forma permanente o por un largo periodo de tiempo. Esta diligencia, es un tanto diferente a la que se encontraba recogida anteriormente puesto que ya no existe la confesión judicial sino declaración urgente. Esta podría relacionarse con el artículo 181 del Código Orgánico General de Procesos que determina que el juez podrá admitir como prueba a la declaración anticipada sobre todo de aquellas personas que se encuentran gravemente enfermas, físicamente incapacitadas, las personas que planean salir del país indefinidamente y de cualquier individuo que demuestre su incapacidad para comparecer en la audiencia de juicio o audiencia única, dependiendo del caso; este precepto y la diligencia preparatoria de la declaración urgente son una excepción, puesto que la declaración de parte como prueba deberá ser practicada dentro de la audiencia de juicio.

Se debe tomar en cuenta que, dentro de la práctica de esta diligencia, es de gran importancia asegurar que se respete el derecho de la contraparte a conainterrogar a los

testigos, observando el principio de contradicción y derecho a la defensa, por esto es necesario que para la práctica de esta diligencia se cite a la contraparte, la cual va a hacer valer esa declaración y que la misma se practique en la audiencia a la que puede comparecer la contraparte para poder realizar el debido conainterrogatorio. Es esencial que se establezca de manera clara el objeto de la declaración anticipada y la pertinencia en relación al asunto que será materia del proceso principal.

Dentro de este parámetro, se concuerda con el planteamiento de Acosta (2022), se centra en la ausencia de una regulación clara y precisa sobre el plazo para llevar a cabo la diligencia preparatoria relacionada con la recepción de declaraciones urgentes. Esta falta de regulación tiene un impacto directo en el principio de progresividad, que busca la adaptación constante de las normas para garantizar los derechos de los ciudadanos sin que estos se vean afectados retroactivamente. Además, ha observado que, en la práctica, los jueces suelen establecer plazos excesivamente largos para la realización de estas diligencias, lo cual vulnera el principio de celeridad procesal ya que no se asegura prontitud en la administración de justicia.

Como se mencionó anteriormente, esta situación, además de la mencionada, genera una falta de claridad normativa vulnera, además de los principios mencionados, la seguridad jurídica. A pesar de la existencia de normativa que regula las diligencias preparatorias, incluyendo procedimiento y requisitos para su admisión a trámite, se observa una notable ausencia de regulación en cuanto a los efectos que debería generar cada una de las diligencias preparatorias. De manera particular, la falta de comparecencia del requerido carece de una regulación clara; por otra parte, la normativa sí establece efectos en cuanto a la falta de comparecencia del requerido, sin embargo, es bastante ambigua puesto que se limita a mencionar que para esta situación se aplicarán las disposiciones relativas al abandono de la causa, que se encuentra recogidas en el artículo 87 del Código Orgánico General de Procesos, sin embargo, este artículo únicamente regula la falta de comparecencia a audiencias y no es claro ni profundiza en la situación que respecta al requerido. El numeral 1 de esta norma establece que la falta de comparecencia de la parte actora o solicitante se considerará como abandono y se ordenará el archivo de la causa; empero en el numeral 2 en relación al demandado o requerido, solamente menciona que se continuará con la audiencia aplicando la sanción pertinente y perderá la oportunidad de hacer valer sus derechos. No obstante, la normativa

no es clara en especificar cuál será la sanción o el efecto concreto, no se impone una multa monetaria ni se establece un efecto claro para esta situación.

Este vacío que genera la normativa en cuanto a la regulación de efectos claros y específicos conlleva una vulneración del principio de seguridad jurídica. Es esencial destacar que se recoge en el artículo 82 de la Constitución de la República que este derecho a la seguridad jurídica se basa en el respeto y concordancia con la Constitución y en la existencia de normas previas, claras y públicas. Bajo este contexto, la regulación actual de las diligencias preparatorias presenta una deficiencia clara y notable, generando vacíos en cuanto a efectos y alcances de cada una de las diligencias preparatorias.

Capítulo IV: Análisis comparativo: Regulación de las Diligencias Preparatorias en el Código de Procedimiento Civil y Código Orgánico General de Procesos

4.1. Perspectiva actual de la aplicación práctica de las Diligencias Preparatorias de acuerdo con los Criterios no Vinculantes de la Corte Nacional de Justicia

Después de haber establecido como precedente el estudio de cada una de las regulaciones de las Diligencias Preparatorias, tanto la del Código de Procedimiento Civil que se encuentra actualmente derogada, como la del Código Orgánico General de Procesos hoy vigente, es necesario hacer un análisis minucioso de cada una de las diligencias recogidas en la actualidad en comparación a las contempladas en la normativa derogada, para demostrar la involución que se ha generado en esta figura jurídica desde la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos en el año 2016.

Tras haber realizado un análisis de la normativa que regula las Diligencias Preparatorias, conviene destacar criterios no vinculantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador sobre consultas que se encuentran directamente relacionados con la práctica de las diligencias preparatorias en la actualidad, con el objetivo de comprender cómo se encuentran tramitando en la práctica en la actualidad.

En la primera consulta, número 1244-P-CNJ-2018, del 26 de octubre del 2018, se aborda el tema de los requisitos que debe cumplir la solicitud de Diligencias Preparatorias debido a que generalmente se envían a completar la demanda cuando falta uno de los requisitos que se establecen en el artículo 142 del Código Orgánico de Procesos, sin embargo, en un proceso diferente, la Corte Provincial de Justicia de Pichincha resolvió que no cabe solicitar que se complete una demanda por no haber cumplido con el artículo mencionado sino únicamente con lo establecido en el artículo 121 del mismo cuerpo legal que establece que la solicitud deberá indicar nombres, apellidos y dirección del requerido, así como objetivo de la diligencia; por lo tanto, sería inconsecuente no aceptar a trámite la solicitud o el archivo de la misma. Se solicita un pronunciamiento de la Corte Nacional que establezca su posición sobre si el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos aplica o no a la solicitud de diligencias preparatorias o si para esta solo se deberán aplicar los artículos 120 y 121.

En este sentido, la posición de la Corte Nacional se basa en el análisis de los artículos 120 y 121 del cuerpo legal mencionado previamente; estableciendo que, las diligencias preparatorias son actos pre procesales que solicita una persona interesada en proponer una demanda que tiene la necesidad de preparar ciertos acontecimientos para hacerlo. En estos casos, la Corte Nacional concluye que, para este tipo de solicitudes, únicamente procederá lo establecido en los artículos 120 y 121 puesto que no es procedente que, se exija rigurosamente el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 142, sino los requisitos del artículo 121 que, en un sentido amplio, se estarían refiriendo a los requisitos generales e indispensables para cualquier trámite de carácter judicial, estos constituyen principalmente generales de ley de la persona solicitante y la finalidad de la práctica de la diligencia que tendrá que estar dentro de lo establecido en el artículo 120; así como los datos para citación de la persona requerida que es información indispensable en la solicitud.

Por otra parte, la consulta número 00604-P-CNJ-2018, del 24 de abril del 2018, la Corte Provincial de Justicia de Pichincha fundamentándose en el artículo 121 del Código Orgánico General de Procesos, cuestiona la pertinencia de una audiencia para las diligencias preparatorias, puesto que, según lo que se establece en el artículo 168 numeral 8 del Código mencionado, el proceso ecuatoriano se basa en un sistema oral, lo que lleva a cuestionarse sobre la necesidad de una audiencia, y de ser el caso, cuál sería el momento procesal oportuno para que se convoque a la misma. De esta manera, la respuesta de la Corte Nacional de Justicia se fundamenta en el artículo 69 del Código Orgánico General de Procesos que dispone que las audiencias se llevarán a cabo en razón de los casos previstos en el Código, en el caso de no ser posible el desarrollo de una audiencia deberá existir la debida constancia procesal.; por lo que, no cabrá el desarrollo de una audiencia en aquellos casos no previstos en el Código.

De esta manera, la Corte Nacional ha considerado pertinente hacer énfasis en que cada diligencia preparatoria cuenta con su propio trámite según las diferentes naturalezas que cada una tiene, por ejemplo, no será igual el desarrollo de las diligencia preparatoria de inspección que el de la exhibición; en el caso de la inspección sería ilógico que se desarrolle dentro de una audiencia debido a que esta diligencia conlleva la observación el juez directamente para la revisión de un hecho controvertido, mientras que la exhibición tendrá por objeto la presentación del documento o cosa mueble materia de la controversia; por consiguiente, el desarrollo de una diligencia preparatoria será diferente que el de otra

y deberán ser llevados a cabo de acuerdo a su naturaleza, de esta manera, como conclusión de la consulta realizada, se establece que se desarrollarán de acuerdo a la naturaleza de cada una de las diligencias preparatorias que se encuentran recogidas por la ley, no necesariamente dentro de una audiencia en estricto sentido. Si bien en el inciso final del artículo 123 establece que la falta de comparecencia tendrá los mismos efectos que en el caso de las audiencias, cada una tendrá su procedimiento diferenciado.

En la siguiente consulta a revisar, número 1009-PCNJ-2018, del 31 de julio del 2018; se cuestiona sobre la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo de manera que termine el proceso, puesto que el mismo juez que conoce de la diligencia preparatoria deberá conocer el proceso principal; basando la consulta en los artículos 19 de la Constitución de la República del Ecuador, 17 del Código Orgánico de la Función Judicial y 2 del Código Orgánico General de Procesos se cuestiona la posibilidad de aplicar esta normativa para llegar a una conciliación.

Al respecto, la Corte Nacional de Justicia, dentro del análisis que realiza para llegar a una contestación establece que, si después de presentada la solicitud y aceptada a trámite, efectivamente las partes involucradas tienen la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio al momento de llevar a cabo la diligencia preparatoria aunque no se trate de un juicio en estricto sentido sino de un acto pre procesal de preparación de un eventual juicio; sin embargo, es viable que las partes concilien en el caso de que exista un posible conflicto judicial futuro y de ser el caso, el juez tendrá la capacidad de aprobar el acuerdo conciliatorio mediante auto interlocutorio durante la práctica de la diligencia.

Sobre la aclaración que hace el Código Orgánico General de Procesos en el artículo 122 que establece “*además de otras de la misma naturaleza*” el presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha plantea la consulta número 0510-AJ-CNJ-2020 el 30 de julio del 2020 sobre si la declaración de parte para el reconocimiento de una deuda podría ser planteada como una diligencia preparatoria, estableciendo que en el numeral 1 del artículo 347 del Código Orgánico General de Procesos se considera como título ejecutivo la declaración de parte hecha con juramento ante juzgador competente; empero, la normativa que regula las diligencias preparatorias no recoge a esta declaración de parte como una diligencia preparatoria sino únicamente a la recepción de declaraciones urgentes.

Sobre esta consulta la Corte Nacional es clara y concisa en su contestación al señalar que si bien el Código Orgánico General de Procesos realiza una enumeración de las diligencias preparatorias que pueden solicitarse esta no es taxativa, al contrario, se trataría de ejemplos ilustrativos y por esta razón el Código establece que podrán solicitarse diligencias de la misma naturaleza; esto quiere decir que se podrán solicitar diferentes diligencias preparatorias siempre y cuando estas sean pertinentes y cumplan con la característica de ser preparatorias. Y en el caso específico de consulta sobre la declaración de parte para el reconocimiento de deuda, se encontraría dentro de las categoría de diligencia preparatoria por lo que se encontraría dentro de aquellas que pueden solicitarse.

No obstante lo anterior, tal como se hizo referencia en capítulos anteriores, conviene destacar que si la Corte Nacional ha emitido un criterio para una diligencia preparatoria en específico, la discrecionalidad que le otorga el Código Orgánico General de Procesos al juez con la expresión que se encuentra en el artículo 122 sobre la posibilidad de solicitar diligencias de la misma naturaleza es amplia, ambigua y da paso a la arbitrariedad de los jueces y a sus interpretaciones variadas, de tal manera que existirían tantas diligencias preparatorias como jueces en el Ecuador, puesto que dependerá de la percepción y criterio de cada juez respecto a la naturaleza de la diligencia solicitada para que sea admitida a trámite, siendo un problema notorio en la regulación de las Diligencias Preparatorias en el Código Orgánico General de Procesos que no se encontraba en el Código de Procedimiento Civil en virtud de que la normativa era clara y precisa en las diligencias que podían solicitarse.

Para finalizar, la consulta número 1165-P-CNJ-2021 del 29 de diciembre de 2021 interroga sobre la opción de oficiar a las instituciones públicas con la finalidad de obtener información del demandado puesto que no se encuentra contemplada dentro de las opciones enumeradas en el artículo 122 del Código Orgánico General de Procesos. Para la contestación, la Corte Nacional de Justicia se remite al artículo 56 y 120 ibidem y establece que la normativa no menciona cómo se realizará la localización y ubicación del domicilio del demandado dentro de una demanda, únicamente hace referencia a que cuando no se le pueda ubicar personal y directamente a la parte demandada en su domicilio, residencia o lugar de trabajo, deberá realizarse la citación por la prensa, después de haber declarado bajo juramento que es imposible determinar la individualidad del demandado después de haber realizado las diligencias suficientes para hacerlo,

concluyendo que no se podrá solicitar Diligencias Preparatorias que faciliten la localización del requerido, sino se deberá realizar dentro de un proceso iniciado conforme a las reglas de citación establecidas en el Código Orgánico General de Procesos.

4.2. Análisis comparativo de la normativa sobre las Diligencias Preparatorias en el Código Orgánico General de Procesos y el Código de Procedimiento Civil

Posterior a la revisión pormenorizada de la figura de las Diligencias Preparatorias en cada uno de los cuerpos normativos, es fundamentalmente necesario llevar a cabo una comparación en paralelo, deje entrever de manera precisa como la normativa a “avanzado”, no obstante, como se pudo analizar, también presenta varios errores, al mismo tiempo es imprescindible identificar los aciertos que presentaba la normativa derogada.

En primer lugar, sobre el procedimiento de las diligencias preparatorias, tanto la presentación de la solicitud como la manera en la que se llevaban a cabo, es preciso mencionar que, el Código Orgánico General de Procesos cuenta con una regulación extensa en términos generales, los artículos 120, 121 y 123 regulan a esta figura en aplicación, presentación y calificación de la diligencia y el procedimiento que se llevará a cabo. No es necesario hacer referencia nuevamente a los artículos puesto que fueron ya citados. Sobre este criterio, el Código Orgánico General de Procesos y el Código de Procedimiento Civil presentan un error semejante al establecer que todo juicio principia por demanda, pero podrán antecederle la práctica de diligencias preparatorias, esta es una disposición desatinada y si bien en la actualidad el Código Orgánico General de Procesos contiene disposiciones más amplias en este aspecto, se ha mantenido este error.

Por su parte, la normativa actual presenta una regulación sobre la aplicación de las Diligencias Preparatorias, haciendo referencia a las finalidades que obligatoriamente debe cumplir la solicitud de práctica de estas, estableciendo que en un futuro proceso el juzgador que conoció esta causa podrá conocer la causa principal. En un segundo aspecto, regula la manera en la que deberán ser presentadas estas solicitudes, estableciendo de manera clara la finalidad de la práctica solicitada, determinando que en caso de que se admita a trámite la solicitud se citará a la persona requerida y se fijará un día y hora para

que se lleve a cabo y también concreta las alternativas con las que cuenta el requerido. Sobre el procedimiento, la ley es sumamente concreta al determinar que la competencia del juzgador radica por sorteo en razón a la materia del proceso y este será el competente para conocer la causa principal. Sobre la falta de comparecencia, tan solo se refiere a que los efectos serán los mismos que en el caso de la falta de comparecencia a las audiencias.

No se realizará un estudio pormenorizado de esta normativa nuevamente, únicamente es necesario establecer un punto de comparación puesto que, el Código de Procedimiento Civil en su tiempo no recogía normativa general de manera expresa sobre estos aspectos que sí los recoge el Código Orgánico General de Procesos en la actualidad, aunque esta normativa presenta varios despropósitos a lo largo de su redacción. En la normativa derogada, la práctica de cada una de las diligencias preparatorias se encontraba en diferentes secciones a través de la normativa en las que se regulaba diversos aspectos sobre cada una, como se estudió en capítulos anteriores, desde el objetivo de cada una de ellas, los efectos que generaban al cumplimiento de la práctica o aquellos que se generaban en el caso de no cumplir con la disposición del juzgador, de la misma manera la forma en la que debían llevarse a cabo cada diligencia que recogía la normativa, puesto que tenían su propia manera de tramitarse acorde a su naturaleza.

Sobre esta comparación de la normativa que regula el procedimiento en las dos codificaciones, cabe destacar que es evidente el cambio y las diferencias entre el Código Orgánico General de Procesos y el Código de Procedimiento Civil, aunque la normativa actual podría haber sido regulada de forma que no genere vacíos legales ni ambigüedad, haciéndola funcional ahora. En la actualidad, a la normativa le hace falta regular el término en el que se deberá calificar la solicitud, al no encontrar esta regulación, en la práctica generalmente se hace referencia al término que aplicaría en el caso de la demanda, este será de 5 días.

Para empezar con la comparación de las diligencias preparatorias, haremos referencia a la exhibición en términos generales. Esta diligencia preparatoria se encuentra en el artículo 122 numeral 1 y 2 del Código Orgánico General de Procesos y artículo 64 numeral 2 y 3 y artículo 65 del Código de Procedimiento Civil. La diferencia entre ambas normativas en razón de esta diligencia es bastante amplia, por su parte, la normativa actual establece un listado de los documentos y bienes muebles susceptibles de ser exhibidos, en cambio, la normativa derogada era mucho más clara y concreta, en el caso de

documentos la normativa determinaba la posibilidad de solicitar la exhibición de todos aquellos documentos privados, excepto de aquellos cuya escritura original conste en registro público y de los cuales se pueda obtener copias, estableciendo la excepción en el caso de que en estas coste una nota y en este caso se debía establecer la relación de la práctica de la diligencia preparatoria con el futuro juicio que iba a iniciarse; mientras que en el caso de bienes muebles, permitía la exhibición de cualquier bien siempre y cuando se justificase la pertinencia y relevancia. En este sentido, el Código Orgánico General de Procesos presenta una serie de discrepancias que se hubieran evitado si la normativa hubiera sido clara al establecer una regla general en la cual procedería la exhibición.

En cuanto a la procedencia y las consecuencias o efectos legales que deberían generarse, la normativa actual es improductiva, puesto que mantiene la regla general en cuanto a la falta de comparecencia a las audiencias en el caso de solicitante, pues en lo que corresponde al requerido no hace mención más que a una presunción de mala fe; por su parte, en la regulación del Código de Procedimiento Civil el juez ordenaba la exhibición en un día y hora y en el caso de que no se cumpla con lo ordenado, el juez tenía la facultad de establecer una multa diaria entre 10 y 40 dólares diarios hasta que el requerido realice la exhibición del documento o de la cosa y esta multa podría prolongarse hasta un límite de 90 días; y después tal situación procedía a constituir precedente de mala fe.

En este sentido, se argumenta que la normativa derogada demostraba que era más eficiente que la que se encuentra en vigencia, puesto que el juez podía solicitar, en caso de considerarlo necesario, la exhibición del bien o documento solicitado de manera coercitiva; lo que, de una forma u otra, ejercía presión y obligaba al requerido a llevar a cabo la exhibición, lo que generaba una consecuencia legal funcional y efectiva para esta diligencia.

Sobre la diligencia preparatoria de reconocimiento de documentos privados, la normativa actual incurre en el mismo error nuevamente, no establece una manera de hacer efectiva la práctica de la diligencia, en la que sea el juez el que aplique coerción para que se cumpla con la misma una vez justificada la pertinencia de la práctica de la diligencia, lo que nuevamente convertiría a la práctica de esta diligencia en un sin sentido dentro de la normativa. El Código Orgánico General de Procesos determina en su artículo 217 que la parte que presente un instrumento privado original tendrá la posibilidad de solicitar el

reconocimiento de firma o rúbrica contenidas en este; no establece una consecuencia legal, una manera de hacer valer la petición de la parte actora, dejándola como una diligencia inútil en la práctica.

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil únicamente establecía como requisito justificar la pertinencia de la diligencia para que se lleve a cabo. De tal manera, el juez procedía a señalar fecha y hora para que el requerido comparezca y declare sobre si le corresponde la firma y rúbrica contenidas en el documento. En caso de no comparecer a la primera convocatoria, el juez convocaba una vez más y en caso de que el requerido nuevamente no compareciera, el juez procedía a ordenar el arresto; y si en este caso, el requerido se mantenía en la negativa de reconocimiento el juez declaraba el reconocimiento ficto.

Una vez más, la normativa actual presenta un retroceso en cuanto al cumplimiento de la diligencia preparatoria y a su efectividad, puesto que en la actualidad, al no proponer una manera en la que el juez pueda ordenar de manera obligatoria el cumplimiento de la diligencia en caso de considerarlo sumamente importante para un futuro litigio, la ley presenta un vacío que deja a la diligencia como letra muerta y completamente ineficaz en la práctica; debido a que, sin importar que la diligencia cumpla con todos los requisitos que la ley ordena y esta sea admitida a trámite, no generará un efecto para el requerido o una consecuencia legal que la haga mínimamente eficaz en la práctica.

En cuanto al nombramiento de curador y a la apertura de cajas o casilleros de seguridad en instituciones del sistema financiero son diligencias que no se encontraban contemplados en la normativa derogada por lo que realizar una comparación no tendría lugar en este caso. Sin embargo, es notable que la regulación de estas diligencias parece adecuada en la manera en la que ha sido recogida en el Código Orgánico General de Procesos. En cuanto a la falta de efectos, únicamente cabe resaltar que la diligencia de nombramiento de curador tiene como objetivo velar por los derechos de aquellas personas incapaces dentro un futuro juicio, por lo que la falta de comparecencia del actor se encontraría en concordancia con lo establecido en cuanto a la falta de comparecencia a las audiencias, es decir, el abandono de la causa. En cuanto a la diligencia de apertura de cajas o casilleros de seguridad en instituciones financieras, no existe mayor controversia, puesto que cuenta con su propia regulación en la Codificación de las Normas de la Superintendencia de Bancos que expresamente establece que la institución financiera no

puede negarse a la práctica de esta diligencia, lo que agilizaría su tramitación y tendría claramente una consecuencia legal dentro de un futuro proceso.

El artículo 122 numeral 6 recoge a la inspección preparatoria como una de las diligencias preparatorias que pueden solicitarse; la comparación entre la normativa actual y la normativa derogada nos permite observar que el Código de Procedimiento Civil otorgaba a los jueces la facultad de tomar las medidas que consideren necesarias para evitar un perjuicio para las partes o para el bien o hecho que se está inspeccionando, para evitar daños o que el daño se siga propagando, esta facultad podrá ejercerse durante la inspección mediante auto en el que especifiquen las medidas y la motivación de tomar aquellas. Actualmente, el Código Orgánico General de Procesos no contempla esta facultad que se consideraba relevante para evitar la pérdida o deterioro del hecho que constituye objeto del futuro litigio, lo que constituye uno de los objetivos que tienen que cumplir las diligencias preparatorias y se encuentra contemplado en la práctica de esta diligencia.

La manera en la que la normativa actual aborda esta diligencia preparatoria presenta varias inconsistencias, que fueron tratadas con anterioridad. No obstante, es importante señalar que el Código de Procedimiento Civil no establecía un efecto ante la falta de comparecencia, lo que bien podía entenderse en función de la naturaleza propia de la diligencia, debido a que, la obligación de realizar la inspección recae en el juez de manera personal. Aunque esto podría entenderse como una explicación de la falta de efectos en la normativa derogada, en la actualidad, se entendería que el requerido dentro de esta diligencia preparatoria sería la persona contra la que se iniciará el proceso principal. No obstante; esta observación constituye un comentario personal hacia el Código de Procedimiento Civil, pese a que en la actualidad no genera efectos normativos, es necesario que, para un análisis integral o estudio del Código, se tome en consideración la normativa y los fallos de aquella época de la Corte Suprema.

En cuanto a la recepción de declaraciones urgentes que se encuentran en el artículo 122 numeral 7, es necesario esclarecer que, en la actualidad, a diferencia de la regulación anterior, ya no existe confesión judicial sino declaración de testigos o de parte. Actualmente tiene que justificarse la pertinencia, objeto y necesidad de la declaración en relación con el asunto que será objeto del futuro proceso. El Código de Procedimiento Civil establecía de manera clara una consecuencia legal que convertía a la práctica de esta

diligencia en útil, de esta manera, establecía que en el caso de que el confesante no acuda a la diligencia, se le convocará por otra ocasión y en el caso de no comparecer, el juez le tendrá por confeso; además en caso de que comparezca y sus respuestas sean evasivas, el juez podrá nuevamente tenerle por confeso, y en el caso de que se haya convocado y el confesante no acuda, el juez podrá establecer una sanción diaria de cinco dólares, en el caso de que considere que es necesaria la práctica de esta diligencia en razón del futuro juicio. En este sentido, el Código Orgánico General de Procesos no presenta un efecto a la falta de comparecencia además del recogido como regla general en el inciso segundo del artículo 123, lo que una vez más provocaría que, en caso de que el requerido no comparezca, la falta de práctica esta diligencia no genere ningún efecto jurídico útil, aun cuando el juez considere necesaria la declaración.

Conclusiones y recomendaciones

Las Diligencias Preparatorias han sido encontradas durante la historia del Derecho Procesal mundial, desde el Derecho Romano se han podido evidenciar como aquellos actos previos a la demanda, cuya finalidad variaba desde evitar juicios innecesarios o el de identificar de manera correcta a aquel que constituiría la contraparte en un juicio futuro, posteriormente era el caso de realizar actos previos que le permitan al actor o bien sea practicar prueba que pueda perderse como era el caso de exigir al requerido la exhibición, en fin, resultaron en aquellas finalidades que se encuentran recogidas en la actualidad en el artículo 122 del Código Orgánico General de Procesos, lo que evidencia el avance que ha tenido esta diligencia a lo largo del tiempo y el origen de esta figura en el Derecho Romano.

El avance normativo del Derecho Procesal en el Ecuador ha sido amplio, presentando cambios, que contienen aciertos y errores en sus diferentes etapas y codificaciones; que si bien se podría decir que ha “avanzado” aún se pueden observar cómo se han mantenido definiciones incorrectas y falta de precisión en ciertos procedimientos, tal es el caso de las diligencias preparatorias en el cambio de normativa del Código de Procedimiento Civil al Código Orgánico General de Procesos, en el que se ha podido evidenciar una clara involución, además de la falta de efectos y consecuencias legales que sean útiles dentro de un proceso, cumpliendo netamente las finalidades que se recogen expresamente en la ley, sumado a esto, la normativa no recoge una definición o direccionamiento de lo que implica el procedimiento, se pueden sobreentender como

aquellos actos preparatorios de un proceso deduciendo de las finalidad que persiguen estos actos que se encuentran contenidas en el artículo 120. Este código se ha concebido como “innovador” desde sus inicios, un compendio de todas aquellas normas procesales, sin embargo, presenta varios errores como el de omitir definiciones, que a su vez fueron reguladas en el Código Orgánico de la Función Judicial, cuando por su naturaleza debieron haber sido recogidas en el Código Orgánico General de Procesos, mal podríamos decir que ha sido una innovación cuando se presentan varios errores, que en normativa anterior no se encontraban, convirtiendo a aquellos códigos derogados en un punto de partida para el análisis y comparación actual de la normativa que se encuentra vigente, además de la doctrina y jurisprudencia que se encuentran a disposición.

Posterior a la investigación realizada se pueden encontrar diversas conclusiones en razón de la figura jurídica materia de estudio, desde el Código de Enjuiciamiento en Materia Civil se puede observar que se mantiene el error de establecer que un juicio principia por demanda, empero podrán antecederle ciertas diligencias preparatorias. Si bien la Corte Nacional de Justicia, ha emitido un criterio sobre la manera en la que deberán ser presentadas, es decir, no existe la necesidad de que la solicitud sea contenida en una demanda, en la práctica se lleva a cabo de una manera diferente, y ha sido evidente que, de no ser así, los jueces solicitan que la demanda sea completada o directamente no son admitidas a trámite. En este sentido, es imperativo que exista normativa clara en este sentido, de manera no existan más disposiciones que den lugar a la discrecionalidad de los jueces para esta valoración, puesto que todos tendrán un punto de vista diferente de acuerdo a su sana crítica; y como se mencionó, al ser normativa de Derecho Público, la valoración no debería depender del criterio del juez sin un límite o un criterio de valoración impuesto por la ley.

Es importante resaltar que la falta de efectos claros en la normativa y consecuencias legales que respalden la utilidad de las diligencias preparatorias y que permitan que la práctica de las mismas sea efectiva en razón de los objetivos que han sido planteados en el código, aunque si bien existe una regla general, no rinde ningún resultado en cuanto a la falta de comparecencia, lo que genera una situación de incertidumbre y crea una situación de inestabilidad en la que una persona decida solicitar una diligencia sin saber con certeza si se aceptará a trámite en razón del criterio del juez y cuál será el efecto preciso que su solicitud generará; no existen disposiciones claras que permitan saber cuál será el resultado con respecto a la falta de comparecencia, a diferencia de cómo

se encontraban reguladas en el Código de Procedimiento Civil, puesto que este código era claro en cuanto a establecer efectos para cada una de las diligencias preparatorias que podían solicitarse.

En la actualidad, tanto ese aspecto como la práctica en sí de las Diligencias Preparatorias provoca que estas disposiciones legales se hayan convertido en letra muerta y sean ineficaces en la práctica, que no produce ningún efecto o consecuencia legal en ciertos casos. En este sentido, lo que se ha generado con estos errores que comete la normativa actual, es que la solicitud de estas diligencias se ha convertido en una pérdida de tiempo tanto para el solicitante como para el sistema judicial.

En la actualidad, la legislación debería enfocarse en corregir estos errores para evitar que las personas se encuentren en una situación de inseguridad o incertidumbre. Lo conveniente sería que la normativa establezca una sanción o multa para las diligencias cuya práctica sea considerada indispensable para un futuro proceso, tal es el caso de la exhibición de documentos o cosa mueble, de manera que se exija la comparecencia del requerido, puesto que su negativa no fundamentada sobre llevar a cabo la práctica genera un obstáculo significativo al desarrollo normal de un proceso, e incluso podría entorpecer por completo un futuro proceso, puesto que no podrán cumplirse con los objetivos que establece la normativa en el artículo 120, bien sea de determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes o el de anticipar la práctica de pruebas urgentes que pudieran perderse. Después de analizar la situación actual de la regulación de las Diligencias Preparatorias, en contraste con la regulación ya derogada, se puede entender la importancia que tendría la práctica adecuada y útil de una diligencia preparatoria, es decir, que genere efectos jurídicos tanto para la parte solicitante como para la parte requerida; sin embargo, si la norma no dispone un efecto claro, la importancia actual que reviste la práctica de las Diligencias Preparatorias podría considerarse insignificante dentro de la práctica procesal actual.

En relación a la discrecionalidad del juez para la valoración de las Diligencias Preparatorias que puedan realizarse, conforme a lo establecido en el artículo 120 que dispone “*además de otras de la misma naturaleza (...)*”, es importante considerar que el Código Orgánico General de Procesos, al ser una normativa de Derecho Público, debería proporcionar pautas claras y concretas que deberían seguir los jueces para dicha valoración; de lo contrario, existe la posibilidad de que originen tantas diligencias

preparatorias como jueces existen en el Ecuador, en otras palabras, esto provocaría una diversidad de criterios que tendrán un escenario diferente en cada caso debido a que cada juez tendrá su propia valoración de las diligencias que son de similar naturaleza de aquellas que se encuentran establecidas en la normativa, causando una proliferación desordenada de la práctica de las diligencias preparatorias, en donde un juez podrá o no aceptar a trámite una solicitud mientras que otro, de aquella misma diligencia no lo hará. El que se establezca un límite preciso para la valoración de estas diligencias en la normativa es necesario para que de esta manera se evite esta incertidumbre que afecta a las personas y profesionales del Derecho quienes se encuentran en una situación de duda al momento de considerar la solicitud de una diligencia preparatoria. En este sentido, la normativa debería ser clara y uniforme, para que la práctica de las Diligencias Preparatorias tenga coherencia, además para que exista una certeza mayor al momento de que estas se lleven a cabo.

En suma, el análisis comparativo realizado de las Diligencias Preparatorias en el Código Orgánico General de Procesos que se encuentra vigente desde el 2016 y del Código de Procedimiento Civil que se encuentra actualmente derogado permite identificar los errores que se generaron en la transición de normativas, que aunque la normativa actual intentó incluir en la legislación Ecuatoriana una suerte de código procesal innovador, incorporando un sistema oral, ha resultado en una involución de varias instituciones procesales, así como de las figuras jurídicas que se desprenden de ellas, tal es el caso de la regulación de las Diligencias Preparatorias que ha generado un escenario de incertidumbre en su práctica, presentando una serie de errores y omisiones tales como la falta de efectos y la discrecionalidad del juez que han convertido a estas diligencias en una práctica ineficaz y carente de resultados tangibles y relevantes dentro de los procesos.

Bibliografía

1. Arroyo Baltán, L. T. (2002). *Las garantías individuales y el rol de protección constitucional*. Cámara Ecuatoriana del Libro - Núcleo de Pichincha. ISBN 9978-42-213-7.
2. Asamblea Constituyente. (1869). Código de Enjuiciamientos en Materia Civil.
3. Asamblea Nacional de Ecuador. (2015, 12 de julio). Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial del Gobierno del Ecuador Suplemento N° 55.
4. Asamblea Nacional de Ecuador. (2015, 22 de mayo). Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial del Gobierno del Ecuador Suplemento N° 506.
5. Azula Camacho, J. (2015). *Manual de Derecho Procesal*. Editorial Temis S.A. ISBN 978-958-35-1037-3.
6. Beltrán Bonilla, J. V., Cortez de Ayala, I. M., & Flores Ochoa, N. E. (2019). *Eficacia de las diligencias preliminares promovidas por el futuro demandado*. Tesis de pregrado, Universidad de El Salvador. <https://ri.ues.edu.sv/id/eprint/21540/1/EFICACIA%20DE%20LAS%20DILIGENCIAS%20PRELIMINARES%20PROMOVIDAS%20POR%20EL%20FUTURO%20DEMANDADO..pdf>
7. Cabanellas de Torres, G. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental*. Heliasta, Buenos Aires, Argentina
8. Castrillo Santamaría, R. (2017). *La Preparación del Proceso Civil: Las Diligencias Preliminares*. Tesis doctoral, Universitat Rovira i Virgili, España. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=184556&orden=0&info=link>
9. Centeno Parraga, B. A. (2019). La institución jurídica del abandono en el sistema procesal ecuatoriano vigente. Tesis de posgrado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/14041/1/T-UCSG-POS-MDDP-27.pdf>
10. Congreso de Diputados de España. (1881, 3 de febrero). Ley de Enjuiciamiento Civil.
11. Corte Nacional de Justicia. Ecuador. Oficio Número 00604-P-CNJ-2018 (24 de abril de 2018). Criterio no vinculante de la Corte Nacional de Justicia.
12. Corte Nacional de Justicia. Ecuador. Oficio Número 0343-AJ-P-CNJ-2020 (12 de marzo de 2020). Criterio no vinculante de la Corte Nacional de Justicia.
13. Corte Nacional de Justicia. Ecuador. Oficio Número 0510-AJ-CNJ-2020 (30 de julio de 2020). Criterio no vinculante de la Corte Nacional de Justicia.
14. Corte Nacional de Justicia. Ecuador. Oficio Número 1009-PCNJ-2018 (31 de julio de 2018). Criterio no vinculante de la Corte Nacional de Justicia.
15. Corte Nacional de Justicia. Ecuador. Oficio Número 1165-P-CNJ-2021 (29 de diciembre de 2021). Criterio no vinculante de la Corte Nacional de Justicia.
16. Corte Nacional de Justicia. Ecuador. Oficio Número 1244-P-CNJ-2018 (26 de octubre de 2018). Criterio no vinculante de la Corte Nacional de Justicia.
17. Corte Nacional de Justicia. Ecuador. Oficio Número 853-P-CNJ-2019 (31 de octubre de 2019). Criterio no vinculante de la Corte Nacional de Justicia.
18. Corte Nacional de Justicia. Ecuador. Resolución Número 70 (2015). Juicio Número 17711-2014-0269.

19. Corte Suprema de Justicia (Gaceta Judicial III-5-N° 97 Tomo VIII)
20. Corte Suprema de Justicia (Gaceta Judicial II-S-N° 94)
21. Corte Suprema de Justicia (Gaceta Judicial VIII S N° 6 pg. 584)
22. Devis Echandía, H. (1984). *Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales, Tomo II, Novena Edición*. Editorial ABC, Bogotá. ISBN 9507272992.
23. Doctor Piedra Andrade, X. O. (2022). *Derecho Procesal II*. Universidad del Azuay.
24. Gozaíni, A. O. (2002). *Elementos de derecho procesal civil*. La Ley, Buenos Aires. ISBN 950-527-743-1.
25. Granda Torres, G. A. (2019). Fundamentos, naturaleza y límites de los procedimientos de diligencias preprocesales en el proceso civil. Tesis de posgrado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/13164/1/T-UCSG-POS-MDDP-6.pdf>
26. Guerrero Jiménez, W. C. (2012). Principios del derecho procesal. Tesis de posgrado, Universidad Andina "Simón Bolívar". <https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/8156/1/Walter%20Clemente%20Guerrero%20Jim%20C3%A9nez.pdf>
27. Hidalgo Cuasapaz, J. J. (2019). Las diligencias preparatorias y el debido proceso. Tesis de pregrado, Universidad Regional Autónoma de los Andes "UNIANDES". <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/10756/1/PIUAAB059-2019.pdf>
28. Hunter Ampuero, I. (2015). La negativa injustificada a la exhibición de la prueba documental en el proceso civil chileno: una solución epistemológica para superar una regulación deficiente. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLVI, 193-226. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512016000100006>
29. Lino Palacio, E. (1998). *Derecho Procesal Civil Tomo IV. Actos Procesales*. Editorial Temis S.A. ISBN 978-950-20-2282-3.
30. Lovato, J. I. (1962). *La nueva edición del Código de Procedimiento Civil*. Imprenta de la Universidad, Quito.
31. Lucero Hernández, C. A. (2019). La declaración de parte como diligencia preparatoria en el COGEP. Tesis de pregrado, Universidad Regional Autónoma de los Andes UNIANDES. <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/10129/1/TUTAB012-2019.pdf>
32. Peñaherrera, V. M. (1958). *Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal. Tomo Tercero*. Editorial Universitaria, Quito. ISBN mkt0004558004.
33. Quintero, B., & Prieto, E. (1992). *Teoría General del Proceso. Tomo I*. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. ISBN 978-95-835-0039-8.
34. Rifá Soler, J. M., Richard González, M., & Riaño Brun, I. (2010). *Derecho Procesal Civil*. Gobierno de Navarra, Instituto Navarro de Administración Pública. ISBN 978-84-235-3189-9.
35. Robalino, J. (2000). Algunas consideraciones sobre la confesión judicial. *Iuris Dictio*, 1(2). <https://doi.org/10.18272/iu.v1i2.539>
36. Rocco, U. (1983). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Editorial Depalma, Buenos Aires. ISBN 950-14-0010-7.
37. Ruiz Martínez, D. M. (2013). *Las declaraciones falsas de testigos en las informaciones sumarias realizadas para el secuestro violento en el artículo 208 del*

Código de Procedimiento Civil en la Notaría Quinta del Cantón Ambato en los meses de mayo a julio del 2012. Tesis de pregrado, Universidad Técnica de Ambato. <https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/5279/1/DER-675-2013-Ruiz%20David.pdf>

38. Superintendencia de Bancos. (2017). Codificación de las normas de la Superintendencia de Bancos. Libro I. Capítulo I. Resolución No. SB-2017-088 de 31 de enero de 2017; sustituida por resolución No. SB-2019-1010 de 25 de septiembre de 2019.
39. Troya Cevallos, J. A. (1978). *Elementos de Derecho Procesal Civil. Tomo I.* Ediciones de la Universidad Católica, Quito. ISBN 978-997-8966552-4.
40. Velasco Céleri, E. (1991). *Sistema de Práctica Procesal Civil. Tomo I. Estudio de las Diligencias Preparatorias.* Pudeleco Editores S.A., Quito. ISBN 9978966684.
41. Véscovi, E. (1984). *Teoría General del Proceso.* Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. ISBN 9586040305.