

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

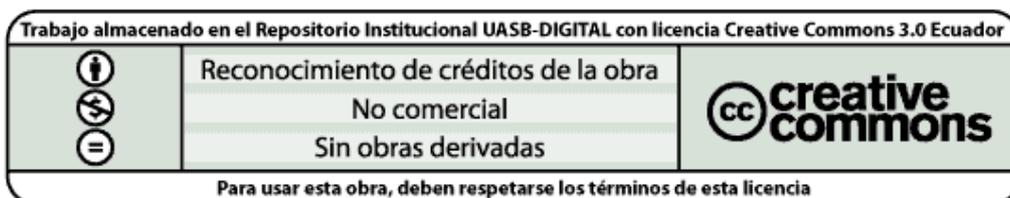
Programa de Maestría en Derecho Procesal

El deber judicial de admisión de los medios probatorios y la vulneración al derecho a la prueba en relación con el derecho a la defensa

Autora: Ana Gabriela Chumi Pasato

Tutora: Dana Abad Arévalo

Quito, 2017



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis.

Yo, Ana Gabriela Chumi Pasato, autor/a de la tesis intitulada “El deber judicial de admisión de los medios probatorios y la vulneración al derecho a la prueba en relación con el derecho a la defensa”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha:

Firma:

Resumen

El derecho constitucional a la prueba no es absoluto, se encuentra limitado por los requisitos intrínsecos de la prueba que son inherentes a la actividad probatoria, requisitos que se derivan de los principios judiciales de la prueba y que se traducen en los parámetros para la calificación de la admisibilidad de los medios probatorios por parte del juzgador como un deber ineludible y circunscrito a un momento procesal determinado (audiencia preliminar o única), requisitos o límites que deben encontrar equilibrio con el derecho a la defensa de las partes.

El objetivo del presente estudio es determinar si la indebida interpretación o aplicación por parte del juzgador de los parámetros legales para la calificación de la admisibilidad de los medios de prueba vulnera o limita el derecho a la prueba vinculado con el derecho a la defensa; asimismo se definirá a la pertinencia, conducencia, utilidad y legalidad.

El papel del juez es preponderante en el examen de admisión de los medios probatorios porque garantiza el derecho de las partes a la prueba, la materialización de la admisión o inadmisión se plasma en una resolución motivada; las resoluciones carentes de motivación o arbitrarias que deniegan una prueba, la omisión del examen de admisión de los medios de prueba propuestos, y la falta de práctica de los medios admitidos vulneran el derecho a la prueba porque lo limitan o lo niegan; pero la admisión de un medio de prueba de forma arbitraria o inmotivada no vulnera el derecho a la prueba, sino que dilata y encarece el proceso. Estas resoluciones son susceptibles de impugnación.

Las vulneraciones al derecho a la prueba conllevan vulneración al derecho a la defensa como garantía del debido proceso, el remedio procesal que la legislación establece es la interposición de los medios de impugnación.

Derecho a probar; admisión; medios probatorios; derecho a la defensa.

Dedicatoria

A la luz de mi vida, mi pequeño Roberto Carlos

El deber judicial de admisión de los medios probatorios y la vulneración al derecho a la prueba en relación con el derecho a la defensa

Introducción.....	7
Capítulo primero	
Principios y requisitos de la prueba judicial.....	8
1. Los principios de la prueba judicial y el debido proceso	8
1.1. Noción de prueba.....	8
1.2. Fuentes y medios de prueba	9
1.3. Objeto de prueba y tema de prueba	10
1.4. Principios procesales de la prueba.....	11
1.5. El debido proceso	21
2. Los requisitos intrínsecos y extrínsecos de la prueba.....	25
3. La pertinencia, utilidad y conducencia	28
3.1. La pertinencia	28
3.2. La conducencia	30
3.3. La utilidad.....	31
Capítulo segundo	
El derecho a la prueba	32
1. El derecho a la prueba relacionado con el derecho a la defensa.....	32
1.1. El derecho a la defensa	32
1.2. Derecho a la prueba	35
2. Las facultades de los jueces en torno al derecho a la prueba	43
2.1. La iniciativa judicial en materia probatoria.....	44
2.2. La prueba de oficio o prueba para mejor proveer.....	56
2.3. Límites probatorios de la iniciativa probatoria de los jueces	58
3. La calificación de la admisibilidad o inadmisibilidad de los medios probatorios en el proceso por audiencias instaurado en el Código Orgánico General de Procesos	60
3.1. La audiencia preliminar	61
3.2. El examen de admisión de los medios de prueba	66
3.3. La inadmisión de los medios de prueba	68

3.4. La resolución de admisión o inadmisión de un medio de prueba.....	69
3.5. Doctrinas sobre la admisión de los medios de prueba.....	70

Capítulo tercero

Problemas procesales en torno a la admisibilidad de los medios probatorios.....	73
1. La imparcialidad del juez en la calificación de la admisibilidad de los medios probatorios.....	73
2. Parámetros para la calificación de la admisión de los medios probatorios .	78
2.1. La pertinencia de los medios de prueba y de los hechos	78
2.2. La utilidad.....	82
2.3. La conducencia	84
2.4. La legalidad	84
2.5. Decálogo para la admisión de la prueba.....	86
3. La impugnación de la resolución que inadmite el medio probatorio como remedio procesal a la vulneración del derecho a la defensa	88
3.1. La reforma	89
3.2. La apelación.....	90
3.3. Casos de vulneración al derecho a la defensa vinculado con el derecho a la prueba.....	93
3.4. Prueba admitida, practicada y no valorada en la sentencia.	102
3.5. La prueba en segunda instancia	103
Conclusiones.....	107
Bibliografía.....	109
Publicaciones	109
Normativa	118
Jurisprudencia.....	118

Introducción

Si la prueba tiene importancia en todas las manifestaciones de la vida humana, no es de extrañar su relevancia en el campo del derecho, por lo que con mucha razón se dice que la prueba constituye el corazón del proceso. Para iniciar este estudio se partirá de conceptos clásicos del derecho probatorio, se establecerá los principios de la prueba judicial de acuerdo al sistema jurídico ecuatoriano, temas que se abordarán en el capítulo primero.

El capítulo segundo comprende un enfoque del derecho a la prueba vinculado íntimamente con el derecho de defensa, y que forman parte de las garantías básicas del proceso. El derecho a la prueba desde su configuración legal y constitucional lleva intrínsecos los derechos a la proposición, admisión, práctica y valoración de la prueba.

La proposición de la prueba que efectúe el actor o el demandado deben sujetarse a los requisitos intrínsecos de la prueba o límites intrínsecos, y en este sentido la admisión de los medios de prueba propuestos como deber ineludible del juez se circunscribe a la observancia de la pertinencia, conducencia, utilidad y legalidad de los medios de prueba propuestos y que constituyen los parámetros legales de admisión, reflejo de los principios de la prueba judicial.

La admisión de los medios de prueba se sujeta a un examen de admisibilidad, es decir a la observancia de parámetros legales de admisión y presupuestos formales de proposición. Este examen se efectúa en la audiencia preliminar o audiencia única dependiendo del tipo de procedimiento y se plasma en una resolución oral, motivada, individualizada y sujeta a impugnación.

En el capítulo tercero se estudiará los problemas procesales en torno a la admisión y la posible vulneración del derecho a la defensa en los siguientes casos: Cuando la resolución de inadmisión es arbitraria o carece de motivación, cuando el juzgador omite realizar el examen de admisibilidad; y, cuando la prueba admitida no se practica por omisión del órgano judicial o por causas no imputables al proponente. Así mismo, se revisará, sí la resolución que admite un medio probatorio que no cumple con los parámetros legales de admisión vulnera o no el derecho a la prueba relacionado con el derecho a la defensa.

Capítulo primero

Principios y requisitos de la prueba judicial

“La administración de justicia sería imposible sin la prueba, lo mismo que la prevención de los litigios y la seguridad en los propios derechos y en el comercio jurídico en general. No existiría orden jurídico alguno.”

Devis Echandía

En la actualidad la prueba tiene una gran importancia, no solo procesal sino extraprocesal, con el advenimiento del constitucionalismo, la prueba se ha configurado como un derecho constitucional.

1. Los principios de la prueba judicial y el debido proceso

Para abordar el estudio de los principios de la prueba judicial es necesario tener presente conceptos clásicos del derecho probatorio relacionados con el tema de estudio, partiré brevemente de la noción de prueba, para definir los conceptos de medios y fuentes de prueba, y delimitar qué se entiende por objeto y tema de prueba para finalmente desarrollar los principios de la prueba judicial relacionados con el debido proceso.

1.1. Noción de prueba

La noción de prueba ha trascendido al campo general del derecho, e inclusive está presente en todas las manifestaciones de la vida humana. Su importancia para el proceso es fundamental en razón que sin ella los derechos subjetivos de una persona sufrirían una irreparable violación por los demás y el Estado no podría ejercer su función jurisdiccional para mantener la armonía social y restablecer el derecho conculcado.¹

Xavier Abel Lluch define la prueba como: “la actividad desplegada generalmente por las partes, y excepcionalmente de oficio por el juez, cuya finalidad es verificar las afirmaciones sobre los hechos aportados por las partes y determinar la

¹ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, t. I (Buenos Aires: Fidenter, 1970), 9-13.

certeza de los hechos controvertidos, que se plasman en la sentencia a través de la motivación fáctica, basada ora en reglas tasadas ora en la sana crítica”.²

Para Devis Echandía las pruebas judiciales constituyen: “el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso”;³ y en sentido estricto lo define como: ‘las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos’.⁴

Con gran razón se sostiene que la prueba constituye el corazón del proceso, es una de las fases determinantes para demostrar las afirmaciones realizadas por el actor en sus pretensiones, como las realizadas por el demandado en sus excepciones, y lograr que el juez forme su convencimiento sobre la realidad de los hechos y restituya el derecho conculcado para alcanzar finalmente la anhelada paz social, coincidiendo con Abel Lluch la prueba es una actividad de verificación de las afirmaciones de los hechos realizadas por las partes.

Doctrinariamente, desde el punto de vista procesal, a la prueba se le reconoce tres aspectos: 1) como medio o instrumento; 2) como fuente; y, 3) como el convencimiento por parte del juez de la existencia o no de los hechos fijados previamente por las partes en la audiencia previa, y que formaron parte de la actividad probatoria, es decir de las afirmaciones de los hechos realizadas por las partes.

1.2. Fuentes y medios de prueba

Los medios de prueba son instrumentos o elementos utilizados por las partes y el juez para obtener la prueba, por estos medios, el juez conoce el hecho fuente y de este deduce el hecho que se va a probar, son vehículos de la prueba que suministran al juez las razones y motivos para considerar la certeza de los hechos, y son modos aceptados en cada ley procesal;⁵ es decir, los medios de prueba existen en y para el proceso, y son vehículos que proporcionan pruebas judiciales.

² Xavier Abel Lluch, *Derecho Probatorio* (España: J.M. Bosch, 2012), 19.

³ Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 15.

⁴ *Ibíd.*, 29, 34.

⁵ *Ibíd.*, 29, 271.

Las fuentes, por el contrario, preexisten al proceso, son ilimitadas,⁶ y son los hechos narrados o contenidos en los medios de prueba y que sirven para establecer el hecho que se debe probar; las fuentes son asumidas por el juez a través de operaciones mentales de percepción y deducción con preponderancia de una u otra, según que el hecho que prueba se identifique o no con el hecho que se debe probar.⁷ Para Carnelutti, la fuente es: “el hecho del cual el juez obtiene o extrae la conclusión”.

Juan Montero Aroca señala que la diferencia conceptual entre medio y fuente radica que en el proceso se realiza una actividad de verificación, la misma que se realiza a través de la fuente de prueba que preexiste al proceso, en tanto que el medio de prueba constituye la actividad, la actuación procesal que introduce la fuente al proceso.⁸

1.3. Objeto de prueba y tema de prueba

Es preciso diferenciar entre objeto de prueba judicial y tema de la prueba. Por objeto de la prueba se debe entender a todos los hechos presentes, pasados o futuros y los que se asimilan a éstos, entendiéndose por hechos a todo lo que puede ser percibido y que son susceptibles de comprobación o demostración histórica y lógica ante el órgano jurisdiccional por ser de interés para el proceso,⁹ incluyendo el derecho y las máximas de experiencia; para algunos tratadistas, el objeto de la prueba no son los hechos, sino las afirmaciones que sobre los hechos efectúan las partes, sin embargo, el hecho como la afirmación sobre el hecho son importantes para el derecho probatorio, el primero desde una perspectiva preprocesal porque deberá ser investigado para su introducción en el proceso y el segundo desde una perspectiva procesal porque la afirmación deberá ser probada para lograr la convicción del juez.¹⁰

El tema o necesidad de prueba o *thema probandum* es una noción objetiva y concreta, que determina la materia de la actividad probatoria o el panorama probatorio en cada proceso, y comprende hechos determinados sobre los que versa el debate o la cuestión voluntaria planteada;¹¹ es decir, los hechos que deben probarse, sin determinar

⁶ Abel Lluch, “Derecho Probatorio”, 24.

⁷ Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 272-3.

⁸ Juan Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, 7a. ed. (España: Arazandi, 2012), 147; Juan Montero Aroca y otros, *Derecho jurisdiccional II*, 22ª. ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), 234-9.

⁹ Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 142-185.

¹⁰ Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 65-6.

¹¹ Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 142, 186-7.

a qué parte le corresponde suministrar la prueba o tiene la carga de la prueba para obtener resultados favorables en la relación jurídica procesal.

1.4. Principios procesales de la prueba

La Teoría General de la Prueba Judicial reconoce una variedad de principios que orientan la producción, recepción y valoración de la prueba judicial. Sin pretender establecer una lista exhaustiva se enuncia los siguientes: 1) Principio de la necesidad de la prueba y prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos, 2) principio de eficacia jurídica y legal de la prueba, 3) principio de la unidad de la prueba, 4) principio de la comunidad o de la adquisición de la prueba, 5) principio del interés público de la función de la prueba, 6) principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba, 7) principio de la contradicción de la prueba, 8) principio de publicidad de la prueba, 9) principio de igualdad de oportunidad para la prueba, 10) principio de la formalidad y legitimidad de la prueba, 11) principio de la legitimación para la prueba, 12) principio de la preclusión de la prueba, 13) principio de la inmediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba, 14) principio de la imparcialidad del juez en la dirección y apreciación de la prueba, 15) principio de la originalidad de la prueba, 16) principio de la concentración de la prueba, 17) principio de la libertad de la prueba, 18) principio de la pertinencia, idoneidad y utilidad de la prueba, 19) principio de la naturalidad o espontaneidad y licitud de la prueba y del respeto a la persona humana, 20) principio de la obtención coactiva de los medios materiales de la prueba, 21) principio de la inmaculación de la prueba, 22) principio de la evaluación o apreciación de la prueba, 23) principio de la carga de la prueba y la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad, 24) principio de la oralidad en la práctica de la prueba, 25) principio inquisitivo en la obtención de la prueba, 26) principio de la no disponibilidad e irrenunciabilidad de la prueba, 27) principio de la gratuidad de la prueba.¹²

Sin menoscabar la importancia de cada uno de los principios enunciados, se estudiará los relacionados a una parte de la actividad probatoria como es la admisibilidad de los medios de prueba por parte del juez, atendiendo el debido proceso,

¹² Devis Echandía, "Teoría general de la prueba judicial", 114-140; Víctor de Santo, *La Prueba Judicial*, 3a. ed. (Buenos Aires: Universidad, 2005), 64-90.

y la reforma en materia procesal civil con la implementación de un proceso por audiencias, ante la vigencia del Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP).

1.4.1. Principio de la necesidad de la prueba

El principio de la necesidad de la prueba y la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos, garantiza que, la decisión judicial sea dictada con fundamento en hechos demostrados con pruebas aportadas por las partes, o por el juez si tiene dichas facultades, y prohíbe que el juez aplique su conocimiento privado y personal de los hechos.¹³ Para Devis Echandía este principio constituye: “una inapreciable garantía para la libertad y los derechos del individuo, que de otra manera estarían en manos de jueces parciales y a merced de decisiones que no podrían ser revisados por el superior”.¹⁴ Este principio, se complementa con el principio de eficacia jurídica y legal de la prueba, la eficacia jurídica de la prueba, permite que el juez llegue al convencimiento o certeza respecto de los hechos controvertidos a través de los medios de prueba reconocidos como tal en la legislación, pues si la prueba es necesaria, ésta debe ser eficaz jurídicamente, para dotar de certeza al juzgador.

1.4.2. Principio de oralidad

El principio de oralidad en la práctica de la prueba, se refiere a que la proposición de los medios de prueba que hubieran efectuado actor y demandado en la demanda y contestación a la misma son de forma oral, siendo preciso recordar que la admisión se efectúa en la audiencia preliminar o única (dependiendo del tipo de procedimiento), momento procesal en que el juez tiene la obligación de calificar su admisibilidad o inadmisibilidad también de forma oral. “El principio de oralidad hace girar la atención del juez que se encuentra concentrado en la aplicación de la norma hacia la confirmación del hecho, y por tanto hacia la formulación y contradicción de la prueba”.¹⁵

¹³ *Ibíd.*, 64 y 11564.

¹⁴ Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 115.

¹⁵ Diana María Ramírez Carvajal, “La oralidad y su relación con los poderes de instrucción”, en Michele Taruffo y otros, *Constitución y Proceso* (Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú / ARA Editores, 2009), 400.

Es sabido que la oralidad favorece la inmediación, concentración y publicidad, principios interdependientes entre sí, Joan Picó i Junoy ratifica esta estrecha relación cuando expresa: “Para que el principio de oralidad despliegue su máxima eficacia es preciso que los actos orales se desarrollen ante el juez, de manera concentrada y con posibilidad de ser controlados por terceras personas, esto es, con inmediación, concentración y publicidad, garantías todas ellas para la plena efectividad del principio de oralidad [...]”.¹⁶

La implementación de este principio en el proceso civil, no implica la eliminación de la escritura, o que todos los actos sean orales, por el contrario, se establece el predominio de la oralidad sobre la escritura utilizando la técnica de las audiencias; en nuestro país la oralidad en la sustanciación de los procesos se reguló en la Disposición Transitoria Vigésima Séptima de la Constitución de 1998 aunque no se implementó para el proceso civil. Luego, la Constitución de 2008 establece los principios de la administración de justicia, entre los que consta que, la sustanciación de todos los procesos, en todas las instancias se efectuarán por el sistema oral, así mismo el Código Orgánico de la Función Judicial reconoce a la oralidad como un principio de las normas procesales, y con la expedición del COGEP se introduce el proceso oral por audiencias para materias no penales.

Juan Montero Aroca considera que la oralidad no es un verdadero principio del proceso, aunque se ha convertido en la panacea de todos los males, un mito político en lugar de formar parte de la legislación procesal, se asimila como un principio que se refiere a la forma, al procedimiento, como una regla técnica: “a pesar de que la oralidad rectamente entendida no pasa de ser una regla atinente a la forma de los actos procesales”,¹⁷ la oralidad se puede entender como: ‘un elemento más para alcanzar tanto la eficacia de la función jurisdiccional como la meta de la garantía del proceso’.¹⁸

En concordancia con Montero Aroca, se considera que el principio de la oralidad no es un verdadero principio del proceso en razón que no es inmutable, y varía dependiendo del sistema procesal vigente que adopte un país, sea oral o escrito; por ello,

¹⁶ Joan Picó i Junoy, *El principio de oralidad en el proceso civil español*, <<http://www.uv.es/coloquio/informes/ip25esp.pdf>>.

¹⁷ Juan Montero Aroca, "La oralidad en el modelo garantista del proceso civil", en Andrés de la Oliva Santos y Diego Iván Palomo Vélez, coord., *Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil* (Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007), 255-7, 272.

¹⁸ *Ibíd.*, 282.

se trata de un principio de carácter técnico que se refiere a la forma de sustanciar el proceso, esto es, con el predominio de actuaciones orales sobre las escritas.

1.4.3. Principio de la inmediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba

La inmediación permite que el juez tenga una mejor apreciación de la prueba, se convierta en el director del debate probatorio, en razón que las pruebas propuestas por las partes serán admitidas o inadmitidas por el juez en la audiencia preliminar o única, y su práctica se efectuará en la audiencia de juicio ante el mismo juez y con la presencia de las partes, quienes pueden refutar las pruebas presentadas; el principio de inmediación garantiza, además, que el juez que conoce la prueba será el que la valore y dicte la respectiva sentencia.

Este principio garantiza la práctica de la prueba con la presencia y participación del juez, donde la intermediación no tiene cabida porque el juez debe formar su convicción sobre los hechos oídos y vistos,¹⁹ y por excepción en el reflejo documental del resultado de la actividad probatoria. Por ello, este principio implica que: “la comunicación personal del juez con las partes y el contacto directo de aquel con los actos de adquisición, fundamentalmente de las pruebas, como instrumento para llegar a una íntima compenetración de los intereses en juego a través del proceso y de su objeto litigioso”.²⁰

Para Xavier Abel Lluch, este principio tiene un doble alcance:

a) En sentido amplio, se refiere a la presencia judicial en la práctica de las pruebas, como requisito de formalidad o seriedad; y b) en sentido estricto, alude al contacto directo del juez con las fuentes de prueba, de manera que el juez ha presenciado la prueba sea el mismo que dicte la sentencia.

En sentido amplio, la inmediación comporta que las declaraciones de las partes y testigos, los careos, la contradicción del dictamen pericial y cualquier acto de prueba se lleva a cabo en presencia del juez o tribunal que conozca del asunto [...] Y en sentido estricto, significa que las vistas que tengan por objeto oír a las partes, testigos y peritos se

¹⁹ Diego Palomo Vélez, “Proceso Civil Oral ¿Qué modelo de juez requiere?”, en Andrés de la Oliva Santos y Diego Iván Palomo Vélez, coord., *Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil* (Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007), 235-6.

²⁰ Santiago Pereira Campos, “20 años de aplicación en Uruguay del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica”, en Raúl Tavolari Oliveros, coord., *Derecho Procesal Contemporáneo: Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, t. II (Chile: Puntotext, 2010), 1346-7.

celebran ante el juez o tribunal que conozca el asunto [...] y que el juez que asistió a la vista o comparecencia debe ser el que dicte sentencia.²¹

El principio de inmediación no se aplica en el proceso escrito, por ejemplo, en la fase de la práctica de la prueba, esta se evacua en presencia de otros funcionarios judiciales y no precisamente ante el juez. Situación que varía en el proceso oral por audiencias porque existe una mayor inmediación del juez con el proceso y con las partes procesales, pues el abogado y su cliente tienen una relación estrecha con los hechos objeto de prueba, pero el juzgador no goza de la misma relación con los hechos, sino que esta se forma del conocimiento de las pretensiones de las partes procesales, en la fijación de los hechos controvertidos, con la proposición de la prueba y, finalmente, del debate probatorio en torno a la admisión.

Es decir, el conocimiento del juzgador se forma durante el desarrollo del proceso, gracias al principio de inmediación, que lo obliga a estar presente durante la tramitación de cada procedimiento, sin que pueda delegar a otros funcionarios dicho deber, como sucedía en el procedimiento escrito.

1.4.4. Principio de concentración

Por el principio de la concentración de la prueba se busca que la práctica de las pruebas se realice en un acto único, así todas las pruebas solicitadas y admitidas deben practicarse concentradamente en la audiencia de juicio, buscando que entre la práctica de la prueba y la sentencia transcurra el menor tiempo posible para que el juez conserve el recuerdo más exacto posible de las pruebas practicadas ante él;²² al relacionarse estrechamente con la inmediación, la concentración tiene como objetivo fundamental que: “el juez retenga de las pruebas practicadas lo sea en forma sucesiva; de tal manera, que le permite ir haciendo el trabajo de comparación y ensamble”.²³

Este principio tiene excepciones como es el caso de la prueba practicada fuera de la jurisdicción del juez que conoce el juicio o, en el caso de las diligencias preparatorias para anticipar la prueba que puede perderse y que ha sido practicada en otra

²¹ Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 209-11.

²² *Ibíd.*, 208-9.

²³ Jairo Parra Quijano, “¿Qué es realmente la inmediación?”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix - Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho*, t. X (México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008), 382.

jurisdicción, aunque el COGEP establece que el juez que conoce la diligencia preparatoria también es competente para conocer la demanda principal existen reglas de competencia que deben observarse en cada caso.

1.4.5. Principio de publicidad

Por el principio de publicidad de las pruebas se garantiza que todas las diligencias de prueba se desarrollen en audiencias públicas, e implica una publicidad interna en razón que la actividad probatoria se desarrolla con la presencia e intervención de las partes, y una publicidad externa orientada al control por la sociedad de la actividad jurisdiccional.²⁴ Este principio no es absoluto porque se reconocen límites a la publicidad del proceso cuando se trata de secretos de Estado, orden público o asuntos de menores.

1.4.6. Principio de contradicción

Principio de contradicción de la prueba o principio de la bilateralidad o controversia referido a la práctica de la prueba en el proceso civil, significa que las pruebas se han de practicar con plena intervención de todas las partes, es inseparable del derecho a la defensa,²⁵ la parte a quien se le opone una prueba debe tener la oportunidad procesal de conocerla, discutirla y desvirtuarla con otras pruebas en una audiencia,²⁶ es decir, las partes tienen derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en la formación de las pruebas por el principio de inmediación,²⁷ cuando no se le notifica a una de las partes para la práctica del medio de prueba se debe suponer la nulidad de lo actuado por indefensión, porque este principio pertenece a la esencia del proceso.²⁸

La Corte Constitucional para el Período de Transición, en Sentencia No. 031-10-SCN-CC, de 2 de diciembre de 2011, sobre la consulta de constitucionalidad respecto al inciso segundo del artículo 581 del Código del Trabajo, establece que la limitación a la contradicción de las pruebas por una de las partes procesales provoca un desbalance procesal, limitando la garantía al derecho a la defensa, vinculado con el debido proceso:

²⁴ Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 211-12.

²⁵ *Ibíd.*, 210.

²⁶ Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 123.

²⁷ Parra Quijano, “¿Qué es realmente la inmediación?”, 383.

²⁸ Montero Aroca, “La prueba en el proceso civil”, 209.

El principio de contradicción, conforme se ha indicado, se encuentra directamente vinculado con la mayoría de los principios y garantías procesales, por esto tiende a ser un requisito de obligatoria observancia para la efectiva garantía del debido proceso, ya que su inobservancia origina un desequilibrio en cuanto a la posición de las partes, limitándose el derecho de defensa de una de las mismas.

De la norma recurrida se refleja la limitación del derecho de contradicción de las pruebas documentales, y por consecuencia se vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva antes referida, y al debido proceso, por lo cual, esta Corte reitera su rechazo a las acciones por las que se limitan dichos derechos, y que se encuentran establecidos en los literales a, b, d y h del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República.²⁹

Acogiendo esta sentencia de inconstitucional del segundo inciso del artículo 581 del Código de Trabajo, la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, mediante sentencia de fecha 17 de junio del 2014, dentro del Juicio No. 42-2013,³⁰ por reclamaciones laborales, señala, que es arbitraria la valoración realizada por el tribunal *ad quem* de pruebas que no fueron sujetas a contradicción por una de las partes procesales, por ello, dicha valoración no es correcta, y contraviene disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 75, 169 y 172 y disposiciones legales del Código Orgánico de la Función Judicial y Código del Trabajo.

Efectivamente, la limitación a la contradicción provoca una desigualdad procesal, y por ende una vulneración al derecho a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, pues es imprescindible que las partes procesales puedan refutar las pruebas presentadas en su contra y desvirtuarlas con otras pruebas.

1.4.7. Principio de igualdad

El principio de igualdad de oportunidades para la prueba o igualdad de armas, es una manifestación del principio general de la igualdad de las personas ante la ley, y garantiza que las partes gocen de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas, así como para la refutación o la contradicción de las mismas, así las partes procesales no tienen privilegios, ni ventajas.

²⁹ Ecuador. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 031-10-SCN-CC, de 2 de diciembre de 2011, en *Registro Oficial, Suplemento* No. 372, de 27 de enero de 2011.

³⁰ *Ibíd.*, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Laboral, [Sentencia de fecha 17 de junio de 2014], en *Gaceta Judicial*, 14, año 2015, serie XVIII.

Esta igualdad de oportunidades no debe confundirse con la igualdad en la distribución de la carga de la prueba para las partes,³¹ porque el principio de la carga de la prueba y autorresponsabilidad de las partes por su inactividad contiene: 1) Una regla de conducta para el juzgador que es imperativa y se aplica ante la falta de prueba, debiendo fallar de fondo sin que pueda abstenerse; y 2) una regla de conducta para las partes, que es facultativo y se traduce en el principio de autorresponsabilidad de las partes, por el que las partes tienen poder para aducir la prueba pero también tienen libertad para no hacerlo, pero deberán soportar las consecuencias adversas por su inactividad, sea por descuido, pereza o negligencia.³²

1.4.8. Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba

El principio de la formalidad y legitimidad de la prueba permite la publicidad de las pruebas y su presentación oportuna en el proceso, e implica dos aspectos para la validez de la prueba: 1) Que la prueba sea llevada al proceso con los requisitos procesales exigidos por la ley, es decir que cumpla con las formalidades de tiempo, modo y lugar; y, 2) utilizando medios moralmente lícitos y por quien tenga legitimación para aducirla, que comprende la obtención de la prueba, tanto en la fuente como en la actividad misma.³³

Este principio comprende que la prueba propuesta, admitida y valorada cumpla con requisitos intrínsecos y extrínsecos; los requisitos intrínsecos engloban a las circunstancias de tiempo, modo y lugar; y, los extrínsecos abarcan la ausencia de vicios (error, dolo, violencia, inmoralidad).

1.4.9. Principio de imparcialidad

La imparcialidad del juez y de los funcionarios judiciales constituye un principio general del proceso, que debe siempre estar orientado a la búsqueda de la verdad material cuando admite los medios probatorios y decreta las pruebas a solicitud de parte, y cuando ordena prueba de oficio; la prueba de oficio obedece al principio inquisitivo en la ordenación y práctica de las pruebas, por el que los jueces deben tener facultades para

³¹ De Santo, “La prueba judicial”, 75-6.

³² Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 393-493.

³³ *Ibíd.*, 125.

ordenar y practicar pruebas oficiosamente cuando es necesario o conveniente para comprobar la realidad de los hechos alegados.³⁴

Se establecen límites a la prueba de oficio referente a que no se puede introducir hechos distintos a los alegados por las partes, no se puede utilizar fuentes distintas a las que obran del proceso y se debe garantizar la contradicción,³⁵ para algunos doctrinarios esta facultad se convierte en un deber del juez, y para otros no es una obligación que las partes puedan exigir, su infracción no genera nulidad.³⁶

1.4.10. Principio de la libertad de la prueba

Este principio se encuentra orientado a obtener pruebas pertinentes, útiles, lícitas, e implica: 1) La libertad de medios de prueba, la ley, ni el juez debe limitarlos; 2) la libertad de objeto, por lo que puede probarse todo hecho que influya en la decisión del proceso y con la intervención de las partes; y, 3) la libertad del juez para decretar pruebas de oficio cuando se ha reconocido dicha facultad;³⁷ Devis Echandía sostiene que entre los principios que limitan la libertad de la prueba, se encuentra el principio de pertinencia, idoneidad y utilidad de la prueba que busca que la práctica de la prueba solicitada por las partes no resulte inútil cuando el hecho no pueda demostrarse utilizando determinado medio de prueba en detrimento de la celeridad procesal y eficacia procesal de la prueba, aunque luego señala que la pertinencia, idoneidad y utilidad son requisitos que el juez debe calificar con prudencia para no rechazar la prueba solicitada.³⁸ El COGEP, en la exposición de motivos y particularmente en las especificaciones del proyecto se refiere a la pertinencia como un principio general de la prueba, y posteriormente señala a la pertinencia como uno de los requisitos a observarse en la calificación de la admisibilidad por el juez.

El principio de libertad a la prueba no es absoluto en virtud de la existencia de los requisitos intrínsecos o intrínsecos de la prueba que se traducen en los parámetros legales de admisibilidad de los medios de prueba y que se derivan de los principios de la

³⁴ *Ibíd.*, 81, 139.

³⁵ Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 140.

³⁶ La prueba de oficio constituye una facultad, no es un deber, ni una obligación, además tiene límites claros para evitar quebrar el principio de la imparcialidad del juez, Devis Echandía establece que la prueba de oficio es un deber, en tanto que Xavier Abel Lluch sostiene que se trata de una facultad pero que debe estar limitada.

³⁷ Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 131-3.

³⁸ *Ibíd.*, 131-2.

prueba judicial. Aunque de forma indistinta se señala que la pertinencia, idoneidad (conducencia) y utilidad constituyen principios o requisitos, es preciso indicar que los principios son constitutivos del orden jurídico; proporcionan criterios para tomar una determinada posición ante una situación concreta, es decir su significado se determina en casos concretos³⁹ y, en palabras de Robert Alexy, los principios son: “mandatos de optimización”; por ello, la pertinencia, conducencia y utilidad no son principios de la prueba judicial sino son requisitos o límites de la prueba que deben observarse por las partes y el juez al momento de la proposición y admisión de los medios probatorios, límites que el legislador establece dependiendo de cada sistema jurídico.

1.4.11. Principio de la naturalidad

Por el principio de la naturalidad, espontaneidad y licitud de la prueba y del respeto de la persona humana se garantiza el respeto a la libertad subjetiva de las pruebas, en este sentido, la alteración o falsificación de los resultados obtenidos a través de los medios de prueba o de las fuentes de prueba se encuentran prohibidos, por ello todo procedimiento ilícito para la obtención de la prueba está prohibido, y las pruebas obtenidas con violación al procedimiento carecen de valor jurídico por ser ilícitas.⁴⁰

Las pruebas ilícitas resultan del medio utilizado, del procedimiento empleado (procedimientos ilegales, inmorales, o que van en contra de la dignidad humana), por violar una disposición legal que prohíba determinado medio de prueba, y cuando se vulnera un derecho fundamental;⁴¹ nuestra Carta Magna establece entre las garantías del debido proceso que la pruebas obtenidas o actuadas con violación a la Constitución y a la ley carecerán de eficacia probatoria.

1.4.12. Principio de la inmaculación de la prueba

Por el principio de la inmaculación de la prueba se debe procurar que los medios allegados al proceso estén libres de vicios intrínsecos y extrínsecos que los haga

³⁹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10a. ed. (Madrid: Trotta, 2011), 109-111.

⁴⁰ De Santo, “La prueba en el proceso civil”, 82.

⁴¹ Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 539-549.

ineficaces o nulos, así la falta de pertinencia y conducencia (idoneidad) no es un vicio del medio de prueba, pero provoca ineficacia jurídica.⁴²

1.4.13. Principio de la no disponibilidad de la prueba

El principio de la no disponibilidad de la prueba por las partes significa que el juez es el único con poderes para llevar la prueba al proceso a través de los medios admitidos luego de la calificación de admisibilidad, es decir las partes solicitan la admisión y práctica de determinados medios, pero, solo el juez tiene facultad para disponer que sean introducidos al proceso.

El debido proceso legal exige el cumplimiento de los principios enunciados, principios procesales que son reglas mínimas a las que se debe sujetar un proceso judicial,⁴³ sobre todo en la parte esencial del proceso como es la actividad probatoria y en específico a la calificación de la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba por el juez a fin de garantizar el derecho a la defensa al que tienen las partes.

1.5. El debido proceso

Históricamente, el debido proceso se vincula con el derecho inglés, específicamente con la Carta Magna de 1215 que establece en la sección 39 lo siguiente: “ningún hombre libre será aprehendido ni encarcelado ni despojado de sus bienes ni desterrado o de cualquier forma desposeído de su buen nombre, ni nosotros iremos sobre él ni mandaremos ir sobre él, si no media juicio en legal forma efectuado por sus pares o conforme a la ley del país”, este pacto significó el reconocimiento de la garantía del *due process of law*,⁴⁴ posteriormente se recogería en tratados internacionales de derechos humanos como derecho humano y en el constitucionalismo moderno se le

⁴² *Ibíd.*, 137.

⁴³ Roland Arazi, *La prueba en el proceso civil*, 2a. aum. (Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1998), 33-34.

⁴⁴ José Ovalle Favela, “Bases constitucionales para el proceso civil en Iberoamérica”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix - Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho*, t. X. *Tutela Judicial y Derecho Procesal*. (México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008), 673.

reconocería como derecho constitucional,⁴⁵ en virtud de la positivización de los derechos fundamentales o humanos y el advenimiento del constitucionalismo.

El derecho internacional de los derechos humanos garantiza al debido proceso legal inclusive en materia civil y le reconoce principios, derechos y garantías que son intangibles por la finalidad que cumplen de garantizar la protección de derechos fundamentales, razón por la que no se pueden anular, suspender, limitar, afectar o restringir bajo ninguna circunstancia, y son:

Derecho de acceso a la jurisdicción; derecho a un juez natural, competente, imparcial y predeterminado por la ley; derecho al hábeas corpus y al amparo; derecho a la tutela judicial efectiva; derecho a un juicio justo; derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa [...]; derecho a la defensa y a la asistencia letrada; [...]; derecho a un recurso efectivo ante tribunales superiores competentes, independientes e imparciales; [...]; el principio de igualdad ante la ley y los tribunales de justicia; [...]; el principio de independencia e imparcialidad de los jueces y tribunales; [...].⁴⁶

El derecho norteamericano le reconoce al *due process of law* un carácter sustantivo y un carácter adjetivo o procesal, es decir como una garantía procesal y como una garantía para que la ley se elabore, aplique en forma justa, razonable, en consonancia con los principios del derecho privado y la Constitución conforme las enmiendas V y XIV, es decir tiene un alcance mayor;⁴⁷ en Iberoamérica su carácter adjetivo funciona como:

[...], garantía de un proceso correcto [...] que asegure el respeto del principio de contradicción y los demás derechos procesales, entre los cuales destacan los siguientes: a) el derecho a ser informado oportunamente del posible acto de privación de derechos y a contar con una oportunidad razonable para preparar la defensa; b) el derecho a ser juzgado por un juez imparcial; c) el derecho a que el proceso se siga en forma oral (y público, en materia penal); d) el derecho a la prueba; y e) el derecho a ser juzgado con base en el expediente del proceso.⁴⁸

⁴⁵ Eduardo Oteiza, “El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina”, en Eduardo Ferrer Mac- Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. II (Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2009), 536.

⁴⁶ Florentín Meléndez, “El debido proceso en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Eduardo Ferrer Mac- Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix - Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho*, t. IX. *Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*. (México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008), 209-22.

⁴⁷ Ovalle Favela, “Bases Constitucionales para el proceso civil en Iberoamérica”, 685-6.

⁴⁸ *Ibíd.*, 675-6.

Sobre el debido proceso la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte) en su jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido que constituye un límite a la actividad estatal:

68. El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención.⁴⁹

La Corte establece que el debido proceso está compuesto por garantías mínimas aplicables a todas las materias en donde se determinen derechos y obligaciones, sean civiles, penales, laborales, entre otras, garantías que no pueden suspenderse en razón que su fin es asegurar una apropiada defensa de los ciudadanos en la relación jurídica procesal:

125. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.⁵⁰

Finalmente, la Corte señala que es un derecho humano obtener estas garantías mínimas e instituye los parámetros para el debido proceso legal derivados del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

127. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber.

137. El artículo 8.1 de la Convención consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal”, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, 40.

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena y otros vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001, 92.

cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos. El artículo 8.2 de la Convención establece, adicionalmente, las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal. Por su parte, el artículo 25 de la Convención ordena proporcionar un recurso sencillo y rápido para la protección de los derechos de las personas.⁵¹

177. La vigencia del debido proceso es uno de los principios fundamentales de la justicia, y tiene como uno de sus presupuestos que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa de modo imparcial, es decir, careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio personal y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.⁵²

Los lineamientos que la Corte establece para el debido proceso legal son el derecho a ser oído con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable, por un juez independiente, imparcial, competente y establecido con anterioridad por la ley, que son las garantías judiciales que conforman el debido proceso y deben observarse en todas las instancias procesales.

El debido proceso obliga al Estado a proporcionar las condiciones necesarias para permitir a las personas que tengan un conflicto jurídico: “el acceso efectivo a un debate en el que puedan alegar y probar la veracidad de los hechos por ellos sostenidos, ante un tercero independiente e imparcial que guarde con ellos un adecuado grado de intermediación”.⁵³

Por ello, el debido proceso probatorio contiene reglas organizadas y precisas, reglas que se traducen en los principios probatorios debidamente aplicados por los jueces en la actividad probatoria, y cuyo objetivo es alcanzar la certeza sobre la verdad de los hechos controvertidos y finalmente una decisión judicial justa, decisión que será justa siempre que el procedimiento sea correcto, equilibrado, dirigido por un juez imparcial e independiente, asimismo dependerá de la correcta fijación de los hechos controvertidos por las partes y su ejercicio del derecho a la prueba;⁵⁴ porque cuando una de las partes omite ejercer su derecho a la contradicción, o a la prueba, el juez está obligado a resolver la causa por el *non liquet* y basándose en las reglas de la carga de la

⁵¹ *Ibíd.*, 92, 94.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, Sentencia de 1 de septiembre del 2010, 57.

⁵³ Oteiza, “El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina”, 534.

⁵⁴ Diana María Ramírez Carvajal, “Facultades probatorias del juez en el Estado Social de Derecho”, en Adolfo Alvarado Velloso y Óscar A. Zorzoli, dir., *Derecho Procesal Contemporáneo. Confirmación procesal* (Buenos Aires: Ediar, 2007), 240-250.

prueba, sin perjuicio de que alcance el convencimiento o certeza respecto de los hechos afirmados por una de las partes.

Por las consideraciones expuestas, el derecho al debido proceso debe encontrar equilibrio con la necesidad de esclarecer los hechos controvertidos en un proceso judicial civil, y cuando no se aplique alguno de los principios probatorios enunciados en materia de admisibilidad de los medios de prueba por parte del juez, se entenderá como una vulneración al debido proceso concebido como derecho fundamental.

El respeto a los principios fundamentales del proceso y de la prueba por el juez en el proceso judicial obedece al debido proceso, así: “el juez podrá tener o no facultades para investigar, iniciativa probatoria y mayores o menores poderes, siempre que respete los principios procesales”.⁵⁵

El derecho al debido proceso se encuentra recogido en la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76, debido proceso que incluye: “un conjunto de garantías básicas tendientes a tutelar un proceso justo, libre de arbitrariedades en todas las instancias judiciales”,⁵⁶ entre éstas el derecho a la defensa. La Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado así:

El debido proceso constituye un mínimo de presupuestos y condiciones que deben ser observados y fielmente cumplidos durante la tramitación de un procedimiento para así asegurar las condiciones mínimas para la defensa y seguridad jurídica de las partes durante todo el transcurso del proceso hasta la obtención de una decisión adecuadamente motivada y fundada en derecho.⁵⁷

2. Los requisitos intrínsecos y extrínsecos de la prueba

Para que la prueba aportada goce de fuerza o valor probatorio, a más del cumplimiento del debido proceso probatorio, requiere el cumplimiento de requisitos de fondo y de forma que pueden ser intrínsecos y extrínsecos. Los requisitos de forma varían dependiendo del sistema legal dominante; independiente de ello, siempre es necesario su existencia y son: 1) que los medios de prueba sean admisibles legalmente, 2) las formalidades prescritas por la ley procesal para su producción, que implica la solicitud o presentación, decreto o admisión, recepción o práctica. En cambio, los

⁵⁵ Arazi, “La prueba en el proceso civil”, 34.

⁵⁶ Ecuador. Corte Constitucional, *Sentencia No.* 001-13-SEP-CC, caso No. 1647-11-EP.

⁵⁷ Ecuador. Corte Constitucional, *Sentencia No.* 131-15-SEP-CC, caso N° 0561-12-EP, en Gaceta Constitucional, 12, 2 de junio de 2015.

requisitos de fondo se refieren al contenido del medio y son: 1) lo que el medio indica o prueba al juez, su autenticidad y sinceridad, su exactitud y verosimilitud; 2) conducencia, pertinencia, utilidad, la ausencia de prohibición legal; 3) la legitimación y postulación para la prueba; 4) la competencia del juez; y 5) la capacidad para el acto de prueba y la ausencia de impedimentos y de vicios de voluntad.⁵⁸

Los requisitos intrínsecos y extrínsecos se derivan de los principios de la prueba judicial. Joan Picó i Junoy considera a estos requisitos como límites del derecho de la prueba y son: “los intrínsecos, o inherentes a la actividad probatoria; y los extrínsecos, o debidos a los requisitos legales de proposición”⁵⁹ que se aplican a las diversas fases de la actividad probatoria.

Los requisitos intrínsecos son siempre de fondo y corresponden al medio en sí, y son los siguientes: 1) conducencia; 2) pertinencia o relevancia; 3) utilidad; y 4) ausencia de prohibición legal de investigar el hecho. Los requisitos extrínsecos contemplan las circunstancias separadas del medio y pueden ser de forma y de fondo y son los siguientes: 1) La oportunidad procesal o ausencia de preclusión; 2) las formalidades procesales; 3) la legitimación y postulación para la prueba de las partes o terceros en caso de incidentes, y la legitimación del juez que decreta la prueba de oficio; 4) la competencia del juez o comisionado; y 5) la capacidad general del juez, su comisionado, o de los órganos de la prueba, y la ausencia de impedimentos legales.

Los requisitos o límites extrínsecos para Joan Picó i Junoy son. “impuestos por los requisitos legales de proposición de las pruebas, [...] clasificado en genéricos, cuando afectan a cualquier medio probatorio, y específicos, cuando inciden solo sobre un tipo de prueba”.⁶⁰

Siguiendo esta clasificación, dentro de los límites extrínsecos genéricos se encuentra la legitimación para la prueba de quienes son parte del proceso, y que la prueba se proponga en el momento procesal oportuno, requisitos de temporalidad y legitimidad; y los límites extrínsecos específicos regulados para cada medio de prueba por la legislación interna, en nuestro caso por el COGEP, por ejemplo en el caso de la prueba testimonial: declaración de testigos, la legislación establece límites a las

⁵⁸ Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 313- 315.

⁵⁹ Joan Picó i Junoy, “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, coord., *Problemas actuales de la prueba civil* (España: J.M. Bosch, 2005), 44.

⁶⁰ *Ibíd.*, 50.

personas que pueden rendir testimonio,⁶¹ a la forma de formular las preguntas, que implica que no sean capciosas y/o confusas,⁶² y al objeto o contenido del testimonio que involucra que el testigo alegue que tiene el deber de guardar secreto respecto de los hechos en razón de su estado, oficio o profesión.⁶³

Para nuestro estudio, es preciso recordar las fases de la actividad probatoria a fin de establecer qué requisitos intrínsecos o extrínsecos son necesarios observar para la calificación por parte del juez de la admisibilidad o inadmisibilidad del medio probatorio.

La doctrina establece las siguientes fases de la actividad probatoria:

1^a.) la fase de producción u obtención de la prueba, en la cual colaboran el juez, las partes y los auxiliares, o sea los sujetos de la prueba y los órganos de ésta [...]. Esta fase se subdivide en: a) averiguación o investigación; b) aseguramiento; c) proposición o presentación; d) admisión y ordenación; e) recepción y práctica [...]; 2^a.) la fase de asunción por el juez; 3^a.) la fase de su valoración o apreciación.⁶⁴

Desde un punto de vista procedimental, las fases son: 1) la de recibimiento genérico a pruebas; 2) la de la proposición de pruebas en concreto, para su práctica o su simple admisión cuando es a solicitud de parte, y la ordenación o admisión cuando se trata de prueba de oficio; 3) la práctica de las pruebas ordenadas o decretadas; y 4) la valoración o apreciación de la prueba;⁶⁵ de forma más concisa las fases son de proposición, admisión, práctica y valoración, facultades derivadas del derecho a la prueba.⁶⁶

⁶¹ El artículo 189 del COGEP establece que no pueden ser testigos las siguientes personas: 1) Las absolutamente incapaces; 2) las que padecen enfermedad mental, que les prive la capacidad de percibir o comunicar objetivamente la realidad; y 3) las que al momento de ocurridos los hechos sobre los cuales deben declarar se encontraban en estado de embriaguez o bajo el efecto de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

⁶² Véase en este sentido lo establecido en los artículos 176 y 177 numeral 7 del COGEP.

⁶³ COGEP. - Artículo 175. Obligación de la o del declarante. La o el declarante deberá contestar a las preguntas que se le formulen. [...]

La o el declarante podrá negarse a responder cualquier pregunta que:

1. Pueda acarrearle responsabilidad penal personal, a su cónyuge o conviviente en unión de hecho o a sus familiares comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto las que se refieran a cuestiones de estado civil o de familia.

2. Viole su deber de guardar reserva o secreto por razón de su estado u oficio, empleo, profesión, arte o por disposición expresa de la ley.

⁶⁴ Fenech, *Derecho procesal penal* (Barcelona, 1960), 576, citado por Hernando Devis Echandía, "Teoría general de la prueba judicial", t. I. (s. f.), 276.

⁶⁵ Devis Echandía, "Teoría general de la prueba judicial", 67-8.

⁶⁶ Cfr. Abel Lluch, "Derecho probatorio", 35.

En la fase de proposición y admisión de la prueba se debe observar por parte del juez el cumplimiento de los requisitos intrínsecos y extrínsecos necesarios para la calificación de la admisibilidad de los medios de prueba. Es preciso aclarar que estos requisitos también se deben observar en otras fases de la actividad probatoria, pero nuestro estudio se centra en la calificación de la admisibilidad de los medios de prueba por parte del juez; por ello, los requisitos intrínsecos indispensables para la admisión de los medios de prueba son: la conducencia del medio escogido, la pertinencia o relevancia del hecho que se va a probar con ese medio, la utilidad de la prueba y la ausencia legal para investigar el hecho que se refiere a la posibilidad legal de investigar o probar el hecho (legalidad).

Los requisitos extrínsecos para la admisibilidad son: 1) la oportunidad procesal para la petición y admisión de la prueba, esto es, ejercitar el derecho de probar en el momento procesal señalado por la ley para efectos de la contradicción y el derecho a la defensa de las partes; 2) la formalidad adecuada para la petición, admisión u ordenación, todo acto procesal está revestido de formalidades de tiempo, lugar y modo; 3) la competencia y capacidad del juez para admitirla; y 4) la legitimación de quienes solicitan y admiten el medio de prueba.⁶⁷ Los requisitos enunciados están previamente regulados por la legislación interna.

3. La pertinencia, utilidad y conducencia

3.1. La pertinencia

Para establecer qué se entiende por pertinencia se debe diferenciar la pertinencia de los medios de prueba y la pertinencia de los hechos. Devis Echandía señala que la pertinencia de los medios: “consiste en que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar, y puede existir a pesar de que su valor de convicción resulte nugatorio”; y, a la pertinencia de los hechos, la define como aquella que “contempla la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio o la materia del proceso voluntario o del incidente según el caso”.⁶⁸ Xavier Abel Lluch señala que:

A nivel dogmático se ha distinguido entre la pertinencia de los hechos y la pertinencia de los medios de prueba. Son condiciones específicas de la pertinencia de los

⁶⁷ Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 277-8, 337-9.

⁶⁸ *Ibíd.*, 133, 342.

hechos: que verse sobre un hecho fundamental –esto es, que sea determinante del fallo–, que el hecho sea controvertido –lo que comporta la dispensa de prueba de los hechos aceptados por las partes– y que el hecho sea influyente –esto es, que sirva para esclarecer extremos esenciales o importantes para la cuestión litigiosa [...]. Son condiciones de la pertinencia del medio de prueba: la posibilidad material y legal de practicarse el medio de prueba y la adecuación entre el medio de prueba y el hecho que constituye el objeto de la prueba [...].⁶⁹

Juan Montero Aroca señala que la pertinencia:

Viene referida, no tanto al medio de prueba en sí mismo considerado y entendido como actividad, cuanto al hecho que pretende probarse con el medio de prueba concreto, y exige que ese hecho tenga relación con el objeto del proceso. La pertinencia, pues, atiende al hecho que se fija como objeto de la prueba en relación con las afirmaciones que se hicieron por las partes en su momento, y puede llevar a la no admisión de los medios de prueba que se propongan. [...] La impertinencia se predica, como es obvio del medio de prueba, pero aquélla no puede explicarse sin relación al hecho que se pretende probar.⁷⁰

Si a través de los medios de prueba el juez obtiene las razones y motivos que le llevan a la certeza de las afirmaciones de los hechos alegados por las partes, la pertinencia del medio de prueba radica en que ese medio de prueba es el adecuado para acceder a la fuente; y la pertinencia de los hechos se refiere a que los hechos que deben probarse a través de los medios de prueba son aquellos que forman parte del tema de la prueba, debe existir relación entre los hechos que se desea probar con los que forman parte de la materia probatoria y que han sido fijados por las partes dentro del litigio, no son pertinentes hechos ajenos al litigio.

La pertinencia es requisito para que el hecho pueda ser objeto concreto de prueba en un proceso determinado, esto es, que los hechos tengan relación con el litigio; asimismo, es requisito para que el hecho forme parte del tema de prueba del proceso, es decir, es necesario que se pruebe. La pertinencia no se confunde con la utilidad de la prueba, porque si bien las pruebas impertinentes serían inútiles, existen pruebas pertinentes pero inútiles porque el hecho se encuentra ya probado; y al juez corresponde apreciar la pertinencia que es una cuestión de hecho.⁷¹

La prueba es pertinente cuando se encuentra relacionado con el litigio, con hechos pertinentes que influyen en la causa; y son pruebas impertinentes las que tienen

⁶⁹ Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 281.

⁷⁰ Montero Aroca, “La prueba en el proceso civil”, 160.

⁷¹ Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 344-5.

por objeto hechos ajenos al litigio y que no influyen en la causa porque no son pertinentes para probar. Para Víctor de Santo la prueba impertinente es: “la que se solicita o propone para llevar al órgano jurisdiccional el convencimiento sobre hechos que de ninguna manera se relacionan con la cuestión a dirimir en el proceso y que, por ende, carecen de influencia en la decisión”.⁷² Por lo expuesto, la pertinencia radica en la relación del medio de prueba con el tema de prueba.

La jurisprudencia española se ha ocupado en las sentencias: STC 165/2001 del 16 de julio de 2001, STC 73/2001 del 26 de marzo del 2001, y STC 26/2000 de 31 de enero del 2000, de definir a la pertinencia como: “la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi* [sic]”, en razón que los límites intrínsecos del derecho a la prueba recogidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil española son la pertinencia, utilidad y la licitud.

3.2. La conducencia

La conducencia es una cuestión de derecho y es: “la aptitud legal de la prueba respecto del medio mismo o en relación con el hecho por probar”.⁷³ Legalmente se define a la conducencia de la prueba como: ‘la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso. [...]’,⁷⁴ concepto confuso; por inconducencia se entiende que el medio de prueba a utilizarse es ineficaz para demostrar un hecho determinado.

Par Devis Echandía, los requisitos de la conducencia son: 1) que el medio de prueba se encuentre autorizado en general y no prohibido por la ley, de forma expresa o tácita; tácita, en el sentido que el medio o el procedimiento se encuentra en contraposición con la moral o viole derechos tutelados por la ley; y 2) que el medio de prueba no esté prohibido en particular por la ley, que no exista expresa prohibición legal para el caso concreto; por ello, una prueba es inconducente cuando se encuentra prohibida por la ley, es inmoral, o viola otros derechos convirtiéndose en una prueba ilícita. Una prueba es conducente cuando se cumplen en la forma establecida en la ley.⁷⁵

⁷² De Santo, “La prueba judicial”, 133.

⁷³ Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 342.

⁷⁴ Art. 161 del Código Orgánico General de Procesos.

⁷⁵ Luis Alberto Petit Guerra, “Postulación de pruebas y sus efectos en los procesos anulados. Una propuesta desde la perspectiva constitucional en Venezuela”, en Raúl Tavolari Oliveros, coord., *Derecho*

Se suele confundir que un medio es inconducente cuando se propone por una de las partes procesales un medio distinto al que la ley exige para probar un hecho, pero se trata de un medio de prueba inútil, dicha confusión se debe a que en determinados sistemas jurídicos la conducencia incluye al requisito de utilidad o viceversa. Así, en el ordenamiento jurídico español la conducencia no se encuentra regulada como un requisito, pero, cuando Xavier Lluch define la utilidad se refiere a la conducencia así: “la idoneidad del medio de prueba para acreditar el hecho controvertido”.⁷⁶ En nuestro ordenamiento jurídico la utilidad es un requisito diferente a la conducencia.

3.3. La utilidad

La utilidad significa que la prueba debe servir para convencer al juez de la certeza de los hechos sobre los que se basa la causa; no se puede confundir con la eficacia de la prueba, abundancia o carga probatoria, una prueba se considera útil cuando ayuda a esclarecer los hechos controvertidos. Para Devis Echandía, la prueba debe ser “útil desde el punto de vista procesal, es decir, *que debe prestar algún servicio, ser necesario o por lo menos conveniente* para ayudar a obtener la convicción del juez”.⁷⁷

La pertinencia, conducencia, utilidad y legalidad persiguen un doble fin: 1) evitar un gasto inútil de tiempo, trabajo y dinero en aplicación de los principios de celeridad, economía procesal y eficacia procesal; y 2) proteger la seriedad de la prueba en razón del interés público que implica⁷⁸ ya que forman parte de los parámetros para la calificación de la admisibilidad del medio de prueba por parte del juez.

En efecto, si a través de la prueba se busca convencer al juez sobre las afirmaciones de los hechos realizada tanto por el actor como por el demandado, la actividad probatoria debe desarrollarse en estricta aplicación de los principios de la prueba judicial, sobre todo, en la fase de admisión de los medios de prueba propuestos por las partes, a fin de garantizar el derecho al debido proceso que entre sus garantías contiene el derecho a la defensa y el derecho a la prueba. Sin olvidar que la prueba debe cumplir requisitos intrínsecos y extrínsecos para su admisión.

Procesal Contemporáneo: Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, t. II (Chile: Puntotext, 2010), 933.

⁷⁶ Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 283.

⁷⁷ Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 350.

⁷⁸ *Ibíd.*, 339.

Capítulo segundo

El derecho a la prueba

“La Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad.”

Hans Kelsen

En este capítulo se verifica la relación íntima existente entre el derecho a la defensa como garantía del debido proceso y el derecho de las partes a la prueba, derecho que comprende la proposición, admisión, práctica y valoración de la prueba. Este derecho permite y garantiza a las partes en todo proceso proponer los medios probatorios que considere pertinentes, útiles, conducentes y legales para demostrar un hecho, así como genera el deber judicial de admitir los medios probatorios conforme los parámetros legales establecidos y presupuestos formales de proposición, para la posterior práctica de los medios admitidos y, finalmente, la valoración de los medios practicados. Se estudiará la prueba de oficio para mejor proveer derivada de la iniciativa probatoria judicial en concordancia con los principios procesales dispositivo y de aportación de parte.

En torno a la admisión de los medios probatorios en la realidad española se fraguaron tres posiciones: la inadmisión automática y la excesiva admisión (posiciones superadas) y la admisión de la prueba justificada, en cambio en el COGEP, en la exposición de motivos se otorga a las partes procesales la mayor amplitud al derecho de presentar pruebas. Con estas consideraciones se desarrolla el presente capítulo.

1. El derecho a la prueba relacionado con el derecho a la defensa

1.1. El derecho a la defensa

En el capítulo precedente se señaló que el derecho a la defensa forma parte de las garantías procesales que componen el debido proceso, garantías procesales que se constitucionalizaron a raíz de las consecuencias catastróficas de la Segunda Guerra Mundial y la implementación del paradigma de estado constitucional de derecho; la *constitucionalización* de las garantías procesales inició en Europa en la primera mitad

del siglo XX para su posterior difusión por América Latina. Como consecuencia de ello, la Constitución se convierte en la norma de normas, con fuerza normativa suficiente, deja de ser un catálogo de buenas intenciones para regular el funcionamiento de los organismos estatales y lo más importante reconoce derechos fundamentales, principios y reglas que son exigibles directamente, aunque: “una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasa de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas -es decir, de garantías- que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo”.⁷⁹

En España, el derecho a la defensa garantiza a las partes sostener sus pretensiones de forma argumentada, rebatir los argumentos formulados por la parte contraria, y, la asistencia de un letrado o su defensa personal o privada;⁸⁰ el derecho a la defensa como garantía procesal de rango constitucional es formal, su reconocimiento no depende de su contenido, no se relaciona con el resultado del proceso, recoge la posibilidad de alegar y probar, su privación o limitación constituyen indefensión.⁸¹

La Constitución española en el artículo 24 reconoce varios derechos que deben ser aplicados por los jueces y tribunales en el desarrollo de la relación jurídica procesal, entre estos, el derecho a la defensa, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (que no es otra cosa que el derecho a la prueba) que son reconocidos por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional como garantías procesales,⁸² mínimas cuyo fin es alcanzar la justicia.

En este contexto, la *constitucionalización* de los derechos y las garantías procesales conlleva que ciertos derechos o garantías procesales de carácter fundamental gocen de un sistema reforzado de protección constitucional para evitar su desconocimiento y violación por un futuro legislador; por ello, el derecho a la prueba y el derecho a la defensa al formar parte del derecho fundamental al debido proceso son

⁷⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 9a. ed. (Madrid: Trotta, 2009), 852.

⁸⁰ Joan Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, 3a. reimpresión (España: J.M. Bosch, 2007), 102-103.

⁸¹ Francisco Chamorro Bernal, “El concepto de indefensión en la doctrina del Tribunal Constitucional Español”, en Michele Taruffo y otros, *Constitución y Proceso* (Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú / ARA Editores, 2009), 153, 161-2.

⁸² Cfr. Las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional Español: STC 46/1982 de 12 de julio de 1982 y STC 124/1997 de 1 de julio de 1997.

derechos de carácter fundamental que forman parte de las garantías procesales mínimas para asegurar la tutela efectiva,⁸³ y que se han constitucionalizado.

La Constitución ecuatoriana instauro el derecho al debido proceso que, entre sus garantías, consta el derecho a la defensa, derecho que, a su vez, se compone de varias garantías como: la de presentar pruebas y contradecirlas (que implícitamente comprende el derecho a la prueba); pero, el debido proceso también establece la garantía de que las pruebas obtenidas o actuadas con violación a la Constitución y la ley no tendrán validez y carecerán de eficacia probatoria, con esto establece límites en el ejercicio de la prueba reconociendo tácitamente el derecho a la prueba, es decir, se reconoce el derecho a la prueba como una garantía del debido proceso y como una garantía del derecho a la defensa.

La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 016-13-SEP-CC, se ha pronunciado así: “El derecho a la defensa forma parte de las garantías básicas del derecho al debido proceso. El derecho a la defensa se basa en la igualdad procesal en virtud de la cual las partes intervinientes en un proceso deben estar en igualdad de condiciones ante la administración de justicia”.

Si bien, el derecho a la defensa y el derecho a la prueba, se hallan íntimamente relacionados, no obstante, el derecho a la prueba no se deriva del derecho a la defensa porque son derechos reconocidos constitucionalmente y de igual jerarquía. Por esta razón, el derecho a la prueba no constituye una de las garantías del derecho a la defensa conforme se redacta en nuestra Constitución, equivocación o confusión que se debe a que el derecho a la prueba tiene un doble carácter: como garantía de todo proceso y, como un derecho subjetivo que permite a las partes dentro de cualquier proceso presentar medios de prueba a fin de probar sus afirmaciones de los hechos y dotar de convicción al juez para la resolución de la causa, aclarando que los medios de prueba se someten a la calificación de admisibilidad o inadmisibilidad por parte del juez previo a su ordenación y actuación.

Si entre las garantías procesales del debido proceso se encuentra el derecho a la defensa que tutela el derecho a la prueba, es necesario que existan garantías judiciales que complementen a las procesales, coincidiendo con Osvaldo Alfredo Gozaíni quien sostiene: “el complemento de las garantías procesales son las garantías judiciales

⁸³ Picó i Junoy, “Las garantías constitucionales del proceso”, 17-41.

mediante las que la prueba se ordena y fundamenta con el control judicial necesario a su licitud y pertinencia”.⁸⁴ Por ello, el juzgador —al estar investido del poder jurisdiccional—, tiene el deber de admitir los medios de prueba ofrecidos por las partes siguiendo los parámetros establecidos en la legislación interna, esto es, garantizando el derecho a la prueba relacionado con el derecho a la defensa como parte de las garantías del debido proceso.

1.2. Derecho a la prueba

Con el auge de la *constitucionalización* del proceso y de las garantías procesales, el derecho a la prueba por su importancia procesal no ha sido ajeno a este cambio, Picó i Junoy, al respecto sostiene que:

La constitucionalización del derecho a la prueba se debe a la especial relevancia procesal que adquiere la actividad probatoria, en la medida en que cumple la finalidad de fijar los hechos a los que el juez, en su sentencia, determinará el derecho. La prueba se configura así como la actividad procesal clave en la historia de todo pleito, pues de ella depende que el juez logre su convencimiento acerca de los hechos litigiosos y aprecie o desestime las pretensiones formuladas por las partes.⁸⁵

El derecho a la prueba al ser una garantía procesal del derecho fundamental al debido proceso adquiere la naturaleza de fundamental, que se ha *constitucionalizado* por el fenómeno de *constitucionalización* de las garantías procesales, el derecho a la prueba no es absoluto, ni ilimitado, porque puede limitarse cuando exista justificación de la debida protección de otro derecho fundamental, bien o valor protegido constitucionalmente.⁸⁶ Los derechos fundamentales son: universales, indisponibles (sustraídos a las decisiones de la política y el mercado), inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos, conferidos a través de reglas de rango constitucional, condicionantes de la legitimidad de los poderes públicos, e irrenunciables.⁸⁷ En este

⁸⁴ Osvaldo Alfredo Gozañi, “Obtención y valoración de la prueba ilícita”, en Andrés de la Oliva Santos y Diego Iván Palomo Vélez, coord., *Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil* (Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007), 345-6.

⁸⁵ Joan Picó i Junoy, “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Leo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. X, *Tutela Judicial y Derecho Procesal*, 1a ed. (México: Universidad Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008), 528-9.

⁸⁶ Picó i Junoy, “Las garantías constitucionales del proceso”, 43.

⁸⁷ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4a. ed. (Madrid: Trotta, 2009), 29-35.

sentido, Ferrajoli propone una definición formal o teórica de los derechos fundamentales, así:

Son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «*status*» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.⁸⁸

El derecho a la prueba concebido como una garantía procesal, y que en nuestro ordenamiento jurídico corresponde a una garantía del derecho fundamental al debido proceso tiene el carácter de fundamental, derecho reconocido en nuestra constitución para dar legitimidad al Estado; sin embargo, si los derechos fundamentales son derechos subjetivos irrenunciables, se debe distinguir entre la renuncia al ejercicio del derecho y la renuncia a su contenido, así, las partes procesales son libres de ejercitarlo o no, en tanto, que no pueden renunciar a su contenido en razón de su vertiente objetiva, es decir, de garantía procesal.⁸⁹

1.2.1. Aspectos del derecho a la prueba

El derecho a la prueba tiene dos dimensiones, aspectos o vertientes, una objetiva como garantía y una subjetiva, dimensiones propias de los derechos fundamentales.

Aspecto objetivo

El aspecto objetivo del derecho a la prueba se traduce en una garantía procesal que consagra garantías institucionales o esenciales que deben ser respetadas en todo proceso por las partes y los jueces en razón de su rango constitucional, garantías de directa e inmediata aplicación, cuyas consecuencias según las ha planteado Picó i Junoy⁹⁰ son:

- 1) Necesidad de efectuar una lectura amplia y flexible de las normas probatorias por parte del juez, que permite la máxima actividad probatoria en contraposición a la restricción de los medios probatorios, no se debe ni se puede subordinar este

⁸⁸ Luigi Ferrajoli, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, 19.

⁸⁹ Picó i Junoy, “Las garantías constitucionales del proceso”, 21-24.

⁹⁰ Picó i Junoy, “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”, 530-5.

derecho a la economía procesal, celeridad, es decir, la negativa a la calificación de la admisibilidad de los medios probatorios por parte de los jueces no se puede fundamentar en la rapidez de los juicios.

- 2) Necesidad de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba, que implica que para la calificación de la admisibilidad de los medios probatorios el juez debe interpretar los límites a la prueba o los requisitos de la prueba en sentido restrictivo, es decir, en caso de duda siempre se admitirá el medio probatorio y la inadmisión de un medio probatorio debe obedecer a razones debidamente motivadas.
- 3) La subsanabilidad de los defectos procesales en materia probatoria, cuando estos defectos o vicios puedan ser subsanados y no afecten al normal desarrollo del proceso ni se vulnere los derechos de la otra parte.
- 4) La irrenunciabilidad del derecho a la prueba en razón que se trata de un derecho fundamental y, por el principio de la no disponibilidad e irrenunciabilidad de la prueba, su aplicación no está sujeta a la voluntad de las partes, ni a estipulaciones contractuales.

Aspecto subjetivo

El aspecto subjetivo del derecho a la prueba le dota al particular, sea actor o demandado, el derecho a la prueba para que lo ejercite en el proceso y exija su cumplimiento o simplemente no lo haga.⁹¹ Joan Picó i Junoy define el derecho a la prueba desde su aspecto subjetivo como: “aquél que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en este proceso”.⁹²

Por su parte, Devis Echandía considera la existencia de un derecho subjetivo de probar que tienen las partes a través del que prueban los hechos que sirvieron de fundamento para la pretensión como para la excepción; es un derecho subjetivo procesal que tiene por objeto la aceptación y práctica por parte del juez de las pruebas solicitadas por las partes, que se encuentra limitado por los requisitos intrínsecos y extrínsecos de

⁹¹ Abel Lluch, "Objeto y carga de la prueba civil", 32.

⁹² Picó i Junoy, "El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español", 536.

la prueba⁹³ o también conocidos como límites a la prueba; este derecho subjetivo de probar corresponde, en la actualidad, a la dimensión subjetiva del derecho a la prueba.

1.2.2. Contenido del derecho a la prueba

Para Abel Lluch el derecho a la prueba se desglosa en cuatro facultades que son: el derecho a la proposición de los medios de prueba, el derecho a la admisión de las pruebas propuestas o la motivación de la inadmisión, el derecho a la práctica de la prueba admitida y el derecho a la valoración de la prueba practicada;⁹⁴ pero, para Picó i Junoy el derecho a la prueba tiene un triple contenido que comprende el derecho a la admisión, práctica y valoración.⁹⁵

A continuación, y acogiendo lo señalado por Abel Lluch, se analizará las cuatro facultades derivadas del derecho a la prueba:

El derecho a la proposición de los medios de prueba

El derecho a la proposición de los medios de prueba por las partes observando los límites intrínsecos o extrínsecos de la prueba establecidos por cada legislación, tomando en consideración que: “el carácter fundamental del derecho a la prueba comporta que todos sus límites deban encontrar una justificación en un bien, interés o derecho constitucionalmente reconocido, en orden a impedir la frustración de la máxima actividad probatoria”;⁹⁶ la proposición de los medios probatorios obedece a la observancia de los requisitos o límites de la prueba por las partes procesales porque su ejercicio no es absoluto.

El derecho a la admisión de los medios de prueba

El derecho a la admisión de los medios de prueba propuestos siempre que se cumplan los requisitos o límites intrínsecos y extrínsecos de la prueba, la calificación de la admisión debe obedecer también a la interpretación restrictiva de los límites de la prueba; este derecho comprende, además, que en el caso de la inadmisión de los medios de prueba se debe motivar la resolución que los inadmite, aunque debe ser motivada tanto la calificación de admisibilidad como de inadmisibilidad para evitar cualquier

⁹³ Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 34-40.

⁹⁴ Xavier Abel Lluch, “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”, en Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, coord., *Objeto y carga de la prueba civil* (España: J.M. Bosch, 2007), 32-4.

⁹⁵ Picó i Junoy, “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”, 536- 541.

⁹⁶ Picó i Junoy, “El derecho a la prueba en la nueva ley de enjuiciamiento civil”, 33.

vulneración a los derechos de las partes, resoluciones arbitrarias y la parcialización del juzgador.

Antes de la expedición del COGEP, el derecho que tenían las partes a la admisión de los medios de prueba y que se traducía en un deber del juzgador, en la práctica no se aplicaba. Efectivamente, el juez no estaba obligado a realizar un examen para la calificación de la admisibilidad o inadmisibilidad de los medios de prueba propuestos por las partes, y las partes no exigían este derecho, omisión atribuible a los operadores del derecho por desconocimiento o desidia. En el Código de Procedimiento Civil, la admisión de los medios de prueba aparecía como una institución remota, al igual que los parámetros para su calificación; sin embargo, la reforma procesal civil introduce expresamente el derecho de las partes a exigir la admisión de los medios probatorios.

El derecho a la práctica de los medios de prueba admitidos

El derecho a la práctica de la prueba admitida abarca a todos los medios de prueba calificados como admisibles, que conlleva: “la exigencia de asegurar la intervención en la práctica de la prueba de la contraparte”,⁹⁷ porque la prueba aportada por la contraparte puede lograr que el juez forme su convencimiento sobre los hechos independientemente que beneficie a una de las partes, esto en relación al principio de la comunidad de la prueba o de adquisición, que establece que la prueba aportada por las partes pertenece al proceso,⁹⁸ y no a quién la aportó.

Resulta novedoso el hecho de que se puede exigir que la prueba solicitada por la contraparte y que se ha admitido por el juez sea efectivamente practicada, de acuerdo con los principios de la prueba judicial ya enunciados; en el sistema procesal civil anterior, si una de las partes solicitaba la prueba, y no la practicaba retardaba la continuación del proceso, e incluso, en ocasiones no se la practicaba; así mismo, la práctica de la prueba involucraba a toda la prueba presentada o solicitada sin que se haya admitido previamente, incumpliendo el principio de comunidad de la prueba.

El derecho a la valoración de la prueba practicada

⁹⁷ Picó i Junoy, “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”, 538-9.

⁹⁸ Debemos recordar que el proceso es un instrumento público que busca resolver los conflictos privados para alcanzar la paz social restableciendo el equilibrio alterado por el conflicto, las partes no son dueñas del proceso para poder disponer de éste, aunque sean dueñas del bien (derecho material) objeto del litigio.

El derecho a la valoración de la prueba se plasma en la sentencia como una parte fundamental del requisito de motivación de las resoluciones judiciales y comprende la valoración de la prueba propuesta por las partes que previamente ha sido admitida y practicada.

Las facultades o derechos derivados del derecho constitucional a la prueba originan mandatos para los legisladores, las partes y los jueces.

Mandatos para el legislador

El legislador con relación al derecho a la prueba y coincidiendo con Sainz Robles y Albarca López está obligado a: “regular los mecanismos, técnicas y procedimientos necesarios para la efectividad de aquel derecho”, en virtud del deber del Estado de garantizar el debido proceso que implica el derecho a la prueba.

Mandatos para las partes

El derecho a la prueba otorga facultades y deberes, de forma sucinta se describirá los siguientes:

La facultad de solicitar la admisión y práctica de los medios de prueba que cumplan los parámetros de conducencia, pertinencia, utilidad, así como licitud y legalidad, los cuales difieren en cada legislación. Para Abel Lluch esta facultad significa:

[...], en sentido positivo, que las partes pueden proponer todos aquellos medios de prueba que guarden relación con los hechos controvertidos y, en sentido negativo, que deberán abstenerse de proponer aquellas pruebas que no guarden relación con el *thema probandi*, pues la proposición de prueba «impertinentes», sobre alargar innecesariamente el proceso, puede conducir al análisis y valoración de cuestiones distintas a las controvertidas.⁹⁹

La facultad de exigir su efectividad se traduce en la facultad de reclamar, por una parte, que la prueba propuesta y admitida sea practicada y, posteriormente, valorada en la sentencia, y que la prueba propuesta pero inadmitida erróneamente pueda ser revisada¹⁰⁰, a través de la interposición de recursos horizontales o verticales pertinentes.

Entre los deberes de las partes se encuentra aquel que dispone que la prueba debe ser solicitada de acuerdo a sus requisitos formales y temporales (en cumplimiento del principio procesal de temporalidad, preclusión y carga de la prueba), que los medios de prueba propuestos deben ser los permitidos por la Constitución y la ley, y el deber de

⁹⁹ Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 42.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, 43.

que se ejecuten las pruebas en el tiempo previsto, es decir, que las partes deben colaborar para su práctica.¹⁰¹

Mandatos para el juez

La *constitucionalización* del derecho a la prueba sugiere que los juzgadores efectúen una interpretación amplia y flexible de las normas probatorias conforme a la Constitución, así como una interpretación restrictiva de los preceptos que limitan la eficacia del derecho a la prueba. Estos mandatos se derivan del aspecto objetivo del derecho a la prueba.

Involucra además una “mayor sensibilidad judicial”,¹⁰² y que, de acuerdo con la doctrina se trata de un mandato genérico que implica las siguientes directrices:

- a) Flexibilidad en cuanto a la admisión de la prueba (la máxima *pro probatione* en el juicio de admisión de los medios de prueba) o, tal vez con mayor precisión [...] procurar la admisión de la «prueba justificada».
- b) Diligencia en la práctica de la prueba, particularmente cuando se remiten despachos (exhortos oficios, mandamientos o comisiones rogatorias, por citar algunos ejemplos), adoptando las resoluciones precisas para que se remitan en los plazos de tiempo legales.
- c) Diligencia en el ejercicio, cuando fuera menester, de las facultades judiciales de intervención durante la práctica de la prueba [...].
- d) Práctica cuando fuere menester, de diligencias finales, [...].
- e) Primacía del juicio fáctico en la motivación de la resolución judicial, pues solo desde una correcta formación del juicio de hecho se evidencia el estudio particularizado de las concretas actuaciones y se evita la discrecionalidad en el razonamiento judicial. Es necesario, por ende, que en la sentencia consten qué hechos han resultado probados y en virtud de qué medios de pruebas.
- f) En todo caso, la proscripción de la indefensión, durante la proposición, admisión y práctica de la prueba.¹⁰³

Con relación al contenido del mandato de mayor flexibilidad judicial es preciso indicar que las diligencias finales no corresponden a la realidad del proceso civil ecuatoriano; sin embargo, en el COGEP se encuentra establecida la prueba para mejor proveer que se ordena de oficio por el juez y la aceptación por el juzgador de la prueba nueva que no ha sido anunciada en la demanda o contestación a la demanda, reconvencción o su contestación, siempre que reúna los requisitos establecidos en la ley.¹⁰⁴ El juez tiene facultades judiciales de intervención en la etapa de práctica de la

¹⁰¹ Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 43.

¹⁰² *Ibíd.*, 39.

¹⁰³ *Ibíd.*, 39-40.

¹⁰⁴ En este sentido lo establece los artículos 166 y 168 del COGEP.

prueba que corresponde al mandato de diligencia en el ejercicio. Así en nuestro ordenamiento jurídico, el juez en la declaración de parte o de testigos tiene la facultad de solicitar aclaraciones sobre temas puntuales e indispensables.¹⁰⁵

Otro de los mandatos del juez es garantizar el contenido del derecho a la prueba, esto es, de la proposición, admisión, práctica y valoración de la prueba; con relación a la proposición de los medios de prueba, en el COGEP se establece que las partes deben anunciar los medios de prueba que ofrecen para acreditar los hechos en la demanda como en la contestación a la demanda. sin perjuicio de que deban anunciar los medios de prueba en la respectiva audiencia.

Existen reglas para cada tipo de procedimiento en torno al anuncio de los medios de prueba en la audiencia; en los procedimientos ordinarios en la audiencia preliminar las partes anuncian los medios de prueba que presentarán en la audiencia de juicio y refutan los medios de prueba propuestos por la contraparte; los procedimientos ejecutivos, sumarios y monitorios se desarrollan en una audiencia única que tiene dos fases, la primera fase de saneamiento del proceso, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda fase de prueba y alegatos; en el caso de los procedimientos voluntarios en los que existe oposición, el procedimiento se convierte en sumario, el escrito de oposición se concibe como la contestación a la demanda y la petición como demanda, y el juez otorga un término para el anuncio de las pruebas, previo a la audiencia.

La admisión de los medios de prueba por parte del juez conlleva que se admitan o inadmitan los medios de prueba de acuerdo con los parámetros legales y, a través de una resolución oral motivada, la misma que puede ser impugnada; efectuada la admisión de los medios probatorios en la audiencia preliminar en el caso del procedimiento ordinario el juez convoca a las partes a la audiencia de juicio para la práctica de la prueba admitida y, en el procedimiento ejecutivo, sumario y monitorio la admisión como la práctica de los medios admitidos se realiza en la segunda fase de la audiencia única, culminada la audiencia el juzgador debe resolver.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Cfr. Con el artículo 174 del COGEP.

¹⁰⁶ La audiencia única se encuentra regulada por el COGEP, y en este sentido lo establece el artículo 333, numeral 4 para el procedimiento sumario, artículo 354 para los procedimientos ejecutivos y artículo 359 para los procedimientos monitorios.

En determinadas situaciones la prueba no se practica en dicha audiencia sino en una audiencia especial¹⁰⁷ o interaudiencia, pero siempre observando los principios de contradicción, intermediación y publicidad; finalmente, la valoración de la prueba que realiza el juez debe necesariamente constar en la sentencia.

2. Las facultades de los jueces en torno al derecho a la prueba

Entre las consecuencias de la *constitucionalización* del derecho a la prueba están los mandatos dirigidos al juzgador y, entre estos, se otorgan facultades a los jueces en materia probatoria; sin embargo, la amplia o restrictiva concesión por parte del legislador de facultades judiciales en materia probatoria depende del sistema jurídico adoptado y los principios procesales que rigen el proceso, aunque, en la actualidad, se abandonó la idea de un juez pasivo y sujeto solamente a lo que establecía la ley.

La existencia de diferentes sistemas fundamentales para la regulación de la prueba judicial, y el fin que persigue la prueba que es el convencimiento del juez a través de la verdad formal o material ha provocado un gran debate de la doctrina, así se plantea las siguientes interrogantes: ¿Los jueces deben o no tener facultades probatorias?, ¿qué sucede con la imparcialidad judicial?, ¿cuál debe ser el contenido de las facultades judiciales?

Para atender a todos estos interrogantes, partiré de las diferentes acepciones del término verdad, distinguiendo entre verdad material y verdad formal: la verdad material se obtiene luego de una investigación real y objetiva de los hechos, el juez tiene amplias facultades de investigación, es característico de los sistemas inquisitivos; la verdad formal es abstracta y se forma de lo que obra en el proceso, es aparente, y por lo general es la verdad que presenta cada una de las partes, y: “si son las partes las que pueden dar

¹⁰⁷ Cfr. COGEP, Art. 294, numeral 7, literal e, que establece: Para el caso de las pruebas que deban practicarse antes de la audiencia de juicio, la o el juzgador, conjuntamente con las partes, harán los señalamientos correspondientes con el objeto de planificar la marcha del proceso; en concordancia con el Art. 181 que señala: La o el juzgador podrá recibir como prueba anticipada, en audiencia especial, los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio, siempre que se garantice el ejercicio del derecho de contradicción de la contraparte.

al proceso un sentido determinado y dirección en el ejercicio del principio de disponibilidad del material procesal, más bien se obtendría una verdad formal”.¹⁰⁸

Para Devis Echandía, la distinción entre verdad real y formal no tiene sentido porque: “en vez de verdad real y formal, es mejor hablar de ‘certeza histórica judicial’ y ‘certeza histórica legal’”.¹⁰⁹ Taruffo sostiene que la noción de verdad es vaga, ambigua e indeterminada,¹¹⁰ y señala que los límites y reglas impuestas para diferenciar entre verdad formal y material corresponden en realidad a la verdad absoluta y a la verdad relativa.¹¹¹

La verdad es una sola, lo único que varía es el sistema de regulación de la prueba implantado por cada legislación, en el COGEP se establece que la actividad probatoria estará dirigida a esclarecer, por lo menos, la verdad procesal; en tanto que, la motivación de la sentencia debe estar dirigida a demostrar la racionalidad de la sentencia (su verosimilitud o plausibilidad).

2.1. La iniciativa judicial en materia probatoria

Históricamente la concesión de poderes al juez en el proceso civil aparece en la Ordenanza Procesal Austríaca de 1895 o la *Zivilprozessordnung* que es una de las obras más importantes de Franz Klein¹¹² como: “reacción política al modelo del Estado y al proceso civil del liberalismo europeo de siglo XIX”,¹¹³ obra a la que Chiovenda calificó como la máxima expresión de la oralidad, inmediatividad, concentración, publicidad, autoridad judicial y libre apreciación de las pruebas por el juez y que se estableció en una garantía eficaz para una justicia rápida y barata,¹¹⁴ y para sus fervientes seguidores

¹⁰⁸ Yolanda Ríos López, “La función directiva del juez en la determinación de la certeza de los hechos”, en Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, coord. *Aspectos prácticos de la prueba civil* (Barcelona: J.M. Bosch, 2005), 130.

¹⁰⁹ Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 17.

¹¹⁰ Michele Taruffo, “Probabilidad y prueba judicial”, en *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 1a. ed. (Bogotá: Universidad Libre, 2005), 1077.

¹¹¹ Ramírez Carvajal, “Facultades probatorias del juez en el Estado social de Derecho”, 244-5.

¹¹² Se desempeñaba como Ministro de Justicia de Austria y profesor de la Universidad de Viena y su larga trayectoria en el Ministerio le permitió que planee, redacte e implante la reforma del proceso civil en Austria con la Ordenanza Procesal Austríaca que, a más de la implementación de la oralidad, intermediación, otorgaba amplios poderes jurisdiccionales a los jueces.

¹¹³ Andrés Bordialá Salamanca, “Los poderes del juez civil”, en Andrés de la Oliva Santos y Diego Iván Palomo Vélez, coord., *Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil* (Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007) 180-1.

¹¹⁴ Antonio Francoz Rigalt, *La oralidad en el proceso civil*, s.l.: CODHEM, s.f. Edición electrónica, 135.

constituyó el verdadero paradigma de lo que debe ser el proceso civil oral¹¹⁵ en el que los jueces estaban investidos de fuertes poderes directivos inclusive para ordenar medios de prueba no solicitados por las partes.

Las facultades judiciales tanto en la dirección del proceso como en materia probatoria para Berizonce son: “poderes-deberes”¹¹⁶ otorgados al juez para la dirección e instrucción de las causas, y que constituyen una de las bases del Código modelo Procesal Civil para Iberoamérica que fue aprobado en la XI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, en Río de Janeiro del 22 al 27 de mayo de 1988, como resultado del diálogo de las realidades sociales a través de las jornadas latinoamericanas de derecho procesal realizadas desde el año 1957 hasta el año 1988 de países como Uruguay, Colombia, Guatemala, México, Venezuela, Argentina, Chile, Perú, España, Brasil, miembros del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, y que se gesta para solucionar la anormal duración del proceso que se traduce en una denegación de justicia, por lo que se propone la celeridad, la oralidad en base a un proceso por audiencias para transformar el proceso civil escrito vigente.¹¹⁷

Los principios estructurales de este código son la conformación del proceso por audiencias, el establecimiento de un juez unipersonal en primera instancia, así como un tribunal *ad quem* para revisión, la concesión de poderes judiciales para la ordenación y comando del trámite y poderes de instrucción probatoria, y la implementación de procesos monitorios.¹¹⁸ El Código modelo ha tenido gran influencia en los procesos civiles de Uruguay, Perú, Brasil, Argentina y actualmente ha jugado un papel importante en la reforma del sistema procesal civil ecuatoriano.

2.1.1 Doctrinas en contra de la concesión de iniciativa probatoria judicial

La concesión de poderes a los jueces en materia probatoria en el proceso civil es criticada por una parte de la doctrina en el sentido de que el proceso se vuelve

¹¹⁵ Diego Palomo Vélez, *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español* (Chile: Librotecnia, 2008), 40.

¹¹⁶ Roberto Omar Berizonce, “Bases para actualizar el Código modelo procesal civil para Iberoamérica”, en Raúl Tavorari Oliveros, coord., *Derecho Procesal Contemporáneo: Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, t. II. (Chile: Puntotex, 2010), 1306-7.

¹¹⁷ Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica* (Río de Janeiro: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988), 18.

¹¹⁸ Berizonce, “Bases para actualizar el Código modelo Procesal Civil para Iberoamérica”, 1311.

autoritario y es característico de regímenes autoritarios o totalitarios. Montero Aroca, respecto del aumento de los poderes del juez, sostiene lo siguiente:

Se trata al parecer de no advertir o de no querer reconocer que, por ejemplo, con referencia al aumento de los poderes del juez y a la disminución de los derechos de las partes, su postulación no se hizo con el fin de garantizar una mayor efectividad y eficacia de la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de los individuos (el Estado al servicio de los particulares), sino que esos aumento y disminución tuvieron, en su momento, como única y coherente justificación el sometimiento de los particulares a los designios del poder del Estado (los particulares al servicio del Estado) [...]

Los eslóganes, no por mucho que se repitan, pueden seguir escondiendo algunos de los contenidos propios de ideologías a las que la realidad ha mandado a los archivos de la historia. Hoy no puede seguir pensándose que la oralidad forma parte de un sistema procesal basado en una concepción que aumenta los poderes del juez en detrimento de los derechos de las partes y que la utiliza como elemento de ejercicio de esos poderes.¹¹⁹

Adolfo Alvarado Velloso, por su parte sostiene: “la atribución de poderes al juez no es una cuestión técnica sino puramente política, siendo la ideología política del legislador, la que se plasma en las normas jurídicas”.¹²⁰

Por lo tanto, se considera que la concesión de facultades judiciales en materia probatoria para el proceso civil no convierte al proceso en autoritario porque estas no son absolutas, se encuentran limitadas por los principios dispositivo, de aportación de parte, de contradicción, inclusive por la teoría de la carga de la prueba, por el derecho a la prueba que tienen las partes y el derecho a la defensa como garantías del derecho al debido proceso; la concesión de facultades judiciales probatorias por el legislador no es característico de regímenes totalitarios porque históricamente fueron gestadas en momentos diferentes, y resulta contradictorio que la concesión de facultades probatorias para procesos como el penal, laboral sean aceptados y no se ataque la imparcialidad judicial.

Otra parte de la doctrina se fundamenta en los principios dispositivo y de aportación de parte que rigen el proceso civil para rechazar la iniciativa probatoria del juez, aunque los argumentos más fuertes se sostenían en el carácter tradicional del

¹¹⁹ Montero Aroca, “La oralidad en el modelo garantista del proceso civil”, 280-2.

¹²⁰ Adolfo Alvarado Velloso, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio* (Valencia, 2005), citado por Joan Picó i Junoy, “El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”, *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Urdaneta*, vol. 6, No. 1 (enero a junio de 2012):18,

<<http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/rcj/v6.n1/EI%20Derecho%20Procesal%20entre%20e1%20garantismo.pdf>>.

principio de aportación de parte, sobre todo en la aportación de los medios de prueba, sin embargo las teorías que se aferran a la tradicional concepción del principio de aportación han sido rebatidas por Guasp conforme sintetiza la doctrina española:

1. Teoría del interés privado: según ella la abstención del juez se justifica por la naturaleza privada de los intereses que se ventilan en el proceso civil. GUASP rechaza esta tesis y entiende que el proceso es una institución de Derecho Público que persigue una finalidad pública, a saber: el mantenimiento de la paz social.
2. Teoría de la incompatibilidad psicológica: según ella el juez vería comprometida su imparcialidad si pudiera aportar datos de hecho al proceso. Datos que necesariamente favorecerían a una de las partes. GUASP contesta a esta tesis afirmando que no se trata de convertir al juez en un investigador oficial, sino de que se le permita obtener datos que confirmen una verdad intuitiva por él.
3. Teoría del estímulo: según ella nada constituirá un mejor estímulo para las partes que el saber que sus omisiones en cuanto a alegaciones y prueba, no serán suplidas. No queda tampoco esta tesis sin réplica de GUASP, quien opina que la intervención del juez no elimina este estímulo, tal y como evidencia la práctica forense, donde nadie deja de citar un precepto que sabe que le favorece por mucho que también sepa que para el juez rige el principio *iura novit curia* y, por tanto, podrá aplicarlo de oficio.¹²¹

2.1.2. Doctrina a favor de la concesión de iniciativa probatoria judicial

Entre los defensores de la concesión de facultades judiciales en materia probatoria, Joan Picó i Junoy, sostiene que si la prueba tiene como fin lograr el convencimiento del juez sobre la verdad de los hechos objeto del proceso, la actividad probatoria no es exclusiva de las partes, ni interesa solo a estas, no se puede prohibir al juez la iniciativa probatoria¹²², y analiza de forma exhaustiva los argumentos utilizados para restringir la iniciativa probatoria del juez civil que de forma breve señalo:

La primera crítica que afronta la iniciativa probatoria por parte del juez es el argumento de la naturaleza privada del interés discutido por las partes, argumento que no sirve de fundamento para prohibir la iniciativa probatoria del juez, porque si

¹²¹ Eneida Arbaizar Fernández, Alazne Basañez Gutiérrez, Gloria Pérez Padilla y Octavio Tobajas Gálvez, “La iniciativa probatoria de oficio en los procesos especiales no dispositivos”, en Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, coord., *Los poderes del juez civil en materia probatoria* (España: J.M. Bosch, 2003), 79.

¹²² Joan Picó i Junoy, “La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso”, en Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, coord., *Los poderes del juez civil en materia probatoria* (España: J.M. Bosch, 2003), 165.

bien el interés discutido en el proceso es privado, el proceso no es privado, es público y no pertenece a las partes para que estas puedan disponer de este:

Este tipo de razonamiento se sustenta en la tesis ya completamente abandonada de que el proceso civil es un negocio particular y con un fin privado: la defensa de los intereses personales. Ciertamente, las concepciones privatistas del proceso como negocio particular o relación jurídica privada se encuentran desde hace tiempo superadas, en favor de una visión “publicista” del proceso, que le concibe como el instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Si bien es cierto que lo discutido en el proceso civil tiene, por regla general, un carácter disponible o privado, ello no comporta que tales características puedan igualmente predicarse del proceso, pues el modo de desarrollarse el mismo no pertenece a los litigantes sino al Estado, único titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función.¹²³

La segunda crítica se funda en el interés único de las partes para la obtención de una resolución favorable a sus pretensiones, argumento que no tuvo acogida para restringir la actividad probatoria del juez porque:

Se trata de una objeción de índole práctica, que se fundamenta en el hecho de que los litigantes son los que mejor defienden sus intereses y, en consecuencia, nadie mejor que ellos pueden conocer las pruebas que acrediten la certeza de sus alegaciones. [...] Ciertamente, el hecho de que los litigantes estén más preparados para aportar al proceso el material probatorio necesario no explica que se omita o excluya de esta operación al juzgador.¹²⁴

El tercer argumento es la incompatibilidad entre el derecho a la prueba de las partes y la iniciativa probatoria del juez, cuyo fundamento radica que el ordenamiento jurídico a través del derecho a la prueba faculta solo a las partes a aportar pruebas en el proceso, argumento que no se sustenta, porque el derecho a la prueba no otorga a las partes el monopolio exclusivo de la actividad probatoria, le otorga la libertad para aportar todos los medios de prueba que crea convenientes, y que luego del examen de admisibilidad por parte del juez y su práctica le otorgarán la convicción sobre la realidad de los hechos discutidos en el proceso al juez para su resolución. Por ello, la iniciativa probatoria de las partes y del juez son compatibles, solo en el supuesto que

¹²³ Picó i Junoy, “La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso”, 166.

¹²⁴ *Ibíd.*, 167.

esta iniciativa del juez limite el derecho a la prueba de las partes o sea un impedimento para ejercer el derecho a la prueba se puede argumentar que son incompatibles.¹²⁵

El cuarto argumento es la destrucción de la carga de la prueba, y se sostiene en la tesis que la concesión de la iniciativa probatoria al juzgador provocará que este pruebe los hechos objeto del proceso y que les corresponde a las partes quebrando el principio del *onus probandi*, criterio erróneo, porque la carga de la prueba es una regla de conducta para el juzgador que es imperativa y se aplica ante la falta de prueba debiendo fallar de fondo sin que pueda abstenerse, y las partes no pueden asumir que el juez en virtud de la facultad probatoria tiene el deber de probar los hechos que fueron fijados por las partes como controvertidos porque esta iniciativa probatoria es limitada, así lo explica Picó i Junoy:

Este razonamiento resulta dogmáticamente incorrecto, pues como es sabido, las reglas de la carga de la prueba operan en el momento de dictar sentencia. Debido a que en nuestro ordenamiento no es posible el *non liquet*, [...]. Así la carga de la prueba no impide que el juez, de oficio, pueda ordenar la práctica de un medio probatorio pues, como he indicado, esta institución entra en juego y adquiere plena eficacia en el momento de dictar sentencia y no con anterioridad, permitiendo saber al juzgador a que parte perjudicará la inexistencia de la prueba de tales hechos. En consecuencia, las reglas de la carga de la prueba siguen teniendo virtualidad en aquellos supuestos en que a pesar de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso, bien sea a instancia de parte o bien por iniciativa judicial, determinados hechos continúan siendo inciertos. Para concluir, debo advertir que la eventual, facultativa y limitada iniciativa probatoria que se atribuye al juez [...] no debe hacernos pensar que provocará en las partes el desinterés en proporcionar elementos probatorios ya que, como he indicado, dicha posibilidad no excluye que el órgano jurisdiccional, al realizar el juicio fáctico de la sentencia, acuda a las reglas del *onus probandi*.¹²⁶

Finalmente, el quinto argumento para que el juzgador no tenga iniciativa probatoria en el proceso civil es la vulneración de la imparcialidad judicial, porque podría prejuzgar la causa, beneficiar a una de las partes, o la extralimitación de poderes; este argumento para Picó i Junoy no puede sostenerse porque cuando el juez actúa prueba de oficio desconoce a qué parte perjudicará o beneficiará; la imparcialidad del juez puede, igualmente, perderse en las demás etapas de la actividad probatoria, pero los recursos son la solución a estos problemas, además: “la razón o fundamento de esta

¹²⁵ *Ibíd.*, 167-8.

¹²⁶ *Ibíd.*, 168 - 9

iniciativa probatoria, únicamente, puede encontrarse en la búsqueda de la convicción judicial”.¹²⁷

2.1.3. Doctrina que propone el papel de un juez intermedio

La doctrina más moderna representada por Alcalá-Zamora sostiene la figura del juez-director del proceso, ni totalmente pasivo ni autoritario en exceso, se trata de un juez intermedio que supera al juez espectador y que interviene para corregir solo en casos de abusos, omisiones, o desviaciones evidentes, aunque Sentis Melendo establece que el juez-director del proceso no es un juez intermedio porque es su deber dirigir el proceso.¹²⁸ Coincidiendo con Sentis Melendo el juez tiene la obligación de dirigir el proceso, su actuación no se reduce a un papel intermedio, y el juez no puede convertirse en abogado de las partes asumiendo la carga de la prueba que les corresponde.

En los ordenamientos jurídicos que han concedido facultades de iniciativa probatoria a los jueces, estos no se han convertido en jueces inquisidores, tampoco se han vulnerado los derechos de las partes; prueba de ello es la realidad alemana (que tuvo un régimen totalitario, como es el nazismo) en donde el juez está dotado de amplios poderes probatorios, es decir, tiene poderes de dirección formal y material para reducir el monopolio por las partes sobre el proceso y las pruebas, aunque la realidad alemana es muy diferente a nuestra realidad es preciso conocer que el juez alemán tiene las siguientes facultades probatorias:

[...] discutir y aclarar con las partes, que han tenido que presentar informaciones completas y verificables, sobre los hechos relevantes de la causa, dando en caso necesario a las partes oportunas indicaciones. En caso contrario, puede disponer de oficio sustancialmente todos los medios de prueba, con la sola excepción de la prueba testimonial. En caso de que las partes no hayan solicitado una prueba testimonial que el juez considere relevante, él puede pedir a las partes si han considerado esta posibilidad [...] y puede fácilmente inducir las a deducir el testimonio que habían omitido indicar.¹²⁹

En Latinoamérica, la realidad uruguaya sobre la concesión de iniciativa probatoria al juez demuestra que no es incompatible con su imparcialidad, aclarando que la iniciativa probatoria judicial es limitada:

¹²⁷ *Ibíd.*, 169-171.

¹²⁸ Ríos López, “La función directiva del juez en la determinación de la certeza de los hechos”, 132.

¹²⁹ Michele Taruffo, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”, en Michele Taruffo y otros, *Constitución y Proceso* (Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú / ARA Editores, 2009), 423.

En los veinte años de aplicación del nuevo Código, el aumento de los poderes-deberes del juez ha demostrado ser un instrumento eficaz para la búsqueda de la verdad material de los hechos de la causa y la concreción de una solución de justicia en la sentencia. [...] En Uruguay, los jueces han hecho en general un ejercicio moderado y adecuado de tales instrumentos, sin afectar su imparcialidad, ni el principio de igualdad de las partes y su derecho de defensa en juicio. En general, si se hiciera un análisis crítico de la utilización de los poderes-deberes por los jueces, serían más las veces que omitieron ejercerlos que las que los ejercieron autoritariamente.¹³⁰

Luego de los argumentos doctrinarios que se esbozan, unos a favor y otros en contra, se considera que la iniciativa probatoria por parte del juzgador, que en nuestra legislación se traduce en la prueba de oficio para mejor proveer, no entra en conflicto con el derecho a la prueba de las partes, porque las facultades judiciales en materia probatoria son limitadas y el juez no puede monopolizar la actividad probatoria. Si la iniciativa probatoria del juez acaparara toda la actividad probatoria se puede configurar como una limitación a la iniciativa probatoria de las partes facultado por el derecho a la prueba.¹³¹

La iniciativa probatoria del juez debe guardar equilibrio y respeto con los principios que rigen el proceso y la prueba, así: “los principios dispositivo y de aportación de parte deben continuar rigiendo en el proceso civil; el primero de manera absoluta, pero la vigencia del segundo exige buscar el punto de equilibrio entre los poderes de las partes y los del juez para evitar que este quede vinculado por las actividades fraudulentas, ilícitas o inútiles de las partes”.¹³²

Coincidiendo con Picó i Junoy¹³³ se considera que la iniciativa probatoria del juez no viola el derecho a la prueba que tienen las partes en el proceso, la actividad probatoria de las partes otorga convicción al juez sobre la verdad de los hechos afirmados por estas y que forman parte de los hechos controvertidos resultado de la fijación y delimitación de los hechos objeto de la controversia, en tanto que la prueba de oficio derivada de la iniciativa probatoria judicial tiene un papel complementario a la

¹³⁰ Pereira Campos, “20 años de aplicación en Uruguay del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”, 1353.

¹³¹ Michele Taruffo, Taruffo, M., *Il diritto alla prova nel processo civile*, (1984), 90, citado por Joan Picó i Junoy, “El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual” (España: J.M. Bosch, 2007), 107.

¹³² Ríos López, “La función directiva del juez en la determinación de la certeza de los hechos”, 132.

¹³³ Picó i Junoy, “La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso”, 155-8.

actividad probatoria de las partes y no suple su desidia o pereza. Finalmente, el principio dispositivo sigue rigiendo el proceso y el de aportación de parte sufre una breve y saludable atenuación porque evita que las partes monopolicen la actividad probatoria.

2.1.4. Principio dispositivo y principio de aportación de parte

Para establecer los límites de la actividad probatoria por parte del juez es fundamental analizar brevemente los principios dispositivo y de aportación de parte. Para Serra Domínguez, el principio dispositivo comprende: “todas aquellas facultades procesales derivadas de la titularidad afirmada en el proceso de los derechos sustanciales”.¹³⁴

A propósito del análisis doctrinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil española se determina lo que comprende el principio dispositivo, que resulta muy esclarecedor respecto del tema:

- a) La actividad jurisdiccional se inicia siempre a instancia de parte, ya que el particular es libre para decidir el interés que le mueve a luchar por su derecho o a dejarlo insatisfecho *nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*. Con base a este principio podemos afirmar que todos los procesos civiles comienzan así por demanda, sin que quepa la incoación de oficio por el órgano judicial [...]
- b) Las partes delimitan siempre el objeto del proceso, ya que la determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita de los órganos jurisdiccionales es una facultad exclusiva de las partes, o en otras palabras, la determinación del objeto del proceso corresponde no solo al actor, ya que el demandado puede determinar también el objeto del debate, [...]
- c) Los órganos jurisdiccionales al satisfacer, por medio del proceso y de la sentencia, intereses privados, deben ser congruentes con la pretensión (objeto del proceso) y la resistencia (objeto del debate) formuladas. Las sentencias deben ser siempre congruentes con el objeto del proceso [...]
- d) Si las partes son las únicas que pueden pedir la actividad jurisdiccional, pueden también ponerle fin, disponiendo tanto del interés material como del proceso, que acabará cuando las partes así lo decidan por los actos de disposición que tienen la fuerza de cosa juzgada (allanamiento, renuncia, transacción) o sin ella (desistimiento, caducidad) y que han de producir la terminación del proceso, con anterioridad a la sentencia definitiva. Las partes pueden disponer tanto del objeto litigioso del proceso como de la continuación del proceso, [...].¹³⁵

¹³⁴ Serra Domínguez, *Liberalización y socialización del proceso civil* (1972), citado por Yolanda Ríos López, “La función directiva del juez en la determinación de certeza de los hechos”, en Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, coord. *Aspectos prácticos de la prueba civil* (Barcelona: J.M. Bosch, 2005), 133.

¹³⁵ Arbaizar Fernández, Alazne Basañez Gutiérrez, Gloria Pérez Padilla y Octavio Tobajas Gálvez, “La iniciativa probatoria de oficio en los procesos especiales no dispositivos”, 74-6.

El principio dispositivo implica que la actividad jurisdiccional se activa por la voluntad de las partes para reclamar sus derechos subjetivos a través de los órganos jurisdiccionales y es en la relación jurídica procesal en donde pueden disponer de sus intereses privados y de reclamarlos; por ello, este principio radica en que las partes deben acceder al órgano jurisdiccional para iniciar la actividad jurisdiccional, iniciado el proceso las partes determinan y disponen de su objeto y de la continuación del proceso en razón de la naturaleza privada del derecho subjetivo reclamado y de su titularidad, así como de la voluntad de las partes; y, finalmente en la sentencia se plasma este principio porque esta debe, en general, ser congruente con las pretensiones de las partes.

El principio de aportación de parte, conocido como principio de controversia o dualidad de partes, se identifica con el aforismo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, y se entiende como tal, en que las partes deben aportar al proceso en primera instancia los hechos para la fijación de los hechos objeto de la actividad probatoria, es decir para que exista la traba de la litis y, posteriormente, aportar con los medios de prueba para probar las afirmaciones de los hechos realizadas tanto en las pretensiones como en las excepciones.

Este principio implica que: “las partes tienen el monopolio de aportar al proceso los elementos de hecho y los medios de prueba y supone, por tanto, que las partes son las encargadas de aportar al proceso los datos o elementos fácticos de la realidad que se discute en el proceso, así como proponer la prueba de tales datos o elementos fácticos”.¹³⁶

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Español define al principio dispositivo y al de aportación de parte así:

El principio dispositivo, mejor poder dispositivo, significa que en el campo del proceso civil, las partes disponen del objeto del proceso, en el sentido de ejercitarlo o renunciarlo a su voluntad. Comenzando, respecto al demandante, con la libertad de accionar y en cuanto a la elección de oportunidad del momento de realizarlo, limitado en el orden temporal a la prescripción de la acción y asimismo, iniciado el proceso con el poder de disposición sobre la pretensión, renunciándola o transigiendo y en cuanto al demandado con la libertad de comparecer o no y de allanarse o transigir la pretensión adversa. En íntima relación con tal principio, pero con independencia o al menos autonomía, figuran los de justicia rogada y de aportación de parte, el primero en cuanto que el actor determina la iniciación del proceso (“ne procedat iudex ex officio” y “nemo

¹³⁶ *Ibíd.*, 76.

iudex sine actore”) y puede desistir. En cuanto al de aportación de parte, significa la asunción por cada parte de los elementos de alegación, petición y prueba que vinculan al Juez dentro del margen de la pretensión y de su oposición.¹³⁷

Establecida la diferencia entre principio dispositivo y de aportación de parte, la concesión de facultades judiciales en materia probatoria, siempre que sea limitada no afecta al principio dispositivo, y con relación al principio de aportación de parte su aplicación no es absoluta.

Nuestro sistema jurídico se puede calificar como un sistema mixto porque se sigue aplicando el principio dispositivo y de aportación de parte; también se concede iniciativa probatoria al juez al otorgarle poderes de instrucción sin menoscabar la iniciativa probatoria de las partes, es decir la concesión de facultades probatorias al juez es complementaria a la actividad probatoria que tienen las partes para demostrar sus afirmaciones de los hechos contenidas tanto en las pretensiones de la demanda o en las excepciones de su contestación.

2.1.5 Garantismo versus activismo judicial

La mayor intervención del juez en el proceso y la concesión de facultades en materia probatoria también han provocado una disputa entre el garantismo y el activismo judicial, cuyo debate se centra en cuál de las opciones garantizan mejor un proceso justo; en el garantismo el juez no debe intervenir mucho, se funda en el principio dispositivo y propugna que los jueces no pueden tener iniciativa probatoria para no violentar la imparcialidad judicial.

Sobre el garantismo Gozaíni sostiene que: “El proceso es un problema entre partes y de este modo, cualquier conflicto celebrado ante jueces o tribunales, se rige por el principio dispositivo, según el cual, *nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio*, es decir, que no hay proceso sin petición de parte y no puede el juez promover él mismo un conflicto entre partes”.¹³⁸ La doctrina garantista de la prueba supone que por

¹³⁷ España. Primera Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, *Resolución No. 1,044/1999*, de 07 de diciembre de 1999.

¹³⁸ Osvaldo Alfredo Gozaíni, “*Problemas actuales del derecho procesal*”, *Garantismo vs. Activismo Judicial* (México), 28, citado por Carlos Parodi Remón, “¿Activismo o garantismo judicial?”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix - Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho*, t. X. *Tutela Judicial y Derecho Procesal* (México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008), 316.

la rígida separación entre partes y el juez, la carga de la prueba no puede ser asumida por el juez, esta doctrina es propia del sistema acusatorio porque en los sistemas mixtos el juez tiene iniciativa probatoria.¹³⁹

Por lo expuesto, en el garantismo el juez debe intervenir lo menos posible en el desarrollo de la relación jurídica procesal, no puede introducir hechos nuevos, menos aún medios de prueba sobre nuevos hechos, a fin de garantizar su imparcialidad.

Para el activismo judicial, el juez es el director del proceso, tiene iniciativa probatoria, por lo que puede disponer de oficio la actuación de medios de prueba e indagar la verdad material que será la base de la sentencia, aunque su actuación se circunscriba a los hechos controvertidos, el juez no puede introducir hechos; el activismo solo es aplicable en la tramitación del proceso, no menoscaba los derechos de las partes, no confiere poderes excesivos o desproporcionados al juez sino que busca una justicia transparente célere y lo más acertada posible.¹⁴⁰

Roberto Berizonce¹⁴¹ se pronuncia en el sentido que el activismo se encuentra vinculado de forma directa con el progreso y evolución de las instituciones para responder a las nuevas exigencias sociales, y se verifica en la conducción del procedimiento y en la sentencia en relación a las reglas jurídicas materiales, por ello las partes procesales deben conocer las verdaderas razones de la resolución judicial, así: “El “activismo” debe llegar hasta la motivación, extremando el celo para brindar las razones acabadas que apoyan el *dictum*. A mayor “activismo” y empuje innovador corresponde una más profunda y persuasiva fundamentación”.¹⁴²

Para Carlos Parodi Remón, el garantismo y activismo constituyen conductas que el juez puede adoptar en la tramitación del proceso, no son antagónicas.¹⁴³ El garantismo y el activismo judicial no solo abarcan el mayor o menor grado de intervención del juez en el proceso. Así el garantismo para Ferrajoli tiene tres acepciones como: un modelo normativo de derecho, una teoría jurídica de la validez y

¹³⁹ Luigi Ferrajoli, "Derecho y razón", 610-3.

¹⁴⁰ Carlos Parodi Remón, "¿Activismo o garantismo judicial?", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix - Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho*, t. X. *Tutela Judicial y Derecho Procesal* (México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008), 311-30.

¹⁴¹ Roberto Omar Berizonce, *Derecho procesal civil actual* (Argentina: Librería Editora Platense, 1999), 361-401.

¹⁴² Berizonce, "Derecho procesal civil actual", 399.

¹⁴³ Parodi Remón, "¿Activismo o garantismo judicial?", 331.

de la efectividad y una filosofía política y es preciso acotar que depende de cada realidad social; es decir, no se trata solo de conductas del juez sino de modelos que tienen como meta introducir cambios paulatinos en el derecho de una sociedad. Es preciso acotar que no se puede caer en exageraciones al adoptar un modelo u otro en estado puro. Así la doctrina tanto para el garantismo como para el activismo señala:

El garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso, y la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas de la actividad del juez - con su deber de imparcialidad- y de las partes -con sus derechos a la defensa-. Por ello, el debate garantismo-eficacia no debe plantearse en términos de prevalencia de uno sobre otro, sino de compatibilidad, esto es, debe buscarse la máxima eficacia del proceso respetando las garantías procesales del juez y de las partes.¹⁴⁴

La solución sería un activismo signado como “moderado”, extraño a todo autoritarismo, decisionismo o inquisitivismo, en el que, el juez sin atentar de modo alguno contra el derecho material de las partes conduzca el proceso dotado de ciertas facultades que le permitan premunirse de elementos de juicio suficientes para que su decisión final, no sólo [sic] signifique la mera aplicación de la ley, sino que, a través de ella, interpretándola de acuerdo con la naturaleza del proceso sus características singulares y en un encuentro con su propia conciencia, constituya también la expresión de la justicia.¹⁴⁵

2. 2. La prueba de oficio o prueba para mejor proveer

El COGEP establece la prueba de oficio como prueba para mejor proveer que tiene el carácter de excepcional. Esta facultad se deriva de que la concesión de la iniciativa probatoria al juez se encuentra limitada, y el juez la solicita: “para los efectos de premunirse de mayores elementos de juicio, indispensables para mejor proveer y que su decisión no obedece a razones extrajudiciales o subalternas”.¹⁴⁶

La prueba de oficio para mejor proveer constituye una excepción al principio de aportación de parte en relación a la introducción de pruebas, sin embargo, no afecta el principio dispositivo porque no introduce hechos al proceso.¹⁴⁷ La oportunidad del juez para solicitar prueba de oficio es en la audiencia preliminar en los procedimientos ordinarios y en la segunda fase de la audiencia única de los procedimientos ejecutivos,

¹⁴⁴ Joan Picó i Junoy, “El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”, *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Urdaneta*, vol. 6, No. 1 (enero a junio de 2012):28. <<http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/rcj/v6.n1/EI%20Derecho%20Procesal%20entre%20el%20garantismo.pdf>>

¹⁴⁵ Parodi Remón, “¿Activismo o garantismo judicial?”, 338.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, 353.

¹⁴⁷ Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 330-2.

sumarios y monitorios, luego de que se fijen y delimiten por las partes los hechos controvertidos; no se puede disponer la prueba de oficio luego de la recepción de las pruebas porque se puede comprometer la imparcialidad del juez.

La prueba de oficio se deriva del poder de dirección material del juez porque la concesión de poderes a los jueces tanto para la dirección del proceso y en materia probatoria corresponden doctrinariamente a los poderes de dirección formal y de dirección material.

Los poderes de dirección formal del proceso permiten al juez: “cimentar el impulso de las diversas etapas procesales, tener el control de las audiencias y además vigilar las garantías legales del proceso”,¹⁴⁸ en tanto que los poderes de dirección material contienen los poderes de instrucción u ordenación de la prueba, por ello se señala que: ‘corresponden especialmente a la etapa de discusión y contradicción de los hechos y las pruebas’.¹⁴⁹

Para Carocca Pérez:

La prueba de oficio debería estar esencialmente limitada, no porque estemos en contra de aquello que se viene auspiciando con tanta fuerza en el derecho procesal latinoamericano del juez con iniciativa probatoria, del juez director del proceso, sino porque nuestra experiencia nos muestra que una excesiva iniciativa probatoria de oficio al final termina conspirando contra la igualdad de las partes.¹⁵⁰

Autores como Alvarado Velloso están en contra de la prueba de oficio porque según su criterio es incompatible con la imparcialidad judicial, e inclusive propugnan que las leyes que dotan de iniciativa probatoria al juez deben ser declaradas inconstitucionales, porque:

Si el juzgador es un verdadero tercero en el proceso (en situación de clara ajenidad o de neutralidad) respecto de las partes procesales, es obvio que no debe hacer ni puede aceptarse bajo pretexto alguno que haga lo que constituye esencial tarea propia de toda parte procesal: introducir hechos en el proceso mediante su afirmación en la demanda o contestación, negar la existencia de los hechos afirmados, probar los hechos negados acerca de ellos, etc. De donde surge la clara imposibilidad lógica de que él

¹⁴⁸ Ramírez Carvajal, “La oralidad y su relación con los poderes de instrucción”, 401.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, 396.

¹⁵⁰ Alex Carocca Pérez, “Recuperación de la importancia de la prueba en un modelo procesal civil oral”, en Andrés de la Oliva Santos y Diego Iván Palomo Vélez, coord., *Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil* (Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007), 372.

asuma tareas que no le incumben como tercer, cual la de probar oficiosamente los hechos alegados por las partes.¹⁵¹

Para Fix Zamudio:

[...] el derecho procesal moderno asigna al juzgador la función de la dirección del proceso [...], y por ello se atribuye al juez una vigorosa actividad probatoria, la que no se limita a los elementos de convicción aportados por las partes, sino que debe llevar de oficio al proceso aquellos que considere necesario para lograr su convicción cuando son insuficientes las pruebas ofrecidas por los justiciables, pero con respeto a la igualdad de estos últimos y sin abandonar su carácter de imparcialidad y objetividad.¹⁵²

La prueba de oficio se deriva de los poderes de instrucción u ordenación de la prueba del juez, es un poder discrecional, no un deber, y no colisiona con la imparcialidad judicial porque su ordenación es de carácter excepcional y razonada, se respeta el principio de contradicción que tienen las partes y fundamentalmente la prueba de oficio es limitada.

2.3. Límites probatorios de la iniciativa probatoria de los jueces

La iniciativa probatoria del juez debe ser limitada, es decir, no es absoluta porque no significa un autoritarismo procesal, se le puede concebir como poderes supletorios e integradores.¹⁵³ En ese mismo sentido se pronuncia Taruffo, quien señala: “[...] porque un proceso en el que el juez dispone de poderes de instrucción no implica «autoritarismo» procesal, pudiendo configurarse tales poderes como puramente supletivos e integrativos respecto de aquellos de las partes, y pudiendo el juez desarrollar un rol del todo secundario, o marginal, en la recolección de las pruebas.” Con relación a los poderes integradores es preciso señalar que corresponden a la facultad judicial de integración probatoria, la que no se encuentra reconocida en nuestra legislación y que es propia del sistema jurídico español.

¹⁵¹ Adolfo Alvarado Velloso, “La imparcialidad judicial y la prueba oficiosa” en Adolfo Alvarado Velloso y Oscar Zorzoli dir., *Derecho Procesal Contemporáneo: Confirmación procesal*, 1a. ed. (Argentina: Ediar, 2007), 16-9.

¹⁵² Héctor Fix-Zamudio, “Orden y valoración de las pruebas en la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, t. I. (Costa Rica: Corte IDH, 2001), 200.

¹⁵³ Joan Picó i Junoy, “El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual” (España: J.M. Bosch, 2007), 114 - 115.

Por otra parte, Yolanda Ríos López sugiere que a los jueces se les debe otorgar poderes complementarios en materia probatoria, respetando la actividad de las partes con relación a la iniciativa probatoria que comprende la proposición de todos los medios de prueba necesarios para demostrar sus afirmaciones, es decir, la frontera natural para el ejercicio de las facultades probatorias por parte del juez es la actividad de las partes.¹⁵⁴

Omar Berizonce advierte que los conceptos de supletoriedad y subsidiaridad de la iniciativa probatoria judicial se deben entender en el sentido de que se espera de las partes una actuación preponderante en la aportación de las pruebas; por ello, es impropio creer que la iniciativa probatoria judicial es un deber del órgano judicial y cuando el órgano judicial toma la iniciativa de esclarecer un hecho no está sustituyendo a las partes porque secundaria y suplemental no significa substitutiva.¹⁵⁵

La iniciativa probatoria judicial debe ser limitada y es complementaria o supletoria de la iniciativa probatoria de las partes, no es un deber sino una facultad. Por ello, las partes no pueden exigir su cumplimiento porque el juez no está obligado a sustituir a las partes en el cumplimiento de lo que por ley les corresponde como carga probatoria dentro de un determinado procedimiento; además, para que el juez pueda ejercer dicha facultad debe existir una mínima actividad probatoria de las partes, el juez no puede suplir el desinterés, desidia o pereza de las partes en la relación jurídico procesal.

Para que el juez no vulnere el derecho a la defensa de las partes debe otorgar mayor contradicción y control a las partes,¹⁵⁶ estas deben tener oportunidad para lo siguiente:

1. Controvertir la pertinencia o relevancia de la prueba que se intenta introducir, de modo que esta cumpla con los requisitos de admisibilidad establecidos en la ley.
2. Participar en la realización de la prueba solicitada por el juez para efectos de contradicción e intermediación.
3. Producir contraprueba de acuerdo con el principio de contradicción.
4. Discutir la eficacia de la prueba de oficio antes de que se resuelva.

¹⁵⁴ Ríos López, “La función directiva del juez en la determinación de la certeza de los hechos”, 1322-3.

¹⁵⁵ Roberto Omar Berizonce, “Bases y principios que informan el Código modelo procesal civil para Iberoamérica de 1988”, en Andrés de la Oliva Santos y Diego Iván Palomo Vélez, coord., *Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil* (Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007), 73.

¹⁵⁶ Bordalí Salamanca, “Los poderes del juez civil”, 195.

Siguiendo a Joan Picó i Junoy, los límites de la iniciativa probatoria de los jueces son los siguientes:

1. Que la prueba se limite a los hechos controvertidos o discutidos por las partes, es decir, no puede introducir material fáctico nuevo, ni alterar el introducido por las partes en virtud del principio dispositivo que tiene total aplicación en el proceso conforme se estudió.
2. Que las fuentes deben constar en el proceso, para que el juez pueda desplegar la actividad probatoria, así el juez no actúa de forma inquisitiva, ni por su conocimiento privado, asegurando su imparcialidad.
3. El respeto al principio de contradicción, es decir las pruebas se practicarán con la intervención de las partes asegurando el derecho a la defensa como garantía del debido proceso y sobre todo evitando la indefensión.

Estos límites aseguran el derecho a la prueba que tienen las partes y que las facultades judiciales en materia probatoria no interfieran en la actividad probatoria de las partes, por ello, se sostiene que: “los jueces no suelen pecar aquí por excesos, sino por defecto. El verdadero peligro no es el de la exageración: es el de la inercia judicial”.¹⁵⁷

3. La calificación de la admisibilidad o inadmisibilidad de los medios probatorios en el proceso por audiencias instaurado en el Código Orgánico General de Procesos

La reforma procesal civil ecuatoriana está influenciada por los principios bases del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, entre estos, la oralidad y el establecimiento del proceso por audiencias. Por ello, se estructura el proceso en fases ordenadas y sucesivas. La relación jurídica procesal de acuerdo con el nuevo modelo se desarrolla con la interposición de la demanda y su contestación a través de actos escritos, luego se convoca a una audiencia preliminar que tiene varios objetivos, y entre los que interesan a nuestro tema de estudio es la calificación de la admisibilidad o inadmisibilidad de los medios probatorios por el juez, para con ellos posteriormente

¹⁵⁷ Berizonce, “Bases y principios que informan el código modelo procesal civil para Iberoamérica de 1988”, 73.

convocar a una audiencia de juicio para la práctica de los medios de prueba admitidos y finalmente dictar sentencia.

Cabe aclarar que la estructura descrita corresponde a los procedimientos ordinarios; los procedimientos ejecutivos, sumarios y monitorios se desarrollan en una audiencia única compuesta por dos fases, la primera fase de saneamiento, fijación del objeto del proceso, conciliación y segunda fase que comprende la prueba y alegatos; las audiencias únicas, preliminares, de juicio y especiales son orales.

3.1. La audiencia preliminar

La audiencia preliminar (en el procedimiento ordinario) es un acto oral y concentrado, caracterizado por la inmediación judicial, el juez debe dirigir la audiencia en forma activa por los poderes de dirección formal del proceso, la audiencia tiene una importancia fundamental en el proceso por las funciones que cumple:

El modelo del proceso por audiencias antepone a la celebración del juicio una audiencia o vista previa, entre otras finalidades, para remover tempranamente del proceso todos los obstáculos u óbices procesales que pudieran existir y para preparar adecuadamente la actividad que constituye el eje central de todo juicio, la prueba ya sea precisando los límites de la controversia existente entre las partes, ya sea delimitado el *thema probandi*.¹⁵⁸

La audiencia preliminar conocida también como audiencia previa, para Diego Palomo Vélez cumple una doble finalidad, por una parte, terminar el proceso cuando es inútil o imposible procesalmente y, por otra, tiene como fin preparar el verdadero juicio en el que se practicarán todos los medios de prueba propuestos por las partes y admitidos por el juez a fin de llevar al convencimiento del juzgador¹⁵⁹, esta dualidad de finalidades se descompone en cuatro contenidos:

a) la conclusión del proceso por conducto de la conciliación de las posiciones de las partes y la obtención de un acuerdo solutorio; b) el saneamiento anticipado, a través de la decisión y eventual superación de los impedimentos procesales que obstan a la decisión del mérito, o si fueren éstos insubsanables, el sobreseimiento de las actuaciones; c) la simplificación y abreviación del objeto del proceso y de la prueba; d) la ordenación

¹⁵⁸ Diego Palomo Vélez, “La audiencia previa y el modelo procesal civil oral: Consideraciones en torno a una pieza procesal clave”, en Andrés de la Oliva Santos y Diego Iván Palomo Vélez, coord., *Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil* (Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007), 381.

¹⁵⁹ Palomo Vélez, “La Audiencia previa y el modelo procesal civil oral: Consideraciones en torno a una pieza procesal clave”, 390.

de los desarrollos inmediatos para la más provechosa y efectiva recepción de las medidas probatorias.¹⁶⁰

La doctrina establece, además, que existen cuatro objetivos o finalidades que cumple la audiencia previa como son: “apurar las opciones de acuerdo entre las partes, resolver las eventuales excepciones procesales que se puedan plantear, fijar los extremos del debate, y proponer y admitir la prueba [...] que conforman las cuatro funciones [...]: función conciliadora, función depuradora, función delimitadora y función probatoria.”¹⁶¹

Para Beatriz Prada Rodríguez, la audiencia previa tiene cuatro fases o trámites que son: el intento de conciliación entre las partes, la subsanación de cuestiones procesales, la delimitación del objeto de la controversia y la proposición y admisión de los medios de prueba, fases que se dividen en momentos o subtrámites a excepción de la conciliación en razón de su naturaleza jurídica.¹⁶²

En el COGEP se identifica las cuatro fases o contenidos de la audiencia preliminar dentro de las reglas para el desarrollo de ésta y son: la convalidación o saneamiento del proceso por cuestiones de procedimiento que afecten su validez, debiendo pronunciarse las partes sobre las excepciones de previo y especial pronunciamiento; la determinación del objeto de la controversia; el intento de conciliación parcial o total; y, el anuncio o proposición de los medios de prueba y su admisión por parte del juez. La audiencia preliminar se divide en intervenciones, correspondiendo los tres primeros actos procesales a la primera intervención, en tanto que el anuncio de la prueba de las partes, así como la disposición de la práctica de la prueba de oficio que es facultativa conforme se estudió, la contradicción de los medios de prueba y el examen de admisión, son objeto de la segunda intervención.¹⁶³

No todas las fases de la audiencia preliminar son objeto del presente estudio, como las fases de intento de conciliación o transacción, y la del saneamiento anticipado,

¹⁶⁰ Berizonce, “Bases y principios que informan el código modelo procesal civil para Iberoamérica de 1988”, 58-9.

¹⁶¹ Aner Uriarte Cerdón, “La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio sobre la admisión de los medios de prueba”, en Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, dir. *Aspectos prácticos de la prueba civil* (Barcelona: J.M. Bosch, 2006), 78.

¹⁶² Beatriz Prada Rodríguez, “El orden de examen de los distintos subtrámites previstos en las fases de subsanación de cuestiones procesales, de fijación del objeto del debate, y de proposición y admisión de prueba?”, en Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, dir., *La Audiencia Previa* (España: J.M. Bosch, 2010), 93.

¹⁶³ Cfr. Artículo 294 del COGEP.

por ello, corresponde centrarse en las fases de fijación y delimitación precisa del objeto del proceso cuya consecuencia es la fijación de las pruebas y de proposición y admisión de la prueba.

3.1.1. Fijación y delimitación del objeto del proceso

La fase de fijación y delimitación del objeto del proceso o delimitación de los términos de la controversia consiste en la determinación de los hechos controvertidos que configuran el objeto de la prueba, esta fase es pieza angular en el desarrollo de la audiencia preliminar y constituye el primer acercamiento al fondo del asunto, que condiciona la posibilidad de conciliación y la admisión de la prueba.¹⁶⁴

Para Diego Palomo Vélez¹⁶⁵ esta fase comprende:

1. Las alegaciones y pretensiones complementarias, las partes pueden alegar de forma complementaria en relación con sus pretensiones no puede contradecirse, pueden aclarar las alegaciones formuladas sin alterar sustancialmente sus pretensiones, formular peticiones accesorias o complementarias a sus pretensiones, y finalmente alegar hechos nuevos.
2. Las actuaciones para determinar con exactitud el objeto de la controversia, que persigue que los hechos y fundamentos de cada una de las partes queden bien configurados, que se fijen los hechos y se distingan entre los hechos sobre los que existe disconformidad y son objeto de la prueba y los hechos sobre los que existe conformidad y deben quedar exentos de prueba.

Y, para Beatriz Prada Rodríguez,¹⁶⁶ la fase delimitadora se compone de tres subtrámites que son:

1. El primero abarca las siguientes funciones: 1) dialéctica que comprende la réplica del actor o contestación a la contestación; 2) aclaratoria que delimita la posición exacta de cada parte; 3) transformadora que permite la rectificación de las pretensiones accesorias o complementarias y añadir hechos nuevos o de nueva

¹⁶⁴ Uriarte Cordón, “La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio sobre la admisión de los medios de prueba”, 77-80.

¹⁶⁵ Palomo Vélez, “La audiencia previa y el modelo procesal civil oral: Consideraciones en torno a una pieza procesal clave”, 396.

¹⁶⁶ Prada Rodríguez, “El orden de examen de los distintos subtrámites previstos en las fases de subsanación de cuestiones procesales, de fijación del objeto del debate, y de proposición y admisión de prueba?”, 96.

- noticia; y, 4) la función concretora o de delimitación del *thema decidendi* y del *thema probandi*.
2. La verificación de la posición de cada una de las partes ante los argumentos, pretensiones y documentos aportados por la parte contraria.
 3. La delimitación de los hechos controvertidos.

La doctrina se inclina por la interpretación restrictiva de la facultad de las partes para realizar alegaciones complementarias, en este sentido no se puede introducir material fáctico o jurídico que contradiga a las pretensiones que sirvieron de fundamento inicial, para Picó i Junoy las modificaciones prohibidas por vía de alegación complementaria son referentes a la *causa petendi*: como introducir hechos esenciales no nuevos, cambiar los hechos esenciales, y con relación al *petitum*: como la formulación de un nuevo *petitum* inicial o la ampliación del *petitum* por hechos distintos o cambio de la acción.¹⁶⁷

La fijación y delimitación del objeto del proceso no es sencilla, presenta dificultades como la complejidad de la cuestión litigiosa,¹⁶⁸ sumado a ello la falta de capacitación y práctica de los operadores jurídicos en la delimitación del objeto del proceso.

Determinado el objeto de la controversia por las partes y el juez, quedará definido que hechos han sido admitidos por las partes y están exentos de prueba, así como los hechos controvertidos que forman el marco probatorio alrededor del que girará la actividad probatoria de las partes según las reglas de la carga de la prueba. Esta fase es trascendental porque permite al juzgador tener claridad de la litis, conocer el marco probatorio sobre el que se desarrollará la prueba, y los hechos que se encuentran exentos de prueba porque han sido aceptados por las partes.¹⁶⁹

3.1.2. Proposición y admisión de los medios de prueba

Es preciso recalcar que la proposición de los medios de prueba se efectúa en primera instancia con la demanda y contestación a la demanda; por ello, las partes

¹⁶⁷ Picó i Junoy, *La modificación de la demanda en el proceso civil*, (Valencia: Tirant lo Blanch editor, 2006), 113-21, 133-144, citado por Fernando Pinto Palacios, “Alegaciones complementarias”, en Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, dir., *La Audiencia Previa* (España: J.M. Bosch, 2010). 303-5.

¹⁶⁸ Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 278.

¹⁶⁹ Uriarte Córdón, “La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio sobre la admisión de los medios de prueba”, 80-2.

deben sujetarse a los parámetros legales de admisión (pertinencia, conducencia, utilidad, legalidad), deben observar las condiciones extrínsecas (tiempo, modo, lugar) y las condiciones intrínsecas (legitimación para el acto por el peticionario, la competencia y capacidad del funcionario judicial);¹⁷⁰ es decir, la proposición de los medios de prueba está condicionada por los principios de oportunidad, preclusión, concentración.

Calificada la demanda y su contestación, dependiendo del tipo de procedimiento se señala fecha para que se efectúe la audiencia preliminar o única, audiencia en la que se fijan los hechos objeto del proceso y se establece el ámbito de la actividad probatoria; en el procedimiento ordinario y en la segunda intervención de la audiencia preliminar las partes anunciarán las pruebas que serán presentadas en la audiencia de juicio, podrán formular solicitudes, objeciones, impugnaciones, a la prueba anunciada por la contraparte, asimismo solicitar la inadmisibilidad de los medios probatorios, y el juez podrá ordenar prueba de oficio; para el procedimiento sumario, monitorio, el anuncio de la prueba, así como objeciones, impugnaciones se realizarán en la segunda fase de la audiencia única.

Una vez propuestos los medios de prueba, el juez debe calificar la admisibilidad o inadmisibilidad del medio probatorio solicitado, porque:

El juez tiene que controlar la aptitud de los medios de prueba ofrecidos y solicitados por las partes. Esta actividad se traduce en juicios sobre la relevancia de la prueba y puede considerarse una de las mayores responsabilidades del juez, porque busca establecer la utilidad de la prueba, es decir, que sirva a los fines perseguidos en la actividad procesal. Hacen parte de los argumentos sobre la aptitud y la relevancia de la prueba: la constitucionalidad y la legalidad, la pertinencia y la coherencia que guarden las pruebas con los hechos.¹⁷¹

En conclusión, fijados los hechos controvertidos, se anuncia la prueba propuesta por las partes tendiente a probar sus pretensiones, y el juez puede ordenar prueba de oficio; propuesto los medios probatorios, el juez debe admitirlos o inadmitirlos a través de una resolución motivada, y susceptible de impugnación.

¹⁷⁰ Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 280.

¹⁷¹ Ramírez Carvajal, “La oralidad y su relación con los poderes de instrucción”, 407.

3.2. El examen de admisión de los medios de prueba

La admisión de los medios de prueba se deriva del derecho a la prueba, y se la puede definir como: “el acto procesal por el cual el juez accede a que un medio de prueba determinado sea considerado como elemento de convicción en ese proceso y ordena agregarlo o practicarlo, según el caso”.¹⁷² En este sentido: ‘se trata de la resolución judicial en virtud de la cual el juez admite o deniega los medios propuestos por las partes y, en su caso, ordena su práctica.’¹⁷³

Para Xavier Abel Lluch, los presupuestos de la admisión de los medios de prueba constituyen: 1) La fijación de los hechos que se traduce en la exención de prueba de los hechos aceptados por las partes y en la fijación de los hechos controvertidos; y, 2) la proposición de los medios de prueba en base a los hechos controvertidos;¹⁷⁴ por esta razón, la proposición de los medios de prueba es una facultad y una carga de las partes y su incumplimiento no permite que el juez emita su examen de admisión o inadmisión, debiendo recordar que la prueba ordenada de oficio no suple los deberes y cargas de las partes respecto de la prueba.

Para Devis Echandía sin el acto procesal de admisión: “la prueba presentada o practicada carece de valor legal, y no puede ser tenida en cuenta para la decisión de la causa [...]; de lo contrario se violarían los principios de la lealtad, la contradicción, la publicidad y la formalidad de las pruebas”.¹⁷⁵

Coincidiendo con la doctrina señalada, la admisión de los medios de prueba constituye un acto procesal fundamental en el que el juzgador a través de una resolución oral admite o inadmite los medios de prueba propuestos por las partes, siendo imposible la práctica de la prueba sin el previo examen de admisibilidad.

La admisión de los medios probatorios es un deber del juez de carácter impostergable que abarca a todos los medios probatorios propuestos, por esta razón el juez en la audiencia previa o preliminar y no en otro momento procesal debe admitirlos o negarlos conforme cumplan los parámetros de admisibilidad establecidos en la legislación interna y se haya propuesto de acuerdo a los presupuestos legales.

¹⁷² Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 282.

¹⁷³ Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 271.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, 232.

¹⁷⁵ Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 282.

El deber judicial de admisión de los medios de prueba convierte al juez en sujeto exclusivo de esta actividad, y las partes solo pueden ejercitar actividades de colaboración con el juzgador como defender la admisibilidad del medio probatorio o para impugnar.¹⁷⁶ El juez es el protagonista y garante de la actividad probatoria; protagonista porque es el único que efectúa el examen de admisión y resuelve motivadamente la admisibilidad o inadmisibilidad de los medios probatorios, por ello permite o impide la práctica de los medios de prueba propuestos, y decide, por último, qué pruebas le servirán como fundamento de la decisión judicial; y, es garante de la actividad probatoria porque con su decisión confirma el control de la legalidad del examen de admisión, que permitirá la práctica de la prueba admitida y la valoración de la prueba practicada.¹⁷⁷

La admisión de un medio de prueba produce los siguientes efectos: 1) El reconocimiento de la eficacia probatoria; y, 2) la ordenación de su agregación al proceso o la ordenación de su práctica.¹⁷⁸ Para la doctrina, la admisión genera consecuencias como la exclusión de la prueba ilícita, mayor flexibilidad en la admisión, la motivación de la resolución que inadmite un medio de prueba, y la activa colaboración del órgano judicial en la práctica de algunas pruebas.¹⁷⁹

En el Ecuador, la jurisprudencia de Tercera Instancia, sobre la admisibilidad de la prueba señala: “No cabe estipulación alguna en cuanto a la admisibilidad de las pruebas, por ser esta materia de orden público.”¹⁸⁰ En el Código de Procedimiento Civil existían normas relacionadas con la pertinencia de la prueba o su utilidad, pero la admisión de los medios de prueba propuestos para su posterior práctica no se encontraba regulada como un deber o tenía el carácter de obligatorio. Por ello, en algunos casos las partes procesales proponían medios de prueba que no tenían relación alguna con el *thema probandum* para dilatar el proceso o, en su defecto, solicitaban pruebas al juzgador quien ordenaba su práctica, pero nunca se evacuaban las pruebas propuestas y ordenadas, porque la parte procesal interesada no prestaba las facilidades a las que estaba obligado.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, 281

¹⁷⁷ Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 272-3.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, 271.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, 269-271.

¹⁸⁰ Ecuador. Tribunal de Tercera Instancia, en Gaceta Judicial, 61, año XXX, serie V, 15 de marzo de 1932, 1337.

La falta de admisión de los medios probatorios por el juzgador, en un momento procesal determinado, favorecía la prueba sorpresa, prueba de última hora, restringía la contradicción de la contraparte, afectaba el principio de igualdad de armas; en este contexto, si la prueba es el corazón del proceso, no tenía la atención y el tratamiento que se debía por las partes procesales y, finalmente, por algunos juzgadores.

El examen de admisión de los medios de prueba fue introducido como un deber a partir de la vigencia del COGEP y el proceso por audiencias; con el anuncio de la prueba por las partes y la ordenación de prueba de oficio, las partes tienen la oportunidad de solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba anunciados por la contraparte; finalmente, el juzgador resolverá la admisibilidad o inadmisibilidad de los medios probatorios propuestos conforme los parámetros legales y presupuestos formales de proposición y observando su licitud.

3.3. La inadmisión de los medios de prueba

El derecho a la prueba implica el derecho a la admisión de los medios probatorios y el derecho a la inadmisión motivada, la inadmisión no puede ser arbitraria, irrazonable o incongruente,¹⁸¹ sino que debe señalar, necesariamente las razones por las que los medios de prueba propuestos no obedecen a los parámetros legales para su admisión (pertinencia, conducencia, utilidad, legalidad), o no se observó los presupuestos de proposición, o el medio de prueba propuesto es ilícito o se obtuvo de un procedimiento ilícito.

Cuando el juez inadmite un medio de prueba propuesto, sus efectos son totalmente contrarios a la admisión, se reconoce su ineficacia probatoria, y el juez debe disponer que no se practique la prueba propuesta.

En el COGEP se establece, expresamente, que la resolución que inadmite los medios de prueba puede ser apelada con efecto diferido, que difiere de la legislación española en la que se establece el recurso de reposición para impugnar la calificación de inadmisibilidad de un medio propuesto. Sin embargo, es preciso indicar que en primera instancia también se pueden interponer recursos horizontales como la reforma.

¹⁸¹ Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 36-7.

3.4. La resolución de admisión o inadmisión de un medio de prueba

Como se expuso luego del examen de admisión, el juzgador debe emitir su resolución ya sea admitiendo o inadmitiendo los medios de prueba, en nuestra legislación la admisión o inadmisión se encuentra contenida en un auto interlocutorio, cuyos caracteres regulados son la motivación y la oralidad; la experiencia española nos es útil para definir qué caracteres debe tener la resolución de admisibilidad o inadmisibilidad, contenida en un auto interlocutorio:

1. Oral, en concordancia con el principio de oralidad que rige el proceso, permite que la resolución sea conocida en la misma audiencia preliminar y no en otro momento procesal.
2. Individualizada, el juez debe pronunciarse sobre cada medio probatorio propuesto, no puede dejar de pronunciarse de alguno en especial bajo el pretexto de que el medio de prueba no requiere examen.
3. Motivada, todas las resoluciones por mandato constitucional deben ser motivadas porque permiten conocer las razones de la decisión judicial y su posterior control, las resoluciones que deniegan un medio probatorio y que se encuentran contenidas en autos interlocutorios deben ser motivadas porque pueden vulnerar el derecho a la prueba vinculado con el derecho a la defensa; no basta que se enuncie que el medio de prueba es impertinente, inútil o inconducente.¹⁸² La resolución que admite o inadmite un medio de prueba debe ser entendible para las partes procesales, no debe contener contradicciones, sus argumentos deben ser completos y deben tener sustento en los parámetros legales de admisión y los presupuestos de proposición.
4. Expresa, que enuncie de forma concreta la admisión o inadmisión del medio probatorio, no se puede condicionar la admisión de un medio de prueba a una circunstancia concreta,¹⁸³ o en su defecto no puede diferirla para otro momento procesal, el juzgador debe pronunciarse en la audiencia preliminar o única sobre la admisión.
5. Recurrible, es decir, que pueda ser impugnada utilizando los medios de impugnación previstos en la ley.

¹⁸² *Ibíd.*, 299.

¹⁸³ *Ibíd.*, 299-300.

Estos caracteres deben observarse por el juzgador en las resoluciones de admisión como de inadmisión para evitar que el derecho a la prueba relacionado con el derecho a la defensa sea conculcado.

3.5. Doctrinas sobre la admisión de los medios de prueba

Existieron diversas posiciones sobre la admisión de los medios probatorios, como la permisividad excesiva, la inadmisión automática, posiciones extremas e indeseables que han perdido vigencia en la actualidad; las posiciones actuales sobre la admisión de los medios de prueba son la admisión de la prueba justificada conforme lo sostiene Abel Lluch y Urbano Castrillo, y la admisión de la prueba fundada en la máxima *pro probatione* sostenida por Muñoz Sabaté y Picó i Junoy con la variante que se debe aplicar la máxima *pro probatione* en casos de que exista una duda razonable.

La admisión de la prueba basándose en la máxima *pro probatione* tiene su fundamento en que el derecho a la prueba conlleva el mandato al juzgador de una mayor sensibilidad probatoria, que permite una mayor flexibilidad en el examen de admisión y la máxima actividad probatoria de las partes; además por la relación lejana del juez con los hechos y las fuentes de prueba, en caso de duda razonable, previo a emitir directamente una resolución de inadmisión de los medios de prueba, el juez debe optar por averiguar la finalidad de la prueba.¹⁸⁴ Sin embargo, por la naturaleza del derecho a la prueba, los principios de economía procesal, celeridad y eficiencia en la administración de justicia no sirven de fundamento para la inadmisión de un medio probatorio.

Para la aplicación de la máxima *pro probatione* al momento de la admisión deben confluir ciertos requisitos: La existencia de duda razonable; no se puede aplicar cuando los medios de prueba son claramente admisibles o inadmisibles, como cuando la ley exige un determinado medio de prueba y se propone un medio de prueba distinto; tampoco se puede sostener en la inexistencia o la errónea fijación de los hechos controvertidos; y, cuando los medios de prueba no cumplen los parámetros legales de admisión y los presupuestos formales de proposición.¹⁸⁵

¹⁸⁴ *Ibíd.*, 293-4.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, 293-5.

La máxima *pro probatione*, no puede, ni debe esconder la desidia, pereza o ineptitud del operador de justicia en el examen de admisión de las pruebas; tampoco la negligencia de la parte procesal que se ha conformado con proponer medios de prueba que son inadmisibles, no se puede fundamentar en la máxima *pro probatione* para admitir un medio de prueba que es extemporáneo o impertinente en razón que son pocas las pruebas aportadas por una de las partes procesales.¹⁸⁶

Aplicar indebidamente la máxima *pro probatione* puede provocar un exceso en la admisión de medios probatorios, que se traduce en la obtención de material probatorio redundante que dilata el proceso y lo encarece; en tanto que la inadmisión automática mal fundada en los principios de celeridad, economía procesal y eficacia provocan que el juzgador no logre formar su convicción de los hechos y recurra a otras herramientas procesales como las reglas de la carga de la prueba para dictar una sentencia, que estaría alejada de la verdad material procesal por la falta de actividad probatoria y que vulnera el derecho a la defensa.¹⁸⁷

Abel Lluch y Urbano Castrillo por su parte propugnan la admisión de la prueba justificada, porque evita la práctica de medios de prueba que no tienen relación con los hechos controvertidos, o que tienen por objeto confundir al juzgador por no guardar relación con el objeto de la controversia, o que no sirven para demostrar los hechos afirmados por las partes.

Esta teoría está remplazando a la que propugna la prioridad por la admisión de los medios de prueba porque evita pruebas redundantes, dilación y encarecimiento del proceso de forma intencional, y respeta el derecho a la defensa.¹⁸⁸

Me inclino por la tesis de la admisión de la prueba justificada, porque beneficia al proceso y a las partes: Al proceso en el sentido que se tramitará sin dilaciones, en consonancia con los principios de eficacia, economía procesal, celeridad que rigen la administración de justicia; y, a las partes porque el juez no evadirá su deber de admisión ya sea por desconocimiento, desinterés o pereza, porque de acuerdo con esta teoría debe justificar la admisión de la prueba a través de una resolución motivada que no puede fundarse solo en la máxima *pro probatione*, es decir, al admitir la prueba justificada no

¹⁸⁶ David Velásquez Vioque, “El juicio sobre la admisión de los medios de prueba”, en Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, dir., *Aspectos prácticos de la prueba civil* (Barcelona: J.M. Bosch, 2006), 119.

¹⁸⁷ Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 273.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, 273.

se practicarán varias pruebas para demostrar un solo hecho, o aquellos medios de prueba que no cumplan los parámetros legales de admisión y los presupuestos de proposición que causaban perjuicio y encarecía el proceso.

El derecho a la prueba otorga facultades de proposición, admisión, práctica y valoración de la prueba, y garantiza a las partes la proposición de los medios de prueba que se consideren necesarios para demostrar sus afirmaciones, pero con respeto a los parámetros legales de admisión y presupuestos de proposición, requisitos que el juez observará para admitir o inadmitir un determinado medio probatorio, garantizando el derecho a la prueba relacionado con el derecho a la defensa. Este derecho *constitucionalizado* otorga iniciativa probatoria judicial complementaria y limitada, para garantizar la imparcialidad del juez y el debido proceso.

Problemas procesales en torno a la admisibilidad de los medios probatorios

"[...] ningún tema como el del proceso merece hoy la atención y el empeño de los estudiosos, porque en ningún campo como en el del proceso es posible encontrar y valorar reunidos, en su angustiosa actualidad todos los aspectos jurídicos, políticos y morales, del problema central de la sociedad humana, que es el problema de la conciliación de la libertad con la justicia".

Calamandrei

El deber judicial de admisión de los medios de prueba está condicionado por los parámetros legales de admisión y los presupuestos de proposición; sin embargo, este deber no siempre es sencillo, porque el juez puede perder su imparcialidad en el examen de admisión (principio procesal de imparcialidad inherente a la jurisdicción), o en la audiencia preliminar o única puede admitir o inadmitir medios de prueba de forma arbitraria, o inmotivada, situaciones que vulneran el derecho a la prueba relacionado con el derecho a la defensa de las partes y el debido proceso.

Cuando un medio de prueba es inadmitido sin observar los parámetros legales para su admisión y los presupuestos de proposición, la parte procesal afectada se queda en una situación de indefensión porque no puede disponer de los medios probatorios para demostrar sus pretensiones.

1. La imparcialidad del juez en la calificación de la admisibilidad de los medios probatorios

La imparcialidad del juez en la calificación de la admisibilidad de los medios de prueba se deriva del principio de imparcialidad judicial que rige el proceso, en general, y garantiza que el juzgador esté exento de prejuicios reales sobre una de las partes en beneficio de la otra. La imparcialidad del juzgador garantiza el debido proceso e implica una ausencia total de prejuicios, sentimientos de venganza, simpatía o enemistad por una de las partes.

Luis Pásara expresa que: “La noción de imparcialidad sí parece vinculada a la objetividad personal del juzgador, que lo libere de consideraciones subjetivas. El juez es considerado imparcial cuando de su actuación se desprende que ha sido guiado por las normas aplicables, el mérito de lo actuado y las convicciones a las que arribó a través del proceso.”¹⁸⁹

Para Adolfo Alvarado Velloso, la imparcialidad del juez implica varias cosas como:

Ausencia de prejuicios de todo tipo —particularmente raciales o religiosos—. Independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo. No identificación con alguna ideología determinada. Completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno, y a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística. No involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso. Evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción; así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto. Tampoco debe tener temor al qué dirán ni al apartamiento fundado de los precedentes judiciales.¹⁹⁰

No hay que olvidar, que el juez es un ser humano con sentimientos de afecto y desafecto, amor y desamor, su imparcialidad es primordial para garantizar los derechos de las partes en el proceso; por ello, quien ostente la calidad de juez debe cumplir con una serie de cualidades físicas, psicológicas, administrativas, técnico- científicas, éticas, independencia, imparcialidad y objetividad; un buen juez no solo debe conocer derecho, debe saber argumentar sus decisiones (en la sentencia debe constar el examen de valoración de los medios de prueba como uno de los requisitos de su fundamentación), y fundamentalmente debe ser ético (aquellos genera seguridad a los justiciables)¹⁹¹ porque: “al más imparcial de los jueces no le es ni le puede ser indiferente en cierto

¹⁸⁹ Luis Pásara, *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/Naciones Unidas, 2008), 46.

¹⁹⁰ Adolfo Alvarado Velloso, “La imparcialidad judicial”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. II. (Buenos Aires: Universidad Nacional Autónoma de México / Rubinzal-Culzoni Edit., 2009), 483-5.

¹⁹¹ Javier Saldaña, “Derechos Humanos y administración de justicia. A propósito de la personalidad del juez en la determinación de lo justo”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix - Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. XI, *Justicia, Federalismo y Derecho Constitucional*, 1a. ed. (México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008), 147-179.

sentido, el desenlace del pleito: su “neutralidad” no le impide querer que su sentencia sea justa, es decir que la victoria sonría al litigante que la merezca”.¹⁹²

El principio de imparcialidad se encuentra establecido en normas internas como la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial¹⁹³ que reconocen a la imparcialidad como un principio de la administración de justicia; y también se consagra ampliamente en normas internacionales, en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se establece el derecho a un tribunal imparcial, en este mismo sentido lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en el artículo 8.1, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14.1.

Los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, en el principio 2 señala que: “Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.”¹⁹⁴ En este sentido el Estatuto Universal del Juez señala que: “el juez debe ser y parecer imparcial en el ejercicio de su actividad jurisdiccional”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) sobre la imparcialidad judicial se ha pronunciado a través de su jurisprudencia en el sentido de que: “la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan

¹⁹² Berizonce, “Derecho procesal civil actual”, 406.

¹⁹³ Cfr. Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 9.- Principio de imparcialidad. - La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes.

Con la finalidad de preservar el derecho a la defensa y a la réplica, no se permitirá la realización de audiencias o reuniones privadas o fuera de las etapas procesales correspondientes, entre la jueza o el juez y las partes o sus defensores, salvo que se notifique a la otra parte de conformidad con lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 103 de esta ley.

¹⁹⁴ Confirmado por la Asamblea General en las Resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985 y que fueron adoptados por el Séptimo Congreso de la Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente realizado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985.

desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”.¹⁹⁵

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión) señala que: “la imparcialidad del tribunal es uno de los aspectos centrales de las garantías mínimas de la administración de justicia”.¹⁹⁶

En este sentido la imparcialidad judicial presenta un aspecto objetivo y un subjetivo; la imparcialidad es subjetiva cuando el tribunal o juez conoce una causa a partir de los hechos, sin prejuicios, aplicando la norma de forma correcta, sin afán de beneficiar o perjudicar a una de las partes, cuyo fin sea alcanzar la justicia y la verdad en base a los hechos probados por las partes, la imparcialidad subjetiva se refleja en las actuaciones del juez.

En tanto que la imparcialidad objetiva se refleja cuando el juzgador actúa sin presiones, influencias, amenazas o intromisión directa o indirecta de personas ajenas al proceso o que tengan interés directo o indirecto en la causa y su resolución, se denota imparcialidad del juzgador cuando actúa conforme al ordenamiento jurídico vigente. La Comisión sobre la imparcialidad objetiva sostiene:

[...] el aspecto objetivo de la imparcialidad [...] exige que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso. Si la imparcialidad personal de un tribunal o juez se presume hasta prueba en contrario, la apreciación objetiva consiste en determinar si independientemente de la conducta personal del juez, ciertos hechos que pueden ser verificados autorizan a sospechar sobre su imparcialidad.¹⁹⁷

La iniciativa probatoria judicial siempre que sea limitada no afecta a la imparcialidad judicial porque cuando el juez ordena de oficio prueba para mejor proveer implica que debe limitarse a los hechos controvertidos, a que las fuentes de prueba consten en el proceso y al respeto al principio de contradicción, si el juez se circunscribe en este marco no vulnera el derecho a la defensa de las partes y su imparcialidad no se ve afectada.

La imparcialidad judicial no se debe confundir con la neutralidad del juez en materia de pruebas, porque la neutralidad se funda en la necesidad de garantizar la

¹⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs Venezuela*, sentencia de 5 de agosto de 2008, 55 - 56.

¹⁹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 78/02, Caso 11.335, *Guy Malary contra Haití*, 27 de diciembre de 2002, 74.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, 76.

igualdad de las partes en el proceso, y no obedece al principio dispositivo¹⁹⁸ (por el que las partes fijan los hechos para la posterior determinación del objeto de la controversia: hechos controvertidos); es decir, un juez neutral en materia de pruebas no significa que este demuestre una indiferencia para ordenar prueba de oficio o que pierda su imparcialidad al ordenar, sino que debe garantizar la igualdad de las partes en el proceso, porque la iniciativa probatoria judicial se encuentra reconocida y limitada en el ordenamiento jurídico.

En la etapa de admisión de los medios de prueba propuestos por las partes, la imparcialidad judicial es fundamental para garantizar el derecho a la prueba en relación con el derecho a la defensa y el debido proceso, el deber del juzgador de motivar su resolución en relación a la calificación de admisión o inadmisión de los medios de prueba propuestos por las partes es una garantía a la imparcialidad judicial, aunque la resolución puede contener una motivación insuficiente, parcializada que vulnera derechos de las partes procesales.

Por esta razón, el examen de admisibilidad de los medios probatorios implica conocimiento del juzgador de los parámetros legales para la admisión de los medios de prueba, de los presupuestos de proposición, y del objeto del proceso (porque al delimitar el objeto de la controversia se delimita la actividad probatoria de las partes) para garantizar el derecho a la prueba y evitar una vulneración al derecho a la prueba ligado con el derecho a la defensa.

El abogado patrocinador no se encuentra exento de tener claro los parámetros legales de admisibilidad y de los presupuestos de proposición, en virtud que, al momento de presentar la demanda o su contestación, debe anunciar la prueba conforme lo dispone el COGEP. Además, en la audiencia preliminar o única (dependiendo del procedimiento) puede argumentar jurídicamente para que el juez admita el medio de prueba propuesto por la parte procesal que patrocina o inadmita el medio probatorio propuesto por la parte contraria, o en su defecto, impugne la resolución que inadmite el medio probatorio propuesto sin motivación, o cuando se admite un medio probatorio que no cumple con los parámetros legales para su admisión porque el juzgador perdió su imparcialidad.

¹⁹⁸ Berizonce, “Bases y principios que informan el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica de 1988”, 71-2.

2. Parámetros para la calificación de la admisión de los medios probatorios

Los parámetros para la calificación de admisibilidad o inadmisibilidad de los medios de prueba varían en cada sistema jurídico. En el ordenamiento jurídico español, los parámetros de admisibilidad son: la pertinencia, utilidad y legalidad; y, en el sistema colombiano son: la conducencia y utilidad del medio, la pertinencia del hecho que se va a probar, la ausencia de prohibición legal de investigar el hecho y formalidades de proposición.

En nuestro ordenamiento jurídico, los parámetros a los que el juez debe sujetarse para la calificación de la admisibilidad de los medios probatorios son: la pertinencia, conducencia, utilidad y legalidad, conforme lo establece el artículo 160 del COGEP, aunque en el mismo cuerpo legal, en las disposiciones relativas a la prueba se establece la necesidad de prueba (que como se estudió es un principio de la prueba) que no se debe confundir como un parámetro a observarse en el examen de admisión.

A continuación, se analizará cada parámetro, pero considerado desde el punto de vista de la controversia, es decir, cuando se encuentra fijado el objeto del proceso que constituyen los hechos controvertidos.

2.1. La pertinencia de los medios de prueba y de los hechos

En el capítulo primero se estudió la pertinencia y se distinguió dogmáticamente entre la pertinencia de los hechos y de los medios de prueba, y se señaló que la pertinencia es una cuestión de hecho; la pertinencia de los medios de prueba hace referencia a la relación entre el medio de prueba y los hechos que van a probarse. Para que un medio de prueba cumpla con el parámetro de pertinencia debe: guardar relación con el objeto del proceso (que se fija en la fase de determinación y que define el marco probatorio de las partes), servir para probar la afirmación sobre el hecho realizada por las partes, y que el medio de prueba propuesto pueda practicarse, esto es, que el medio de prueba exista y que se encuentre reconocido por la ley; la pertinencia de los hechos se refiere a que estos deben formar parte del tema de prueba.

La pertinencia tiene un doble significado: la relación que debe existir entre el medio de prueba propuesto y el *thema decidendum*, y que el medio de prueba propuesto cumpla con los parámetros legales establecidos para que sea admitido y cumpla su fin,

que es dotar de convicción al juzgador sobre las afirmaciones de los hechos realizadas por las partes.

La calificación de la pertinencia no es tan sencilla, debiendo los jueces guiarse por un criterio amplio, en este sentido Alsina sostiene que: “en caso de duda, es decir, cuando *prima facie* no se advierte su impertinencia, debe recibirse la prueba ofrecida, sin perjuicio de apreciar su procedencia en la sentencia definitiva”,¹⁹⁹ asimismo Bonnier señala que:

Antes de denegar o desechar la prueba, deberá examinarse con cuidado a qué resultados puede conducir, considerando estos hechos, no aisladamente, sino en su conjunto porque hay tales circunstancias, que aunque insignificantes, si se las considera por separado, pueden, por su concurrencia, producir la convicción, así como se origina el fuego del contacto de diversas sustancias, que puestas separadamente, no serían susceptibles de producir este fenómeno.²⁰⁰

En este contexto, Devis Echandía sostiene que en la sentencia se examina otra vez la pertinencia cuando el juez plasma la valoración de la prueba efectuada, por esta razón cuando en la fase de valoración de la prueba resulta impertinente la prueba admitida y practicada no ocasiona perjuicio a las partes, solo una pérdida de tiempo o dinero, y señala:

Sólo cuando la no pertinencia sea indudable o evidente, porque es imposible que el hecho por probar pueda relacionarse directa o indirectamente con los de la causa, debe el juez rechazar o declarar inadmisibile la prueba; pero si existe alguna posibilidad, por remota que parezca, de que ese hecho tenga alguna relación y resulte de algún interés para la decisión del litigio o del asunto voluntario, es mejor decretar y practicar la prueba.

Coincidiendo con Devis Echandía y Alsina, se considera que, en caso de duda razonable sobre la pertinencia de un medio de prueba se lo debe admitir y practicar, debiendo ser evidente la impertinencia del medio de prueba para que sea inadmitido, pues se busca la admisión y práctica solo de prueba justificada, evitando la prueba que dilate el proceso, o lo encarezca.

El parámetro de pertinencia se encuentra recogido en varias disposiciones del COGEP, así en el artículo 160 (**Admisibilidad de la prueba**. Para ser admitida, la

¹⁹⁹ Alsina, *Tratado de derecho procesal civil, t. II. (Buenos Aires, Ediar, 1942) 184-5*, citado por Hernando Devis Echandía, “Teoría General de la Prueba Judicial” (1970): 347.

²⁰⁰ Bonnier, *De las pruebas en derecho civil y penal, t. I. (Madrid, Reus, 1913-1914), 81*, citado por Hernando Devis Echandía, “Teoría General de la Prueba Judicial” (1970): 347.

prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, [...]. En la audiencia preliminar la o el juzgador rechazará de oficio o a petición de parte la prueba impertinente.); artículo 161 (**Conducencia y pertinencia.** [...] La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos.); artículo 170 (**Objeciones.** Las partes podrán objetar las actuaciones contrarias al debido proceso o lealtad procesal, así como cualquier prueba impertinente). No está permitido preguntas impertinentes porque su resultado sería una prueba testimonial impertinente, en el artículo 176 (**Objeciones a los testimonios.** Las partes podrán objetar de manera motivada cualquier pregunta, [...] sean [...] impertinentes); artículo 177 (**Forma de la prueba testimonial.** [...] 8. La o el juzgador negará las preguntas [...] impertinentes).

En el proceso civil anterior, el examen de admisibilidad por el juzgador no estaba regulado como un deber, existían disposiciones relacionadas con los parámetros de admisibilidad, el derogado Código de Procedimiento Civil se refería a la pertinencia de la prueba, así en el artículo 116 (Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio); artículo 685 (El juez cuidará de que las pruebas sean pertinentes); artículo 840 (Cuando, por la naturaleza del pleito, se requiera el examen o reconocimiento de la cosa litigiosa, la recepción de las pruebas pertinentes se verificará en el lugar de la ubicación de dicha cosa).

La jurisprudencia española ha desarrollado extensamente el derecho constitucional a la prueba y los parámetros para la calificación de la admisibilidad de los medios de prueba. Al respecto, Xavier Abel Lluch señala qué pruebas deben inadmitirse por impertinentes y en qué casos;²⁰¹ si bien la realidad española y ecuatoriana son diferentes, poseen ciertas características homogéneas como la *constitucionalización* del derecho a la prueba, la oralidad, el proceso por audiencias, los parámetros de admisibilidad, entre otras, que nos relacionan en cuanto al proceso y sirven de guía para los jueces y abogados. Por lo expuesto, las siguientes pruebas deben inadmitirse por impertinentes:

1. Sobre hechos que no han sido alegados por las partes, la fijación o delimitación del objeto del proceso define el marco probatorio de las partes y está compuesto por los hechos controvertidos; por ello, si la prueba propuesta se enfoca sobre hechos que

²⁰¹ Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 281-2.

no han sido expuestos por las partes en la demanda o su contestación o reconvención deben inadmitirse por impertinentes.

2. Sobre hechos que no han sido alegados oportunamente en el proceso, cuando no han sido expuestos en la demanda, contestación a la demanda, reconvención o alegatos en la audiencia preliminar o única y no forman parte de los hechos controvertidos, con relación a los hechos nuevos o de nueva noticia conforme lo establece el COGEP se puede solicitar hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio.²⁰²
3. Sobre hechos afirmados por una parte y admitidos por la contraparte porque están exentos de prueba, así lo determina el COGEP en el numeral 1 del artículo 163.
4. Sobre hechos de notoriedad pública o públicamente evidentes, un hecho es notorio cuando no existe duda razonable sobre su existencia,²⁰³ en el artículo 294, numeral 7, literal c del COGEP se establece que las partes pueden solicitar su exclusión, rechazo o inadmisibilidad.
5. Sobre hechos que no influyen en la decisión de la causa por ser irrelevantes a la cuestión litigiosa.
6. Sobre instituciones, normas, jurisprudencia que sean de obligado conocimiento del juzgador, sin embargo, la prueba de la costumbre es pertinente inclusive cuando las partes han admitido su existencia y contenido.
7. Sobre los hechos que la ley presume de derecho.

Para que la prueba propuesta por las partes supere el juicio de admisibilidad debe cumplir con todos los parámetros legales establecidos, así la falta de pertinencia de la prueba o de otro parámetro legal afectará su eficacia probatoria.

²⁰² El COGEP en el artículo 166 señala para que la prueba nueva sea aceptada debe la parte procesal interesada acreditar que no fue de su conocimiento o que conociendo no pudo disponer de la misma, en el sistema jurídico español para que un hecho sea considerado como nuevo y se pueda alegar y probar se debe observar: Que el hecho ocurra luego de las alegaciones o en el caso de que ocurra con anterioridad se debe acreditar que la parte no pudo alegarlo en los momento procesales oportunos, debiendo recalcar que la alegación de hechos nuevos no puede introducir nuevas pretensiones o contradecir a las iniciales.

²⁰³ Para autores como Devis Echandía, la notoriedad de un hecho implica que la notoriedad sea local o limitada al medio social, no es condición de que todo el mundo lo conozca o reconozca, puede modificarse en el tiempo, aunque lo importante es que exista en el momento de que el juez la aprecia, la notoriedad no puede confundirse con el conocimiento privado del juez, por ello cuando se trata de hechos conocidos por el juez y no probados por las partes se debe aplicar el principio *quod non est inn actis non est in mundo* (lo que no está en los autos, no está en el mundo).

2.2. La utilidad

La utilidad como parámetro de admisión se refiere a que el medio de prueba presta servicio, es adecuado, sirve al juez a formar su convicción o certeza respecto de los hechos afirmados por las partes en el proceso y que forman parte del marco probatorio, y es inútil cuando no presta servicio, no es necesario, o es inadecuado para convencer al juez, debiendo ser inadmitido.

Doctrinariamente existen dos tipos de inutilidad de los medios de prueba: medios innecesarios cuando los hechos se encuentran reconocidos expresa o tácitamente, y medios superfluos porque se han solicitado o practicado otros medios de prueba suficientes para llevar al convencimiento del juez sobre los hechos afirmados por las partes.²⁰⁴

Es preciso recalcar que la inutilidad puede ser de los hechos y de los medios de prueba, el juez debe inadmitir la prueba inútil en aplicación de los principios de celeridad, economía procesal, y eficacia procesal para evitar un gasto infructuoso de tiempo, trabajo, dinero, y proteger la seriedad de la prueba, recordando que el derecho a la prueba, como el principio a la libertad de la prueba no es absoluto.

El parámetro de utilidad también se encuentra recogido en el COGEP, como un requisito que debe reunir la prueba para ser admitida y es en la audiencia preliminar para los juicios ordinarios el momento procesal para que el juzgador rechace de oficio o a petición de parte la prueba inútil, en este sentido el artículo 294 señala **(Desarrollo.** La audiencia preliminar se desarrollará conforme con las siguientes reglas: c) Solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieren prueba. d) La o el juzgador resolverá sobre la admisibilidad de la prueba [...] pertinente y útil).

Por lo expuesto la prueba debe inadmitirse por inútil en los siguientes casos:

1. Sobre hechos imposibles e inverosímiles, siguiendo a Devis Echandía la imposibilidad es metafísica, física o natural, y ordinaria o común, por ello se analiza los siguientes casos:
 - a. Cuando se existe una evidente imposibilidad metafísica se debe inadmitir la prueba porque se trata de la inexistencia absoluta del hecho o de la prueba (la prueba

²⁰⁴ Abel Lluch, "Derecho probatorio", 284.

procesal de la existencia de Dios, de los ángeles, o del cielo espiritual), cuando son absolutamente imposibles no pueden ser materia de prueba a pesar de su afirmación.

b. En el caso de la imposibilidad física, entendida por Bonnier como: “una improbabilidad extrema”, y que son hechos que se oponen a las leyes constantes de la naturaleza, el juzgador debe proceder con prudencia al momento de inadmitir una prueba de este tipo de hechos, no pudiendo declarar imposible un hecho por parecer extraordinario,²⁰⁵ en este mismo sentido advierte Fenech cuando afirma que: ‘en cuanto se refiere a los hechos inverosímiles, hay que proceder con suma cautela para decidir si pueden ser o no objeto de prueba ya que muchas veces la inverosimilitud, concebida como improbabilidad, condiciona la intensidad de la prueba, pero no excluye su necesidad’.²⁰⁶

c. Existe imposibilidad común u ordinaria, cuando al juez le parezca (duda razonable) que se trata de esta imposibilidad debe decretar la prueba porque si la inadmite fundándose en que se trata de un hecho inverosímil o difícil de probar prejuzgaría los resultados de la prueba, antes que ésta se practique y valore.²⁰⁷

2. Sobre hechos presumidos de derecho²⁰⁸, o sobre los que existe cosa juzgada.
3. Cuando el medio de prueba no es útil o adecuado para obtener una prueba determinada, por ejemplo, cuando se solicita una inspección judicial para valorar un inmueble es evidente que el medio propuesto es inútil porque el medio adecuado es la prueba pericial, debiendo inadmitirse el medio solicitado; o se presentan fotos para probar un matrimonio, este medio es inútil porque el medio adecuado es la presentación de la partida de matrimonio.
4. Sobre hechos reconocidos expresa o tácitamente.
5. Cuando se han propuesto o practicado suficientes medios de prueba para convencer o dar certeza al juzgador sobre las afirmaciones de los hechos realizadas por las partes porque se trata de prueba superflua.

²⁰⁵ Bonnier, *De las pruebas en derecho civil y penal*, 25, 60, 63, citado por Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*”, 351.

²⁰⁶ Fenech, *Derecho procesal penal*, 594, citado por Hernando Devis Echandía, “*Teoría General de la Prueba Judicial*”, 351.

²⁰⁷ Devis Echandía, “*Teoría general de la prueba judicial*”, 352.

²⁰⁸ El Código Civil ecuatoriano, establece en el artículo 32 la presunción de derecho y la presunción legal, para la presunción de derecho es inadmisibile la prueba contraria, en tanto que para la presunción legal se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias determinados por la ley, con la excepción de que expresamente la misma ley rechace esta prueba.

6. Sobre hechos notorios, la prueba es inútil.

Finalmente el parámetro de utilidad de la prueba no se califica en relación a la eficacia de la prueba porque se la prejuzga antes de su práctica y valoración; tampoco con la abundancia, porque la existencia de varios medios de prueba para acceder a la fuente no significa su inadmisión; menos aún con la carga probatoria, no se puede inadmitir un medio de prueba fundándose en que a la parte proponente o solicitante no le corresponde la carga de la prueba; la calificación de la admisibilidad de los medios de prueba debe obedecer a la conveniencia del medio de prueba más que a parámetros cualitativos y cuantitativos.²⁰⁹

2.3. La conducencia

La conducencia es una cuestión de derecho y es: “la aptitud legal de la prueba respecto del medio mismo o en relación con el hecho por probar”.²¹⁰ Legalmente se define a la conducencia de la prueba como: ‘la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso’;²¹¹ por inconducencia se entiende que el medio de prueba a utilizarse es ineficaz para demostrar un hecho determinado.

Los requisitos de la conducencia son: 1) que el medio de prueba se encuentre autorizado en general y no prohibido por la ley de forma expresa o tácita, tácita en el sentido que el medio o el procedimiento se encuentra en contraposición con la moral o viole derechos tutelados por la ley; y 2) que el medio de prueba no esté prohibido en particular por la ley, que no exista expresa prohibición legal para el caso concreto; por ello una prueba es inconducente cuando se encuentra prohibida por la ley, es inmoral, o viola otros derechos convirtiéndose en una prueba ilícita. Una prueba es conducente cuando se cumplen en la forma establecida en la ley.²¹²

2.4. La legalidad

La legalidad como parámetro para la calificación de la admisibilidad o inadmisibilidad de un medio de prueba radica en: “la observancia de las formalidades

²⁰⁹ Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 284-5.

²¹⁰ Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 342.

²¹¹ Art. 161 del Código Orgánico General de Procesos.

²¹² Petit Guerra, “Postulación de pruebas y sus efectos en los procesos anulados: Una propuesta desde la perspectiva constitucional en Venezuela”, 933.

legales, esto es, los requisitos de tiempo y forma en la proposición de los medios de prueba”,²¹³ en tanto que, la ilegalidad de un medio de prueba se asimila como: ‘la contravención de las normas que rigen el procedimiento probatorio’.²¹⁴ En el sistema colombiano, al parámetro de legalidad se le concibe como la ausencia de prohibición legal para investigar o probar un hecho. En palabras de Ramos Méndez, el parámetro de legalidad constituye: ‘la encarnación del principio de legalidad en materia probatoria’.

Un medio de prueba cumple el parámetro de legalidad cuando se encuentra reconocido tácita o expresamente por la ley, y debe solicitarse dentro del término legal y de acuerdo a la forma establecida por la ley; aunque en el COGEP la legalidad se refiere a que la prueba se practicará según la ley, es preciso aclarar que la legalidad como parámetro para la calificación de la admisibilidad debe observarse en la fase de proposición de la prueba por las partes, o en su defecto cuando el juez ordena de oficio prueba para mejor resolver, porque: “es un parámetro de control inicial sobre la prueba propuesta”.²¹⁵ El juez ante la ilegalidad de la prueba debe inadmitirla porque: ‘no ha cumplido con la letra de la ley que la regula, sea en su forma de promoción o en la evacuación’.²¹⁶

La legalidad no es sinónimo de licitud, para Montero Aroca la licitud está relacionada con la obtención de las fuentes de la prueba,²¹⁷ para Picó i Junoy la ilicitud abarca tanto las fuentes como la práctica de los medios de prueba, en este contexto indica: “la prueba ilícita es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental”.²¹⁸

Las pruebas ilícitas son aquellas que se obtienen vulnerando un derecho fundamental, o a través de procedimientos inmorales o que van en contra de la dignidad humana, en el COGEP se establece que la prueba obtenida por medio de dolo, simulación, fuerza física, fuerza moral, o soborno carecerán de eficacia probatoria.

²¹³ Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 286.

²¹⁴ *Ibíd.*, 286.

²¹⁵ *Ibíd.*, 290.

²¹⁶ Petit Guerra, “Postulación de pruebas y sus efectos en los procesos anulados: Una propuesta desde la perspectiva constitucional en Venezuela”, 931.

²¹⁷ Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 288.

²¹⁸ Joan Picó i Junoy, “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”, en Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, coord. *Aspectos prácticos de la prueba civil* (Barcelona: J.M. Bosch, 2005), 20.

La ilicitud no se equipará con la ilegalidad de la prueba en virtud que la prueba ilegal no puede ni debe ser admitida, en tanto que la prueba ilícita se puede admitir por desconocimiento del juzgador de su forma de obtención o de sus fuentes, sin embargo, puede ser contradicha por las partes en la audiencia y aunque se haya admitido o practicado carecerá de eficacia probatoria.

En el COGEP se establece que las pruebas ilegales, es decir las obtenidas con violación a la Constitución y a la ley serán declaradas improcedentes, en armonía con lo establecido en la Constitución cuando dispone que estas pruebas no tendrán validez y carecerán de eficacia probatoria.

2.5. Decálogo para la admisión de la prueba

La doctrina española sobre el derecho a la prueba y su admisión es muy basta, la misma que se ha desarrollado en la práctica, el presente decálogo para la admisión de la prueba por el juzgador parte del propuesto por el Magistrado Francisco Javier Pereda Gámez y por Xavier Abel Lluch, en consonancia con nuestra realidad jurídica.

1. El fin de la prueba es dotar de convicción al juzgador sobre la verdad de las afirmaciones realizadas por las partes en sus pretensiones; en este sentido, la prueba propuesta por las partes es admisible cuando guarde relación o sean acordes a sus pretensiones, así la prueba del actor y del demandado obedecerá a lo que pretende cada uno de ellos.
2. En la audiencia preliminar o la primera fase de la audiencia única se fijan los hechos controvertidos constituyendo el *thema probandum*, por ello la prueba propuesta debe ser admitida cuando se relaciona a los hechos controvertidos, la prueba sobre hechos no controvertidos debe ser inadmitida porque doctrinaria y legalmente los hechos afirmados por una parte y admitidos por la otra no requieren de prueba (artículo 163 COGEP).
3. El examen de admisión no está relacionado con la distribución de la carga de la prueba, la admisión es un deber judicial que debe efectuarse en la audiencia preliminar para los juicios ordinarios o en la segunda fase de la audiencia única para los procedimientos sumarios, en tanto que la carga de la prueba como se estudió es una facultad de las partes y es una regla del juzgador que debe aplicar ante la falta de prueba en el momento de la resolución en virtud que no puede abstenerse, le está

prohibido el *non liquet*. La prueba que reúna los parámetros legales debe admitirse para su posterior práctica; por el principio de adquisición procesal la prueba aportada, admitida y practicada no pertenece o beneficia únicamente a quién aportó, sino que se introduce en el proceso para su valoración en el momento de la resolución.

4. Tanto la resolución de admisión como de inadmisión de un medio probatorio debe ser oral, motivada, individualizada, expresa, inaudita parte, y recurrible; la calificación de la admisibilidad o inadmisibilidad de un medio probatorio debe obedecer a los parámetros legales de pertinencia, conducencia, utilidad, legalidad, y a la observancia de las formalidades de proposición: lugar, modo y tiempo de acuerdo a la oportunidad y preclusión probatoria.
5. La resolución de inadmisión de los medios probatorios no puede fundarse en vanas expresiones de impertinente, inútil, ilegal o inconducente, sin un sustento jurídico ya sea por desidia, pereza o desconocimiento del juzgador porque afecta el derecho a la prueba ligado con el derecho a la defensa, provocando indefensión de una parte procesal.
6. La prueba propuesta por las partes se somete a un debate probatorio para efectos de contradicción, las partes pueden objetar las pruebas que no cumplan con los parámetros de admisibilidad en la audiencia preliminar o en la audiencia única, dependiendo del tipo de procedimiento; durante el examen de admisión de la prueba las partes pueden explicar la finalidad del medio de prueba propuesto, es decir qué pretenden probar porque son las partes quienes conocen las fuentes de prueba.
7. La ilicitud de una prueba por su forma de obtención o por su fuente no constituye un parámetro para la calificación de la admisibilidad o inadmisibilidad de un medio probatorio, no se puede inadmitir un medio de prueba por su ilicitud porque su efecto es la falta de eficacia probatoria, y en el caso de la admisión de un medio ilícito procede su expulsión del proceso; la ilegalidad de un medio probatorio no permite su admisión.
8. En la admisión de los medios probatorios el juzgador no puede, ni debe realizar un examen a su eficacia probatoria, es decir no puede entrar a valorar el medio probatorio propuesto y realizar un pronunciamiento previo a la correspondiente fase de valoración de la prueba admitida y practicada.

9. El derecho a la prueba no implica una actividad ilimitada de las partes, es decir fundamentándose en la máxima *pro probatione* las partes no pueden pretender que se admitan pruebas impertinentes, inútiles o ilegales. La máxima *pro probatione* debe aplicarse en el caso de duda razonable, así se admitirán solo los medios de prueba justificados y excepcionalmente medios de prueba sobre los que exista una duda razonable por el juzgador. El derecho a la prueba no es un derecho absoluto.
10. Admitido los medios probatorios, los funcionarios judiciales deben colaborar para su práctica, evitando que se vulnere el derecho a la prueba ligado con el derecho a la defensa y que se produzca una indefensión por inacción de la Función Judicial.

Luego del análisis del examen de admisión, los parámetros legales y ciertas pautas para facilitar en la *praxis* su aplicación, puede suceder que se admita o inadmita un medio probatorio de forma arbitraria, sin fundamentación y sobre todo sin observar los parámetros legales establecidos; cuando se trata de una inadmisión injustificada de un medio probatorio se afecta el derecho a la prueba de una de las partes procesales, derecho íntimamente ligado al derecho a la defensa, esa vulneración se traduce en una posible indefensión.

3. La impugnación de la resolución que inadmite el medio probatorio como remedio procesal a la vulneración del derecho a la defensa

Una resolución que inadmite un medio probatorio puede vulnerar el derecho a la prueba ligado con el derecho a la defensa y provocar indefensión de una de las partes procesales, la indefensión es un concepto amplio, que es provocada por diferentes causas, y se la puede definir como: “la privación o limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales”.²¹⁹

Sin embargo, las partes procesales tienen derecho a utilizar los recursos establecidos en la ley para impugnar dicha resolución, medios de impugnación que constituyen el remedio procesal para la vulneración del derecho a la prueba. Doctrinariamente, los medios de impugnación son instrumentos legales que tienen las partes procesales para atacar una decisión judicial, y abarcan a los recursos y a las

²¹⁹Francisco Chamorro Bernal, “El concepto de indefensión en la doctrina del Tribunal Constitucional Español”, 154.

acciones;²²⁰ las acciones tienen como finalidad atacar los efectos de una sentencia firme a través de un nuevo proceso, siendo acciones autónomas, en tanto que los recursos son mecanismos orientados a la revisión de decisiones judiciales que se dictan durante el proceso, como la resolución de admisibilidad o la sentencia dictada por el juez *a quo* siempre que las decisiones no se encuentran firmes y no tengan la calidad de cosa juzgada formal a fin de que el juez *ad quem* lo revise y modifique si es procedente. Los recursos se clasifican en ordinarios, extraordinarios, devolutivos, no devolutivos, procesales y materiales.

El COGEP establece como recursos los siguientes: aclaración, reforma, ampliación, revocatoria, apelación, casación y de hecho, clasificación que no distingue entre recursos y acciones, sino que enumera los diferentes medios de impugnación que reconoce la ley ecuatoriana; con relación a la impugnación de la resolución que inadmite un medio de prueba los recursos para evitar que dicha resolución se convierta en firme es la reforma y la apelación con efecto diferido, recursos aplicables en contra de una resolución que admite determinado medio de prueba.

3.1. La reforma

Los recursos horizontales son los primeros que se pueden interponer cuando no se encuentran satisfechos por una providencia judicial. La reforma es un recurso ordinario y horizontal que se interpone ante el mismo juez que dictó la resolución que inadmite un determinado medio de prueba, recordando que esta resolución consta en un auto interlocutorio. El COGEP de forma expresa señala que la resolución que inadmite un medio de prueba puede ser impugnado a través de la apelación con efecto diferido; aquello puede provocar confusiones y que se omita este recurso.

Cuando la resolución que inadmite un determinado medio de prueba carece de motivación o es arbitraria, en primera instancia se debe interponer la reforma de la resolución, para que el juez que la dictó enmienda o corrija su resolución, este recurso no tiene como fin buscar que se deje sin efecto la resolución, sino que se enmiende en la parte que corresponda a fin de evitar dilaciones y la interposición de la apelación con

²²⁰ Julio Picatoste Bobillo, “Disposiciones generales sobre los recursos”, en Julio Picatoste Bobillo, coord., *Los recursos y otros medios de impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1a. ed. (Barcelona: J.M. Bosch, 2009), 21-25.

efecto diferido, recurso que es resuelto por un juez o tribunal superior en la segunda instancia.

El momento procesal para la interposición de este recurso es en la audiencia preliminar o única (dependiendo del tipo de procedimiento), recurso que debe ser resuelto en esa misma audiencia, porque ante una nueva negativa, la parte procesal afectada pueda impugnar la resolución de inadmisión a través del recurso de apelación (con efecto diferido).

En el caso que el juez omite realizar el examen de admisión de un medio de prueba determinado, el recurso horizontal que dispone la parte procesal es la ampliación en razón que se está omitiendo decidir sobre la admisibilidad de un medio de prueba propuesto oportunamente.

3.2. La apelación

El derecho constitucional a recurrir permite que una decisión pueda ser revisada por un órgano judicial jerárquico superior para que se enmiende posibles errores cometidos por el juez *a quo*, este derecho constitucional tiene su razón de ser en el derecho a la seguridad jurídica, el error humano del juez, la confianza de los administrados en una administración de justicia que garantice decisiones justas, y la disconformidad de la parte procesal que se encuentra afectada por la decisión.

La revisión de una decisión judicial por un órgano superior implica una segunda instancia en aplicación al principio de doble grado jurisdiccional,²²¹ dicha revisión se realiza a través de un instrumento procesal que es un medio de impugnación previsto legalmente, para De la Oliva: “Segunda instancia es la serie o sucesión de actos procesales que, con la finalidad de dictar sentencia sobre un caso, se desarrollan ante un tribunal de categoría superior a aquél ante el que se suscitó por vez primera ese mismo caso. Y el recurso de apelación es el que genera la segunda instancia”,²²² es decir no puede confundirse la segunda instancia con un determinado medio de impugnación.

La apelación está configurada en nuestra legislación como un recurso ordinario y devolutivo: es devolutivo porque interpuesto el recurso en contra de la decisión judicial

²²¹ Salvador Iglesias Machado, *El recurso de apelación civil por cuestiones de fondo* (Madrid: Dykinson, 2012), 75-6.

²²² De la Oliva: *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (Madrid, 2000), 443-4, citado por Salvador Iglesias Machado, “El recurso de apelación civil por cuestiones de fondo” (2012), 92.

del juez de primera instancia conoce y resuelve un tribunal superior, es decir, el tribunal *ad quem* juzga la causa de nuevo, pero el objeto del proceso es el mismo de la primera instancia; y, es ordinario porque la interposición del recurso por una de las partes procesales no requiere que se invoquen motivos o se circunscriban a ciertas causales previamente determinados por la ley, como es el caso de la casación, para la interposición de este recurso se debe alegar con fundamento el perjuicio (gravamen) que la resolución le causa.²²³

La apelación es procedente en contra de sentencias, autos interlocutorios e inclusive de providencias siempre que la ley conceda este recurso. Es preciso diferenciar que cuando se apela de un auto interlocutorio no se activa una segunda instancia porque no se realiza un nuevo enjuiciamiento, pero cuando se apela de una sentencia se activa una segunda instancia porque el tribunal *ad quem* realiza un nuevo enjuiciamiento de la causa con la limitación del objeto del proceso y material probatorio.

En la segunda instancia no se puede introducir material fáctico nuevo, si bien se puede complementar las alegaciones no se puede modificar las pretensiones iniciales y con relación a la aportación del material probatorio nuevo es de carácter excepcional y cuando lo determine la ley. En este contexto, la parte procesal que interpone el recurso de apelación pretende del tribunal superior o *ad quem* lo siguiente:

[...] la revocación de la resolución -auto o sentencia- dictada por otro tribunal -el de primera instancia- y se dicte otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las cuestiones -de hecho y de derecho- que el recurrente someta al tribunal *ad quem*, conforme el material producido en la primera instancia y el que aporte en la segunda instancia en los casos permitidos por la ley.²²⁴

Picatoste Bobillo señala: “el tribunal y las partes se encuentran vinculados por los elementos que configuran el objeto del proceso en la primera instancia; en consecuencia, no pueden alterar ni los elementos subjetivos ni los objetivos-esto es, el *petitum* y la *causa petendi*-. ”²²⁵

²²³ Picatoste Bobillo, “Disposiciones generales sobre los recursos”, 28.

²²⁴ Picatoste Bobillo, “Recurso de Apelación”, en Julio Picatoste Bobillo, coord., *Los recursos y otros medios de impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1a. ed. (Barcelona: J.M. Bosch, 2009), 126.

²²⁵ Picatoste Bobillo, “Recurso de apelación”, 215.

3.2.1. Efectos de la apelación

Si bien, clásicamente los efectos de la apelación son devolutivo y suspensivo, no obstante, el COGEP establece que la apelación se puede conceder sin efecto suspensivo, suspensivo y con efecto diferido.

El efecto devolutivo implica que el juez *a quo* remite la causa a un tribunal superior para su conocimiento, tribunal *ad quem* que tiene las mismas facultades de conocimiento que el juez *a quo*, pudiendo revisar de hecho y de derecho la causa dentro del marco objetivo prefigurado por las partes al momento de apelar. Este históricamente responde a que el inferior devuelve al tribunal superior la jurisdicción que ejercía por delegación de los tribunales superiores.²²⁶

El efecto suspensivo comprende la suspensión de la competencia del juez *a quo*, el efecto de cosa juzgada de la sentencia recurrida, así como su ejecución; la suspensión subsiste mientras el tribunal superior no resuelva el recurso; el COGEP señala que cuando se concede la apelación con efecto suspensivo de las sentencias y autos interlocutorios que ponen fin al proceso se suspende la tramitación de la causa hasta que se resuelva la impugnación propuesta por el apelante (artículo 261-262).

La apelación sin efecto suspensivo conlleva que lo dispuesto en la resolución impugnada se cumpla, y se envíe al tribunal *ad quem* para su conocimiento y resolución; se concede en los casos establecidos en la ley como en el procedimiento ejecutivo, procedimiento concursal, providencias preventivas.

La introducción de la apelación con efecto diferido en nuestro ordenamiento jurídico es novedosa y el desarrollo doctrinario y jurisprudencial en otros sistemas jurídicos facilitan su entendimiento y aplicación. Así: “el llamado efecto diferido, que importa que una vez concedido el recurso, el desarrollo subsiguiente se “congele” hasta un momento ulterior que puede ser [...] la apelación [...]. Alcanzados dichos estadios se reinicia el trámite consiguiente, permitiéndose la fundamentación, sustanciándose para luego ser resuelto sin dilaciones”.²²⁷

La jurisprudencia argentina desarrolla el efecto diferido de la apelación en los siguientes términos:

²²⁶ *Ibíd.*, 176.

²²⁷ Adolfo Rivas, “Efectos de los recursos”, *Revista de Derecho Procesal: Nuevas tendencias en materia de recursos* (2011-1): 90.

Para que sea factible el tratamiento de las apelaciones concedidas con efecto diferido, debe existir apelación contra la sentencia definitiva, cualquiera sea la parte que haya apelado en una u otra oportunidad. En caso contrario, la apelación diferida carece de sustento legal y se torna manifiestamente improcedente, impidiendo considerar su admisibilidad.²²⁸

Legalmente el efecto diferido comprende que una vez concedido el recurso de apelación, la causa principal se sigue tramitando hasta que se dicte la decisión final, y en el caso de la interposición del recurso de apelación a la decisión final, se deberá también resolver lo que ha sido apelado con efecto diferido; por lo general, las resoluciones dictadas en la audiencia preliminar se apelan con este efecto como las que inadmiten un medio de prueba o que niegan una excepción de resolución previa.

Cuando una de las partes procesales apela la resolución que admite o inadmite un determinado medio de prueba, para que se resuelva su impugnación debe esperar que exista una resolución de primera instancia, y que esta se haya impugnado a través del recurso de apelación, es decir, la apelación con efecto diferido de la resolución de admisibilidad de un medio probatorio se resuelve por el juez *ad quem*. La fundamentación del recurso de apelación de las resoluciones que inadmiten un medio de prueba se realiza junto con la apelación que la parte efectúa de la sentencia.

Las resoluciones de inadmisión o admisión de medios de prueba son apelables con efecto diferido, pero solo en determinados casos la inadmisión de los medios probatorios puede generar una afectación al derecho a la prueba vinculado con el derecho a la defensa.

3.3. Casos de vulneración al derecho a la defensa vinculado con el derecho a la prueba

El derecho a la defensa forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva y posibilita la defensa de la parte procesal a través de las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba de la contraparte a efectos de contradicción e igualdad de armas. Para analizar la vulneración del derecho a la defensa, derecho vinculado con el derecho a la prueba, es preciso recordar su íntima relación, al respecto Picatoste Bobillo señala:

²²⁸ Patricia Bibiana Barbado, Jurisprudencia Temática. Nuevas tendencias en materia de recursos, *Revista de Derecho Procesal: Nuevas tendencias en materia de recursos* (2011-1): 367.

“El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa se configura íntimamente conectado con el derecho de defensa del que es inseparable y se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso.”²²⁹

El derecho a la prueba se entiende vulnerado cuando confluyen los siguientes requisitos: Cuando la resolución que inadmite un medio de prueba es imputable al órgano judicial porque no se encuentra motivada, es arbitraria o irrazonable, o en los casos de prueba admitida pero no practicada por omisión del órgano judicial; y, el otro requisito, es que la prueba inadmitida o admitida y no practicada sea decisiva para la resolución del conflicto por su valor relevante y capaz de variar el sentido de la decisión judicial;²³⁰ la inadmisión de un medio probatorio por no cumplir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y legalidad, aunque haya sido propuesta en la forma y tiempo establecido, no implica vulneración al derecho a la prueba.

Por ello, cuando una de las partes procesales no puede ejercitar el derecho a la prueba para su defensa, está privado de su derecho a la defensa, y en los casos en que se le niegue la utilización de un determinado medio probatorio sin motivación o de forma arbitraria su derecho a la defensa se encuentra limitado; la privación o limitación del derecho a la defensa conlleva a su negación, que se traduce en estado de indefensión de la parte procesal no consentida y provocada por el órgano judicial, la indefensión no se asimila al perjuicio o no de la parte procesal.²³¹ La Corte Constitucional del Ecuador, al respecto se ha pronunciado en el siguiente sentido:

Se establece constitucionalmente el derecho a la defensa de toda persona, y en tal sentido, todo tipo de actos que conlleven la privación o limitación del referido derecho producirá en última instancia, indefensión. En otras palabras, esta garantía esencial es una complementación del debido proceso, la relación existente entre la tutela judicial efectiva y la prohibición de la indefensión se configuran en un único derecho, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.²³²

Picó i Junoy por su parte afirma que: “El derecho fundamental a la prueba, al poseer un contenido y límites plenamente identificables y propios, debería ser

²²⁹ Picatoste Bobillo, “Recurso de apelación”, 302.

²³⁰ *Ibíd.*, 298-305.

²³¹ Chamorro Bernal, “El concepto de indefensión en la doctrina del Tribunal Constitucional Español”, 153-182.

²³² Ecuador. Corte Constitucional, *Sentencia No. 012-13-SEP-CC*, caso No. 0253-11-EP.

amparable como tal, sin necesidad de exigir la infracción de otras garantías constitucionales como la proscripción de la indefensión”.²³³

La admisión de medios probatorios que no cumplen con los parámetros de admisibilidad o proposición no vulneran el derecho a la prueba que tienen las partes, si bien dilatan el proceso, pero no se enmarcan como vulneración del derecho a la prueba ligado con el derecho a la defensa.

A continuación, se detallará casos en los que puede existir vulneración al derecho a la defensa.

3.3.1 Prueba inadmitida a través de una resolución carente de motivación o arbitraria

En el estado legalista se concibió a la motivación como: “instrumento esencial que garantiza la publicidad de la efectiva sujeción del juez a las leyes, porque tratándose de hacer visibles los motivos que llevan al dictado de las resoluciones judiciales, todo individuo puede examinar si son consecuentes los raciocinios del juez, y si éste ha observado la ley religiosamente”,²³⁴ concepción que posteriormente fue considerada deficiente. La motivación de las resoluciones de los poderes públicos y, en especial, de las judiciales es una garantía del derecho a la defensa, que se ha *constitucionalizado*.

La motivación debe ser congruente y razonable con lo solicitado por las partes, debiendo el juez interpretar y aplicar el Derecho de forma obligatoria, para que una resolución cumpla con la motivación, debe confluir los siguientes requisitos: los elementos y razones de juicio que revelan los criterios jurídicos esenciales que sirvieron de fundamento para la resolución, y la fundamentación en derecho. Una motivación completa y razonable no es sinónimo de que sea la correcta, pues el juez es un ser humano falible que no está exento de incurrir en equivocaciones.²³⁵

La motivación es un instrumento poderoso en contra de la discrecionalidad del juez; para Tomás Javier Aliste Santos los términos discrecionalidad y arbitrio son sinónimos, porque el arbitrio se presenta con relación al ejercicio concreto de la

²³³ Picó i Junoy, “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”, 565.

²³⁴ Macarel, *Curso completo de Derecho Público General*, (Paris, 1835), 183, citado por Tomás Javier Aliste Santos, “La motivación de las resoluciones judiciales”, (2011): 143.

²³⁵ Tomás Javier Aliste Santos, *La motivación de las resoluciones judiciales*, (Madrid: Marcial Pons/ Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011), 164-170.

discrecionalidad por cada juez y en cada caso (referencia subjetiva), en tanto que la discrecionalidad: “se acomoda a una referencia más objetiva, positiva y abstracta de sometimiento general del ejercicio de la actividad jurisdiccional a la ley bajo criterios de racionalidad”.²³⁶

No se puede confundir la arbitrariedad con el arbitrio, porque son términos diferentes. La arbitrariedad está gobernada por la voluntad, que puede ser intencional o disimuladamente irracional; para Tomás Javier Aliste, una decisión es arbitraria cuando carece de las razones o motivos que sirvieron de fundamento, o también aquélla que contando con esas razones y motivos no pueda justificar la decisión, en este contexto: “una decisión es arbitraria, no porque en línea de principio no haya razones en su favor, sino porque quien la ha tomado no tiene razones para justificarla”.²³⁷ Para evitar este tipo de resoluciones, la motivación debe expresar el conjunto de argumentos que justifiquen la racionalidad y razonabilidad de la decisión, no basta que la estructura de la decisión sea conforme lo ordena la ley para que se le considere motivada, es decir, que tenga una parte explicativa, motiva y resolutive no significa que la decisión no sea arbitraria.

La discrecionalidad hace referencia a la facultad de elección y al deber de justificar lo decidido, es un proceder racional que permite al juez que funde su decisión en criterios de racionalidad preestablecidos en las normas jurídicas.²³⁸

La motivación judicial tiene dos dimensiones: una endoprocesal cuyo objetivo es el conocimiento por las partes de las razones que llevaron al juez a dictar la resolución, así como conocer la racionalidad de esta o su plausibilidad o verosimilitud permitiendo a las partes impugnar dicha resolución, en tanto que la motivación como un deber de los jueces legitima su actuación y permite un control de la actividad jurisdiccional por el juez *ad quem*; la dimensión extraprocesal de la motivación permite el control de las resoluciones judiciales por la sociedad en virtud de la transparencia y publicidad de los procesos judiciales.²³⁹

Las resoluciones judiciales padecen de patologías: 1) Cuando la resolución carece de motivación que impide su control ya por un juez o tribunal superior, por las

²³⁶ *Ibíd.*, 161.

²³⁷ Juan, Igartua Salaverría, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial*, Revista Vasca de la Administración Pública, No. 46 (1996), 98.

²³⁸ Aliste Santos, “La motivación de las resoluciones judiciales”, 244-9.

²³⁹ *Ibíd.*, 155-9.

partes y por la sociedad, cuya consecuencia inmediata es la ineficacia de la resolución judicial; y, 2) la existencia de vicios en la resolución judicial por la incorrecta aplicación del deber judicial de motivar, que implica dos tipos de sanciones la nulidad y la anulabilidad. La nulidad de la resolución cuando esta no respeta las exigencias formales, o sustanciales; asimismo, cuando omite la fundamentación de un punto decisivo, o por ser contradictoria. Y, la anulabilidad de la resolución porque sus fundamentos son insuficientes, por el mal razonamiento de las deducciones que motivan la resolución, por lo que dicha resolución carece de eficacia.²⁴⁰

La Constitución de la República del Ecuador, establece a la motivación de las resoluciones de los poderes públicos como una garantía del derecho a la defensa, motivación que comprende la enunciación de normas o principios jurídicos en los que se funda la decisión y la explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hechos, las resoluciones que no se encuentren debidamente motivadas se considerarán nulas.

Para la Corte Constitucional del Ecuador, la motivación es la piedra angular de las decisiones judiciales y se constituye en un filtro contra la arbitrariedad gracias a: “[...] la justificación racional y lógica que realiza el juzgador en la fundamentación de sus fallos, [...]”²⁴¹, una decisión judicial no puede entenderse motivada cuando en su estructura consten los hechos, las normas aplicables y la confrontación, para que cumpla con la motivación se debe justificar ‘la utilización de la lógica y la argumentación jurídica, y que las partes y el auditorio social en general, adviertan que la decisión adoptada ha sido fruto de un verdadero ejercicio intelectual’.²⁴²

La motivación garantiza el derecho a la defensa de las partes, además tiene una relación directa con el derecho a la tutela judicial efectiva, y se constituye en: “uno de los requisitos esenciales que deben contener las actuaciones de los poderes públicos, requisito que más que atender a cuestiones de forma, se orienta a buscar que las decisiones judiciales cuenten con un contenido adecuado, en el cual el operador de justicia exteriorice las justificaciones por las cuales toma una decisión determinada”.²⁴³

²⁴⁰ *Ibíd.*, 389-405.

²⁴¹ Ecuador. Corte Constitucional, *Sentencia No. 025-16-SEP-CC*, caso No. 1816-11-EP.

²⁴² *Ibíd.*

²⁴³ Ecuador. Corte Constitucional, *Sentencia No. 029-15-SEP-CC*, caso No. 0656-13-EP.

La motivación evita: “la emisión de actos administrativos o judiciales arbitrarios o injustificados; de ahí que, a través de este principio, todas las autoridades públicas tienen el deber de motivar sus resoluciones con la finalidad de evidenciar razonablemente que las decisiones que adoptan se adecuen a preceptos constitucionales, legales y/o jurisprudenciales”.²⁴⁴

Los parámetros o elementos de la motivación que permiten concluir que una decisión judicial está debidamente motivada son la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad:

Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto.²⁴⁵

El requisito de **razonabilidad** implica que la decisión judicial se encuentre fundamentada en principios constitucionales, sin que de su contenido se desprenda la contradicción contra cualquier principio o valor constitucional [...] Por su parte, el requisito de **lógica** comprende la estructuración sistemática y ordenada de la decisión, en la cual las premisas sean establecidas en un orden lógico que permita al operador de justicia emitir conclusiones razonables que tomen como consideración los hechos puestos a su conocimiento, así como las normas pertinentes al caso concreto, y finalmente los juicios de valor que conforme los demás elementos se vayan desprendiendo a lo largo de la fundamentación. La consideración de todos estos elementos, estructurados de forma sistemática y ordenada, permitirá la emisión de una conclusión lógica final que guarde coherencia con las premisas señaladas [...]. En cuanto al requisito de comprensibilidad, este supone la emisión de una decisión clara y asequible a las partes procesales y a todo el auditorio social [...].²⁴⁶

Con estas consideraciones, cuando una resolución judicial inadmite determinado medio probatorio sin motivación alguna, dicha resolución carece de eficacia probatoria. En tanto que si la resolución judicial que inadmite un medio de prueba (que cumple con los parámetros legales de admisión y las formalidades de proposición) fundándose solo en razones es arbitraria cuando esas razones no logran justificar razonadamente la resolución y por ende la denegación de la prueba.

²⁴⁴ Ecuador. Corte Constitucional, *Sentencia No. 061-15-SEP-CC*, caso No. 1661-12-EP.

²⁴⁵ Ecuador. Corte Constitucional, *Sentencia No. 020-13-SEP-CC*, caso No. 0563-12-EP.

²⁴⁶ Ecuador. Corte Constitucional, *Sentencia No. 131-15-SEP-CC*, caso No. 0561-12-EP.

Por lo expuesto, las resoluciones que inadmiten de forma indebida un medio probatorio son susceptibles de impugnación y vulneran el derecho a la defensa vinculado con el derecho a la prueba, en razón que se restringe y limita de forma arbitraria el derecho a la prueba. La Corte Constitucional sobre la vulneración al derecho a la defensa señala:

[...] si durante cualquier etapa del proceso una de las partes fuere impedida de presentar sus pruebas o contradecir aquellas que se hayan presentado en su contra, aquello constituye una vulneración al derecho a la defensa, debido a que cualquier acto que prive o limite a las partes de su libre capacidad de intervenir en el proceso para practicar o presentar pruebas, así como para refutar aquellas presentadas por la otra parte, queda en desventaja frente a las otras partes involucradas y por ende la autoridad judicial no contará con los elementos necesarios para poder emitir una sentencia que garantice la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las partes procesales.²⁴⁷

Con estos antecedentes, existe indefensión cuando el medio de prueba inadmitido es de interés relevante para la decisión, y cuando la admisión y práctica del medio de prueba propuesto hubiera producido una decisión diferente a la dictada en primera instancia.

3.3.2. Prueba admitida pero no practicada por causas no imputables a la parte procesal proponente

Las partes procesales proponen los medios probatorios y el juez de primera instancia es el encargado de realizar el examen de admisión, cuando un medio de prueba supera este juicio, la prueba admitida debe practicarse en virtud del derecho a la prueba; sin embargo, una prueba admitida puede no ser practica por causas no imputables a quién las propuso, vulnerando el derecho a la prueba y a la defensa de la parte procesal proponente, constituyendo: “una denegación tácita del derecho a la prueba”.²⁴⁸ En este sentido la jurisprudencia española señala:

[...] si el órgano jurisdiccional estima pertinente y admite la práctica de un determinado medio probatorio y la parte insta su ejecución, se vulnera el derecho fundamental a utilizar los medios pertinentes de prueba para su defensa si el órgano judicial deja de disponer la ejecución del medio probatorio sin causa legítima que lo justifique [...] el órgano judicial pudo, sin menoscabo del derecho invocado, declarar la prueba inadmisibile, considerando su impertinencia; [...] pero no puede [...] declararla

²⁴⁷ Ecuador. Corte Constitucional, *Sentencia No. 063-14-SEP-CC*, caso No. 0522-12-EP.

²⁴⁸ Picó i Junoy, “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”, 537.

primero pertinente, para no practicarla después, [...]. Ello implica lesión del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes.²⁴⁹

La omisión de la práctica del medio de prueba ordenado puede ser atribuido al órgano judicial o la contraparte. La Corte Constitucional del Ecuador, se ha pronunciado en el sentido que la realización de una prueba ordenada legalmente por un juez no es una prerrogativa discrecional de las partes, es una obligación:

[...] los jueces no cumplieron con su deber de garantizar que se practiquen todas las pruebas pedidas por las partes, tal como lo dispone el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil. Aquello constituye una vulneración al debido proceso en la garantía del derecho a la defensa, y concretamente respecto a su derecho a presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra, pues es obligación de los jueces de instancia procurar que se lleven a cabo todas las pruebas legalmente solicitadas, especialmente porque de ello depende que ambas partes se encuentren en igualdad de condiciones y que los jueces puedan contar con todos los elementos necesarios para poder emitir una sentencia que garantice la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las partes procesales.²⁵⁰

En este caso, la prueba debe ser practicada directamente en segunda instancia (siempre que se haya propuesto el recurso de apelación) a fin de garantizar el derecho a la prueba, sin que el tribunal pueda realizar un nuevo examen de admisión, su función se limita a ordenar la práctica del medio de prueba siempre que se trate de la misma prueba que fue propuesta y admitida en primera instancia, y que se cumpla con el requisito de legitimación, es decir que el solicitante en segunda instancia sea quién la propuso en la primera.

Cuando un medio de prueba ha sido admitido, pero no se ha practicado por causa imputable al proponente, dicha prueba no puede ser solicitada en segunda instancia, tampoco se puede alegar vulneración al derecho a la prueba o indefensión porque el mismo proponente ha provocado su desamparo con su negligencia, desidia, o pereza.

3.3.3. Prueba propuesta pero no sometida al examen de admisión

El deber judicial de admisión de la prueba se deriva del derecho a la prueba, por esta razón el juez está obligado a admitir los medios de prueba propuestos por las partes observando los parámetros legales de admisión y los presupuestos de proposición; examen de admisión que se plasma en la resolución que califica la admisibilidad o

²⁴⁹ España. Primera Sala del Tribunal Constitucional, *Sentencia* 246/1994, de 19 de septiembre de 1994.

²⁵⁰ Ecuador. Corte Constitucional, *Sentencia No.* 131-15-SEP-CC.

inadmisibilidad de los medios probatorios, la resolución permite a las partes procesales conocer los fundamentos que motivaron que una determinada prueba haya sido admitida o inadmitida, y en efecto pueden impugnar si no están conformes. Cuando el juzgador no realiza este examen de admisión, es decir, no acepta ni rechaza los medios probatorios propuestos provoca incertidumbre en el proponente, quien desconoce qué conducta procesal debe adoptar; es decir esta práctica es perjudicial para las partes y genera un grado de indefensión.²⁵¹

Cuando el juez no se pronuncia sobre un determinado medio de prueba, la parte procesal proponente puede interponer el recurso horizontal de ampliación de la providencia (auto interlocutorio) en razón que omitió pronunciarse sobre un medio de prueba propuesto; en este caso, se resolverá en la misma audiencia, y ante una negativa a la admisión del medio de prueba, la parte procesal puede impugnar mediante la apelación con efecto diferido.

3.3.4. Prueba admitida sin cumplir los parámetros para la calificación de su admisión

El juez puede admitir determinado medio de prueba sin observar los parámetros legales de admisión o los presupuestos de proposición, la contraparte puede impugnar dicha resolución, pero, esta admisión de un medio probatorio no genera una vulneración al derecho a la prueba ligado con el derecho a la defensa en razón que no se limita a las partes procesales el derecho a la prueba.

La admisión de medios probatorios sin la observancia de los parámetros de admisibilidad y presupuestos de proposición es perjudicial cuando introduce hechos irrelevantes o que no se encuentran relacionados con el *thema probandum* porque confunden al juzgador, complican el desarrollo del proceso propiciando dilaciones indebidas.²⁵²

La admisión de medios de prueba sin un examen de admisibilidad o de medios que no cumplen con los parámetros de admisibilidad, no vulnera el derecho a la prueba relacionado con el derecho a la defensa, en ningún caso generan indefensión, aunque puede dilatar el proceso o encarecerlo.

²⁵¹ Picó i Junoy, “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”, 536-7.

²⁵² Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 301.

3.4. Prueba admitida, practicada y no valorada en la sentencia.

Para abordar el caso de la prueba que ha sido admitida, practicada y no valorada, a la valoración se la define como: “la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido”²⁵³; aunque la interpretación es la primera operación mental que hace el juez del resultado de los medios de prueba practicados para su posterior valoración, en este sentido, la valoración es la actividad que el juez realiza sobre el resultado de las pruebas practicadas en el proceso, estableciendo que hechos han sido o no probados, la valoración debe plasmarse en la sentencia.²⁵⁴

Luego de la proposición, admisión y práctica del medio probatorio el juez debe valorarla conforme las reglas de la sana crítica, esta fase es una de las más importantes del proceso, la jurisprudencia española establece que existe una vulneración al derecho a la prueba cuando un medio de prueba que es admitido y practicado, no es valorado; si la finalidad de la prueba es dotar de certeza y convicción al juez, al no valorar y tomar en cuenta los resultados de un medio de prueba admitido y practicado se frustra el derecho a la prueba.²⁵⁵

En el COGEP, se establece que la prueba deberá apreciarse en conjunto y que el juzgador tiene la obligación de expresar en su resolución, la valoración de las pruebas que le han servido para justificar su decisión, aquella disposición difiere a la que existía en el Código de Procedimiento Civil que obligaba al juez expresar la valoración de todas las pruebas producidas. Sería deseable y saludable que el juzgador en su resolución exprese la valoración de todos los medios de prueba admitidos y practicados, para efectos del control por las partes y por organismos judiciales superiores, aunque al ser la valoración un proceso mental se puede colegir que la valoración de las pruebas que no han sido expresadas han sido valoradas negativamente y es suficiente la exteriorización de la valoración de los medios de prueba que han servido para formar la convicción o certeza judicial respecto de los hechos objeto del proceso.²⁵⁶

²⁵³ Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 287.

²⁵⁴ Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 462-3.

²⁵⁵ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español *STC 91/2000*, de 30 de marzo del 2000.

²⁵⁶ Picó i Junoy, “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”, 528-9.

La fase de valoración de la prueba es la fase culminante y decisiva de la actividad probatoria, porque revelará si la proposición, admisión y práctica de los medios de prueba darán los resultados deseados, esto es, dotar de certeza al juzgador; en esta fase se revisará las decisiones tomadas por el juez en las fases predecesoras, y si la prueba obtenida no es apta o idónea para demostrar los hechos controvertidos, el juez deberá separarse de la decisión de admisión de determinado medio probatorio y negarle valor a un medio admitido y practicado porque no cumple los parámetros de admisión, o es ilícita, dichos medios carecerán de eficacia probatoria.²⁵⁷

No existe una vulneración al derecho a la prueba, cuando: un determinado medio de prueba ha sido admitido y practicado, pero no ha servido para dotar de convicción al juez porque con la práctica de otros medios de prueba se ha demostrado determinado hecho; o, si dicho medio de prueba en el momento de su valoración ha develado que es impertinente, inútil, inconducente, o ilegal y no se valora porque carece de eficacia probatoria.

3.5. La prueba en segunda instancia

La prueba en segunda instancia es excepcional, en el COGEP²⁵⁸ se establece que las partes procesales pueden proponer prueba exclusivamente para acreditar hechos nuevos, y la que se ha podido obtener con posterioridad a la sentencia; es decir, se permite introducir material probatorio en segunda instancia cuando se trata específicamente de hechos nuevos (*nova producta*) o de nueva noticia (*nova reperta*), sin embargo, la proposición de la prueba en segunda instancia no puede alterar el objeto de la controversia que fue delimitado ante el juez *a quo* en la audiencia preliminar o primera fase de la audiencia única; las partes procesales no pueden pretender a través del recurso de apelación y la oportunidad de proposición de medios probatorios en segunda instancia, intentar modificar el objeto de la controversia, aprovechándose del conocimiento de las ventajas y desventajas de cada uno, en razón que trabada la litis en

²⁵⁷ Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 287-336.

²⁵⁸ Artículo 258.- Procedimiento. [...]

Tanto en la fundamentación como en la contestación, las partes anunciarán la prueba que se practicará en la audiencia de segunda instancia, exclusivamente si se trata de acreditar hechos nuevos.

También podrá solicitarse en las correspondientes fundamentación o contestación la práctica de prueba que, versando sobre los mismos hechos, sólo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia. [...].

primera instancia conocieron el marco probatorio del proceso, las pruebas aportadas, y su efecto probatorio en la resolución del caso.

A efectos de la prueba en la segunda instancia es preciso conocer que se entiende por hechos nuevos o de *nova producta*: “son aquellos hechos ocurridos con posterioridad al plazo para dictar sentencia en la primera instancia, [...] se conforman a partir de un doble requisito, uno temporal, su producción con posterioridad al plazo para dictar sentencia, y otro ontológico, ser un hecho independiente de las voluntad de las partes”,²⁵⁹ y los hechos de nueva noticia o *nova reperta* son: ‘los hechos ocurridos con anterioridad a ese plazo, pero que eran desconocidos para la parte. [...] se conforman a partir del mismo elemento temporal, esto es, acaecimiento del hecho con posterioridad al plazo para dictar sentencia, y otro subjetivo, la justificación de su desconocimiento por la parte recurrente’.²⁶⁰

Además es en la segunda instancia en donde se admite la prueba propuesta en primera instancia que ha sido indebidamente denegada, cuya resolución de inadmisión fue apelada, o en su defecto se practica la prueba admitida pero no actuada por omisión del juez *a quo* o por cualquier otra causa no imputable al proponente; es decir: “en unos casos se trata de recuperar material probatorio indebidamente excluido en la primera instancia, y en otros de incorporar *ex novo* material relevante que no debe ser desaprovechado”.²⁶¹

El carácter excepcional de la prueba obedece a impedir una posible conculcación del principio de audiencia bilateral o contradicción en la segunda instancia, así como a la introducción de nuevas pretensiones o su modificación, y una dilación del proceso.

El recurso de apelación abre las puertas a la segunda instancia, y es el tribunal *ad quem* el encargado de subsanar las irregularidades procesales ocurridas en primera instancia, así como de remediar las posibles lesiones al derecho a la prueba, admitir las pruebas indebidamente denegadas siempre que el medio de prueba cumpla con los requisitos formales de proposición y los parámetros legales de admisión, asimismo debe ordenar la práctica de las pruebas admitidas, pero no evacuadas en primera instancia

²⁵⁹ Abel Lluch, “Derecho probatorio”, 247-8.

²⁶⁰ *Ibíd.*, 247-8.

²⁶¹ Picatoste Bobillo, “Recurso de apelación”, 305.

únicamente por omisión del juez *a quo*; en los casos enunciados no se debe confundir como una incorporación de prueba nueva al proceso.²⁶²

Para que un medio de prueba indebidamente denegado se admita y practique en segunda instancia, la parte proponente de forma previa tenía que apelar a la resolución que inadmitía el medio probatorio, y únicamente la parte que propuso y apeló de dicha resolución tiene la legitimación para solicitar su admisión y práctica en segunda instancia: “en cualquier caso de petición o admisión o inejecución de la prueba de la contraparte, el principio de adquisición procesal que favorece con la posible utilización de la prueba practicada, también a quién no la propuso, no se extiende a la sustitución de la legitimación de la parte que la propuso por la contraria a efectos de pedir su práctica en segunda instancia”.²⁶³

El tribunal *ad quem* debe atender la petición de satisfacción del derecho a la prueba que ha sido lesionado en primera instancia en aras de garantizar el derecho a la defensa²⁶⁴ de la parte procesal que propuso el medio de prueba denegado indebidamente, porque el derecho a la prueba garantiza a las partes procesales a disponer de los medios de prueba que consideren adecuados y suficientes para demostrar sus pretensiones con la única limitación de que éstos cumplan los parámetros legales de admisión, formalidades de proposición y licitud.

Picatoste Bobillo, sostiene que debe denegarse la prueba en segunda instancia en los siguientes casos: intento de reincidencia de la prueba; ampliación de la prueba; cambio del medio probatorio; la práctica nuevamente de la prueba porque el resultado no le favoreció a quién la propuso; cuando el proponente se fundamenta en que la prueba practicada es insuficiente, pero la insuficiencia es imputable al proponente; la prueba jurídicamente impracticable;²⁶⁵ y, se debe denegar la prueba que fue parte de los acuerdos probatorios.

El remedio procesal inmediato frente a la vulneración del derecho a la defensa vinculado con el derecho a la prueba constituye la interposición de recursos horizontales como la reforma para las resoluciones que inadmiten medios probatorios y la ampliación para las resoluciones que no se pronuncian sobre la admisibilidad de los

²⁶² *Ibíd.*, 310.

²⁶³ España: Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, *Resolución No.* 1139/1993, de 30 de noviembre de 1993.

²⁶⁴ Picatoste Bobillo, “Recurso de apelación”, 310- 311.

²⁶⁵ *Ibíd.*, 314-21.

medios de prueba; si el juez insiste en la inadmisión de los medios de prueba cabe la apelación de la resolución que inadmite un medio probatorio, siempre que la denegación al medio probatorio sea indebida, arbitraria, e irrazonable, carezca de motivación; y, la resolución que admite un medio de prueba de forma indebida no vulnera el de derecho a la prueba, es perjudicial pero no provoca indefensión.

Si la vulneración del derecho a la prueba no se resuelve en segunda instancia, la legislación prevé otro tipo de medios de impugnación, aunque por la *constitucionalización* del derecho a la prueba su denegación debe ser conocida por instancias constitucionales.

Conclusiones

El derecho a la prueba forma parte del derecho fundamental al debido proceso como una de sus garantías básicas, esto le otorga una naturaleza fundamental; el derecho a la prueba tiene una doble dimensión, como garantía procesal y como derecho subjetivo, dimensiones que son propias de los derechos fundamentales. En razón del fenómeno de *constitucionalización* de los derechos fundamentales y las garantías procesales se les concede a estos una protección constitucional reforzada para evitar que el futuro legislador los limite o vulnere, el reconocimiento a los derechos fundamentales por la Constitución de un Estado le otorga legitimidad a este en medida que los garantice o no.

El derecho a la prueba implica el derecho a la proposición, admisión, práctica, y valoración, que se traducen en facultades y deberes para las partes y para el juez a observarse en la relación jurídico procesal. El derecho a la prueba es un derecho autónomo, pero no es absoluto o ilimitado, por esta razón la proposición y admisión de los medios de prueba obedecen a los requisitos o límites intrínsecos y extrínsecos de la prueba (que fluyen de los principios judiciales de la prueba) que se traducen en los parámetros de admisión de los medios de prueba, al acatamiento de las formalidades de proposición (tiempo, modo y lugar), y a la licitud de los medios probatorios y del procedimiento para la obtención de la prueba.

En nuestro sistema jurídico los parámetros legales para la calificación de la admisibilidad de un medio probatorio por el juez son: La pertinencia, que es la relación que existe entre los medios de prueba propuestos y el objeto del proceso; la utilidad del medio de prueba se plasma en que sirva y sea adecuado para demostrar un hecho y dotar de convicción al juez; la conducencia, es la idoneidad o aptitud legal del medio de prueba; y, la legalidad, que busca el sometimiento de las partes a las normas probatorias que rigen el proceso.

El examen de admisibilidad es un deber ineludible del juzgador que se efectúa en un momento procesal determinado (audiencia preliminar o audiencia única) y se plasma en una resolución oral, motivada, individualizada, inaudita parte e impugnabile. Cuando el juez inadmite un medio probatorio ya sea a través de una resolución carente de motivación o arbitraria (en el sentido que se funda en razones, pero no puede justificar la decisión en éstas); asimismo cuando omite realizar el examen de admisión; y, cuando

no se practica los medios de prueba admitidos, estamos frente a una limitación y negación del derecho a la prueba que se traduce en su vulneración y por ende al derecho a la defensa, derecho íntimamente relacionado con el derecho a la prueba.

La resolución de admisión de un medio probatorio no vulnera el derecho a la prueba vinculado con el derecho a la defensa, porque no limita el acceso a los medios de prueba, aunque causa perjuicios al proceso porque lo dilata y lo encarece.

El remedio procesal para la vulneración del derecho a la defensa que tienen las partes con relación al derecho a probar es la interposición de recursos horizontales y verticales, en primera instancia la reforma o la ampliación dependiendo de cada resolución, y en segunda instancia la apelación con efecto diferido.

Una de las Salas de la Corte Provincial será la encargada de resolver la impugnación de las resoluciones de inadmisión, ya por falta de motivación o por ser decisiones arbitrarias luego del examen de admisión. Lo mismo sucede en los casos de prueba propuesta y no admitida por causas no imputables al proponente, la Sala debe ordenar su práctica inmediata, sin necesidad de que el juicio sea anulado o de un nuevo examen de admisión. Para el caso de omisión del examen de admisión de un determinado medio de prueba, la Sala deberá realizar el examen de admisión correspondiente.

La resolución que admite un medio de prueba sin observar los parámetros legales para su admisión o formalidades de proposición también es susceptible de impugnación, aunque no vulnere el derecho a probar, pero causa perjuicios al proceso debiendo ser condenado en costas el juez que no realizó el examen de admisión o es incorrecta.

La indebida interpretación o aplicación judicial de los parámetros legales para la calificación de la admisibilidad de un medio probatorio vulnera el derecho a probar relacionado con el derecho a la defensa; la prueba constituye el corazón del proceso porque propuesta, admitida, practicada y valorada dotará de convicción y certeza al juzgador respecto de las afirmaciones realizadas por las partes sobre los hechos controvertidos, siendo fundamental su conocimiento por los profesionales del derecho, y por todos los operadores del sistema, para evitar limitaciones y vulneraciones al derecho a la prueba de las partes vinculado con el derecho a la defensa, derechos constitucionalmente garantizados.

Bibliografía

- **Publicaciones**

Alfaro Valverde, Luis Genaro. *El principio de audiencia. Evolución e influencia en el proceso civil*. España: J.M. Bosch, 2014.

Aliste Santos, Tomás Javier. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons/ Ediciones Jurídicas y Sociales. S.A., 2011.

Alsina. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires, 1942. En Hernando Devis Echandía, “Teoría de la prueba judicial”, t. I. (1970): 347.

Alvarado Velloso, Adolfo. *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*. Valencia, 2005. En Joan Picó i Junoy, “El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”, *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Urdueta*, vol. 6, No. 1 (enero a junio de 2012):11-31. <<http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/rcj/v6.n1/El%20Derecho%20Procesal%20entre%20el%20garantismo.pdf>>. Consulta: 13 de agosto de 2016.

----- . “La imparcialidad judicial”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. II, 471-486. Buenos Aires: Universidad Nacional Autónoma de México / Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.

----- . “La imparcialidad judicial y la prueba oficiosa”. En Adolfo Alvarado Velloso y Óscar A. Zorzoli, dir., *Derecho Procesal Contemporáneo. Confirmación Procesal*, 1a. ed., 1-19. Buenos Aires. Ediar, 2007.

Arazi, Roland. *La prueba en el proceso civil*. 2a. ed. aum. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1998.

----- . “Garantías constitucionales y prueba”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. II, 487-505. Buenos Aires: Universidad Nacional Autónoma de México / Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.

Arbaizar Fernández, Eneida, Alazne Basañez Gutiérrez, Gloria Pérez Padilla y Octavio Tobajas Gálvez. “La iniciativa probatoria de oficio en los procesos especiales

no dispositivos”. En Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, coord., *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, 67-103. España: J.M. Bosch, 2003.

Barbado, Patricia Bibiana. “Jurisprudencia temática. Nuevas tendencias en materia de recursos”. *Revista de Derecho Procesal: Nuevas tendencias en materia de recursos* (2011-1):367-401.

Berizonce, Roberto Omar. “Bases para actualizar el Código modelo procesal civil para Iberoamérica”. En Raúl Tavolari Oliveros, coord., *Derecho Procesal Contemporáneo: Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, t. II., 1306-1337. Chile: Puntotext, 2010.

----- . “Bases y principios que informan el Código modelo procesal civil para Iberoamérica de 1988”. En Andrés de la Oliva Santos y Diego Palomo Vélez, coord., *Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil*, 53-77. Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007.

----- . *Derecho procesal civil actual*. Argentina: Librería Platense, 1999.

----- . “Recientes transformaciones del proceso civil”. En *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 1a. ed., 909-935. Bogotá: Universidad Libre, 2005.

Bonnier. *De las pruebas en derecho civil y penal*. Madrid, 1913-1914. En Hernando Devis Echandía, “Teoría de la prueba judicial”, t. I. (1970): 347, 351.

Bordalí Salamanca, Andrés. “Los poderes del juez civil”. En Andrés de la Oliva Santos y Diego Palomo Vélez, coord., *Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil*, 179-203. Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007.

Carocca Pérez, Alex. “Recuperación de la importancia de la prueba en un modelo procesal civil oral”. En Andrés de la Oliva Santos y Diego Palomo Vélez, coord., *Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil*, 365-373. Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007.

Chamorro Bernal, Francisco. “El concepto de indefensión en la doctrina del Tribunal Constitucional Español”. En Michele Taruffo y otros, *Constitución y proceso*, 151-182. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú / ARA Editores, 2009.

De Santo, Víctor. *La prueba judicial*. 3a. ed. Buenos Aires: Universidad, 2005.

De la Oliva. *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*. Madrid, 2000. En Julio Iglesias Machado, “El recurso de apelación civil por cuestiones de fondo” (2012): 92.

Echandía, Devis Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. t. I. Buenos Aires: Fidenter, 1970.

Fachal Noguera, Nuria. “Forma de las resoluciones que deben adoptarse en la audiencia previa y su necesidad de redactarse por escrito”. En Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, dir., *La Audiencia Previa*, 137-145. España: J.M. Bosch, 2010.

----- . “La disconformidad con la resolución sobre admisión o inadmisión de los medios probatorios”. En Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, coord., *Aspectos prácticos de la prueba civil*, 177-212. Barcelona: J.M. Bosch, 2005.

Fenech. *Derecho procesal penal*. Barcelona, 1960. En Hernando Devis Echandía, “Teoría de la prueba judicial”, t. I. (1970): 276, 351.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. 9a. ed. Madrid: Trotta, 2009.

----- . *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4a. ed. Madrid: Trotta, 2009.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Adrián Simons Pino. “Los recursos en el proceso civil. Una mirada desde Iberoamérica. En Raúl Tavolari Oliveros, coord., *Derecho Procesal Contemporáneo: Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, t. II., 687-707. Chile: Puntotext, 2010.

Fix-Zamudio, Héctor. “Orden y valoración de las pruebas en la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, t. I., 197-216. Costa Rica: Corte IDH, 2001.

Francoz Rigalt, Antonio. *La oralidad en el proceso civil*. S.l.: CODHEM, s.f. Edición electrónica.

Gozáñi, Osvaldo Alfredo. “Obtención y valoración de la prueba ilícita”. En Andrés de la Oliva Santos y Diego Palomo Vélez, coord., *Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil*, 337- 351. Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007.

----- . “Problemas actuales del derecho procesal”, *Garantismo vs. Activismo Judicial*. México. En Carlos Parodi Remón, “¿Activismo o garantismo judicial?” En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix -Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho*, t. X. *Tutela Judicial y Derecho Procesal*,

1a. ed., 665-702. México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

Gumerato Ramos, Glauco. “Repensando la prueba de oficio”. En Raúl Tavolari Oliveros, coord., *Derecho Procesal Contemporáneo: Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, t. II., 947-961. Chile: Puntolex, 2010.

Iglesias Machado, Julio. *El recurso de apelación civil por cuestiones de fondo*. Madrid: Dykinson, 2012.

Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. *Código procesal civil modelo para Iberoamérica* (1988).

Izquierdo Blanco, Pablo. “Los recursos frente a la admisión de pruebas ilícitas”. En Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, dir., *La Audiencia Previa*, 163-166. España: J.M. Bosch, 2010.

Landoni Sosa, Ángel. “El Código General del Proceso a quince años de su vigencia”. En *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 1a. ed., 909-935. Bogotá: Universidad Libre, 2005.

Lluch, Xavier Abel. *Derecho Probatorio*. España: J.M. Bosch, 2012.

----- . “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”. En Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, coord., *Objeto y carga de la prueba civil*. 17-46. España: J.M. Bosch, 2007.

Lluch, Xavier Abel, Joan Picó i Junoy y Javier Ruiz Pérez. “Proposición y admisión de la prueba”. En Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, dir., *La Audiencia Previa*, 359-418. España: J.M. Bosch, 2010.

Meléndez, Florentín. “El debido proceso en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix -Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho*, t. IX. *Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*, 1a. ed., 209-223. México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

Montero Aroca, Juan. “La oralidad en el modelo garantista del proceso civil”. En Andrés de la Oliva Santos y Diego Palomo Vélez, coord., *Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil*, 255-282. Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007.

----- . *La prueba en el proceso civil*. 7a. ed. España: Arazandi, 2012.

-----. “La prueba en el proceso civil chileno. ¿Una actividad asumida con suficiente seriedad? En Andrés de la Oliva Santos y Diego Palomo Vélez, coord., *Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil*, 353-363. Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007.

Oteiza, Eduardo. “El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. II, 533-553. Buenos Aires: Universidad Nacional Autónoma de México / Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.

Ovalle Favela, José. “Bases constitucionales para el proceso civil en Iberoamérica”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix -Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho*, t. X. *Tutela Judicial y Derecho Procesal*, 1a. ed., 665-702. México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

Oyarte, Rafael. *Debido Proceso*. 2a. ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

Palomo Vélez, Diego. “Apelación, doble instancia y proceso civil oral”. En Raúl Tavolari Oliveros, coord., *Derecho Procesal Contemporáneo: Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, t. II., 1218-1243. Chile: Puntotex, 2010.

-----. “La audiencia previa y el modelo procesal civil oral: Consideraciones en torno a una pieza procesal clave”. En Andrés de la Oliva Santos y Diego Palomo Vélez, coord., *Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil*, 377-400. Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007.

-----. *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español*. Chile: Librotecnia, 2008.

-----. “Proceso Civil Oral ¿Qué modelo de juez requiere? En Andrés de la Oliva Santos y Diego Palomo Vélez, coord., *Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil*, 227-254. Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007.

Parra Quijano, Jairo. “¿Qué es realmente la intermediación? En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix -Zamudio en sus cincuenta años*

como investigador de derecho, t. X. *Tutela Judicial y Derecho Procesal*, 1a. ed., 367-392. México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

Pásara, Luis. *El uso de los instrumentos internacionales de Derecho Humanos en la administración de justicia*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / Naciones Unidas, 2008.

Pereira Campos, Santiago. “20 años de aplicación en Uruguay del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica”. En Raúl Tavolari Oliveros, coord., *Derecho Procesal Contemporáneo: Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, t. II., 1337-1362. Chile: Puntotext, 2010.

Petit Guerra, Luis Alberto. “Postulación de pruebas y sus efectos en los procesos anulados: Una propuesta desde la perspectiva constitucional en Venezuela”. En Raúl Tavolari Oliveros, coord., *Derecho Procesal Contemporáneo: Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, t. II., 918-938. Chile: Puntotext, 2010.

Picatoste Bobillo, Julio. “Disposiciones generales sobre los recursos”. En Julio Picatoste Bobillo, coord., *Los recursos de impugnación y otros medios de impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1a. ed., 21-31. Barcelona: J.M. Bosch, 2009.

----- . “Recurso de apelación”. En Julio Picatoste Bobillo, coord., *Los recursos de impugnación y otros medios de impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 1a. ed., 123-412. Barcelona: J.M. Bosch, 2009.

Picó i Junoy, Joan. “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. En Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, coord., *Problemas actuales de la prueba civil*, 27-68. España: J.M. Bosch, 2005.

----- . “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix -Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho*, t. X. *Tutela Judicial y Derecho Procesal*, 1a. ed., 527-565. México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

----- . “El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Urdaneta*, vol. 6, No. 1 (enero a junio de 2012):11-31.

<http://www.uru.edu/fondoeditorial/revista/pdf/rcj/v6.n1/El%20Derecho%20Procesal%20entre%20el%20garantismo.pdf>. Consulta: 13 de agosto de 2016.

-----. *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. España: J.M. Bosch, 2007.

-----. *El principio de oralidad en el proceso civil español*. <http://www.uv.es/coloquio/informes/ip25esp.pdf>. Consulta: 10 de marzo de 2016.

-----. “La iniciativa probatoria del juez civil. A propósito de un caso”. En Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, coord., *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, 155-174. España: J.M. Bosch, 2003.

-----. “La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil”. En Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, coord., *Aspectos prácticos de la prueba civil*, 17-47. Barcelona: J.M. Bosch, 2005.

-----. *Las garantías constitucionales del proceso*. 3a. reimpresión. España: J.M. Bosch, 2007.

-----. *La modificación de la demanda en el proceso civil*. Valencia, 2006. En Fernando Pinto Palacios, “Alegaciones complementarias”, En Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, dir., *La Audiencia Previa*, 301-308. España: J.M. Bosch, 2010.

-----. “Oralidad y control de las pruebas personales en segunda instancia”. En Raúl Tavolari Oliveros, coord., *Derecho Procesal Contemporáneo: Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, t. II., 1207-1217. Chile: Puntolex, 2010.

-----. “Oralidad y control de las pruebas personales en segunda instancia: Hacia la búsqueda del necesario equilibrio”. *Revista de Derecho Procesal: Nuevas tendencias en materia de recursos* (2011-1):443-457.

Pinto Palacios, Fernando. “Alegaciones complementarias”. En Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, dir., *La Audiencia Previa*, 301-308. España: J.M. Bosch, 2010.

-----. “La aportación de hechos nuevos”. En Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, dir., *La Audiencia Previa*, 309-317 España: J.M. Bosch, 2010.

Prada Rodríguez, Beatriz. “El orden de examen de los distintos subtrámites previstos en las fases de subsanación de cuestiones procesales, de fijación del objeto del

debate, y de proposición y admisión de la prueba?”. En Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, dir., *La Audiencia Previa*, 93-101. España: J.M. Bosch, 2010.

Priori Posada, Giovanni. “El proceso en el Estado Constitucional”. En Michele Taruffo y otros, *Constitución y proceso*, 341-361. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú / ARA Editores, 2009.

Ramírez Carvajal, Diana María. “Facultades probatorias del juez en el Estado Social de Derecho”. En Adolfo Alvarado Velloso y Óscar A. Zorzoli, dir., *Derecho Procesal Contemporáneo. Confirmación Procesal*, 1a. ed., 231-257. Buenos Aires. Ediar, 2007.

----- . “La oralidad y su relación con los poderes de instrucción”. En Michele Taruffo y otros, *Constitución y proceso*, 390- 407. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú / ARA Editores, 2009.

Ríos López, Yolanda. “La función directiva del juez en la determinación de la certeza de los hechos”. En Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, coord., *Aspectos prácticos de la prueba civil*, 127-176. Barcelona: J.M. Bosch, 2005.

Rivas, Adolfo. “Efectos de los recursos”. *Revista de Derecho Procesal: Nuevas tendencias en materia de recursos* (2011-1):77- 91.

Rolla, Giancarlo. “La tutela directa de los derechos fundamentales por los Tribunales Constitucionales en América Latina”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix -Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho*, t. II. *Tribunales Constitucionales y democracia*, 1a. ed., 545-568. México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

Igartua Salaverría, Juan. *Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial*, *Revista Vasca de la Administración Pública*, No. 46, 1996: 95-118.

Saldaña, Javier. “Derechos humanos y administración de justicia. A propósito de la personalidad del juez en la determinación de lo justo”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coord., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix -Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho*, t. XI. *Justicia, Federalismo y Derecho Constitucional*,

1a. ed., 147-180. México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

Serra Domínguez, Manuel. *Liberalización y socialización del proceso civil*, 1972. En Yolanda Ríos López, “La función directiva del juez en la determinación de certeza de los hechos”. En Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, coord., *Aspectos prácticos de la prueba civil*, 127-176. Barcelona: J.M. Bosch, 2005.

Simons Pino, Adrián. “Poderes jurisdiccionales. El dilema entre el juez activo y el juez autoritario”. En Andrés de la Oliva Santos y Diego Palomo Vélez, coord., *Proceso Civil: Hacia una nueva justicia civil*, 205-226. Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007.

Taruffo, Michele. *Il diritto alla prova nel processo civile*. 1984. En Joan Picó i Junoy, *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. España: J.M. Bosch, 2007.

----- . “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”. En Michele Taruffo y otros, *Constitución y proceso*, 409-445. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú / ARA Editores, 2009.

----- . “Probabilidad y prueba judicial”. En *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 1a. ed., 1077-1091. Bogotá: Universidad Libre, 2005.

Trujillo, Isabel. *Imparcialidad*. 1a. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

Uriarte Cordón, Aner. “La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio sobre la admisión de los medios de prueba”. En Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, coord., *Aspectos prácticos de la prueba civil*, 75-104. Barcelona: J.M. Bosch, 2005.

Velásquez Vioque, David. “El juicio sobre la admisión de los medios de prueba”. En Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, coord., *Aspectos prácticos de la prueba civil*, 105-126. Barcelona: J.M. Bosch, 2005.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Los derechos, justicia*. 10a. ed. Madrid: Trotta, 2011.

- **Normativa**

- **Internacional**

Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969)

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

Estatuto Universal del Juez (1999)

España: Constitución [1978]

España: Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil [2000].

Los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura (1985)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

- **Nacional**

Constitución de la República del Ecuador [2008]

Constitución Política de la República del Ecuador [1998]

Ecuador. *Código Civil. Registro Oficial, Suplemento* No. 46, 24 de junio de 2005.

Ecuador. *Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial, Suplemento* No. 58, 12 de julio de 2005.

Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos, COGEP. Registro Oficial, Suplemento*, No.506, 22 de mayo de 2015.

- **Jurisprudencia**

- **Internacional**

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe No. 78/02. Caso 11.335 Guy Malary contra Haití*, 27 de diciembre de 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena y otros vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010.

España. Segunda Sala del Tribunal Constitucional. *Sentencia 46/1982*, de 12 de julio de 1982.

España: Primera Sala del Tribunal Constitucional. *Sentencia 246/1994*, de 19 de septiembre de 1994.

España: Primera Sala del Tribunal Constitucional. *Sentencia 124/1997*, de 1 de julio de 1997.

España. Primera Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. *Resolución No. 1139/1993*, de 30 de noviembre de 1993.

España. Primera Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. *Resolución No. 1,044/1999*, de 07 de diciembre de 1999.

– **Nacional**

Ecuador. Corte Constitucional para el Período de Transición. *Sentencia No. 31-10-SCN-CC. Registro Oficial, Suplemento No. 372*, 27 de enero de 2011.

----- . Corte Constitucional. *Sentencia No. 001-13-SEP-CC*. Caso No. 1647-11-EP.

----- . Corte Constitucional, *Sentencia No. 012-13-SEP-CC*. Caso No. 0253-11-EP.

----- . Corte Constitucional, *Sentencia No. 020-13-SEP-CC*. Caso No. 0563-12-EP.

----- . Corte Constitucional, *Sentencia No. 063-14-SEP-CC*. Caso No. 0522-12-EP.

----- . Corte Constitucional, *Sentencia No. 029-15-SEP-CC*. Caso No. 0656-13-EP.

----- . Corte Constitucional, *Sentencia No. 061-15-SEP-CC*. Caso No. 1661-12-EP.

----- . Corte Constitucional, *Gaceta Constitucional*, 12, *Sentencia No. 131-15-SEP-CC*. Caso No. 0561-12-EP, 2 de junio de 2015.

-----. Corte Constitucional, *Sentencia No. 025-16-SEP-CC*. Caso No. 1816-11-EP.

-----. Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia. [Sentencia de fecha 17 de junio de 2014, por proceso de reclamaciones laborales interpuesto por Vicente Ponce en contra de las compañías SÁLICAS DEL ECUADOR y GUAYATUNA, juicio oral laboral]. *Gaceta Judicial*, 14, serie XVII, 2015.

-----. Tribunal de Tercera Instancia. *Gaceta Judicial*, 61, año XXX, serie V, 15 de marzo de 1932.