

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

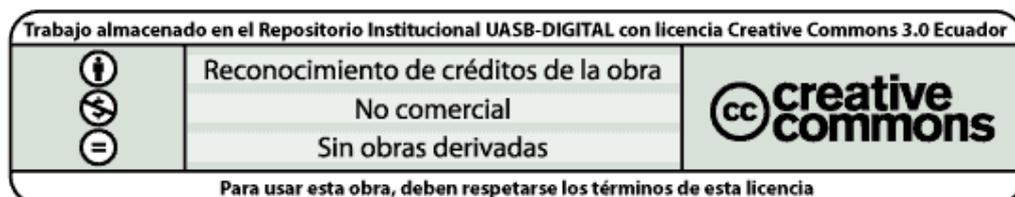
Programa de Maestría en Derecho Procesal

**Alcance de la libertad probatoria en el sistema oral por audiencias reconocido en el Código Orgánico General de Procesos**

Autora: Marcia Ada Flores Benalcázar

Tutor: Pablo Andrés Alarcón Peña

**Quito, 2018**



## **CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE LA MONOGRAFÍA**

Yo, Marcia Ada Flores Benalcázar, autora de la tesis intitulada “Alcance de la libertad probatoria en el sistema oral por audiencias reconocido en el Código Orgánico General de Procesos”, 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 los formatos virtual, electrónico, digital, 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 de la obra referida, yo asumiré la responsabilidad frente a terceros y la Universidad.
3. En esta fecha entrego en la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 3 enero de 2018

Marcia Ada Flores Benalcazar

CC: 1708140031

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR**

**SEDE ECUADOR**

Área de Derecho

Maestría en Derecho Procesal

**ALCANCE DE LA LIBERTAD PROBATORIA  
EN EL SISTEMA ORAL POR AUDIENCIAS RECONOCIDO  
EN EL CÓDIGO ORGÁNICO  
GENERAL DE PROCESOS**

Autora: Dra. Marcia Ada Flores Benalcázar

Tutor: Ph.D. Pablo Alarcón Peña

**Quito, 2018**

## Resumen

El alcance de la libertad probatoria en el sistema oral por audiencias, reconocido en el Código Orgánico General de Procesos tiene su fundamento en la práctica diaria del quehacer jurídico, con la vigencia de esta herramienta legal, en Ecuador.

El paradigma del sistema procesal escrito para la solución de los conflictos, ha sido reemplazado por un sistema oral, en el cual los legitimados van a exponer sus pretensiones en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, y en esos actos de proposición anunciarán los medios probatorios con los que cuentan, a fin de dar a conocer públicamente que esos y no otros, son los medios que harán valer en juicio. Mas, como la práctica hace costumbre, los operadores de justicia realizan un examen de admisibilidad de la prueba ofrecida por los litigantes, en un momento procesal que no corresponde, esto es, al calificar la demanda, la contestación a la demanda, la reconvencción y la contestación a la reconvencción, lo cual evidentemente ocasiona serios problemas legales, que llegan a convertirse en vulneraciones a los derechos y garantías constitucionales como la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica.

Por lo expuesto, este trabajo, más allá de limitarse a identificar el problema, pretende aportar con algunas propuestas de tipo propositivo que permitan enmendar estas indebidas interpretaciones jurídicas por parte de los operadores de justicia, quienes son los llamados a ejercer la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado a través de la correcta aplicación de las normas establecidas en el nuevo ordenamiento jurídico. Se proponen, en esta línea, algunas alternativas o vías, entre ellas, mecanismos de tipo normativo y otros de carácter jurisdiccional a través de los cuales se pueden generar parámetros interpretativos proporcionales y acordes a los contenidos axiológicos-constitucionales.

Solo a través de resoluciones debidamente motivadas, con criterios hermenéuticos proporcionales, los litigantes, así como los abogados defensores y la ciudadanía en general, podrán sentir la satisfacción de que sus derechos son justiciables y de que pueden acudir al órgano judicial, en búsqueda de la tutela judicial efectiva, sin el menor reparo o preocupación, de que su derecho a anunciar los medios con los que cuentan, serán admitidos y valorados por el Juez, en el momento procesal oportuno, esto es en la audiencia de juicio

**Palabras clave:** Código Orgánico General de Procesos, calificación, admisibilidad, tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica.

## **Dedicatoria**

A la memoria de mis padres:

Zoila Victoria Benalcázar y Segundo Humberto Flores

Quienes supieron sembrar en mí la semilla de la dedicación, la constancia y el trabajo,  
herramientas que me han ayudado a superar los obstáculos de la vida  
y, así conseguir mis anhelados sueños.

A mis amados hijos:

Cristina, Andrés y Nicole

Motores de mi vida, quienes me han enseñado que el trabajo en equipo es reconfortante.

Ellos que, día a día, nutren mis sentimientos de amor,  
gratitud, bondad y generosidad.

## **Agradecimientos**

Agradezco a la Universidad Andina Simón Bolívar, que me acogió, y me brindó la oportunidad de realizar mis estudios de posgrado, a través de su planta de académicos y expertos profesionales en la rama del derecho, quienes con generosidad han sabido transmitirme sus vastos conocimientos.

Mi agradecimiento especial, al Dr. Pablo Alarcón, excelente maestro y tutor de este trabajo de tesis, de quien he aprendido no solo de sus clases magistrales, sino su invaluable tenacidad para ser constante en la búsqueda de la excelencia.

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	8
<b>CAPÍTULO UNO .....</b>	<b>12</b>
<b>EL PRINCIPIO DE LIBERTAD PROBATORIA: .....</b>	<b>12</b>
<b>NATURALEZA Y LÍMITES.....</b>	<b>12</b>
1.1. LA LIBERTAD PROBATORIA: ¿PRINCIPIO, DERECHO O GARANTÍA? .....	12
1.2. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD PROBATORIA VINCULADO A LAS GARANTÍAS ESPECÍFICAS DEL DEBIDO PROCESO Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	27
1.3. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES DE LIBERTAD PROBATORIA .....	31
1.4. LA LIBERTAD PROBATORIA Y EL DERECHO A LA DEFENSA EN LA CONSTITUCIÓN .....	36
<b>CAPÍTULO DOS .....</b>	<b>41</b>
<b>LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA.....</b>	<b>41</b>
<b>EN EL SISTEMA ORAL: ¿LÍMITE O RESTRICCIÓN?.....</b>	<b>41</b>
2.1. LA OPORTUNIDAD DE LA PRUEBA Y LA LIBERTAD PROBATORIA DE ACUERDO AL COGEP .....	41
2.1.1. <i>El anuncio de prueba en la demanda</i> .....	52
2.1.2. <i>El anuncio de prueba en la contestación de la demanda</i> .....	59
2.1.3. <i>El anuncio de prueba en la reconvencción</i> .....	63
2.2. LA INDETERMINACIÓN DE LA ADMISIBILIDAD <i>IN LIMINE</i> DEL ANUNCIO DE LA PRUEBA.....	65
2.3. PROPUESTAS FRENTE A LAS RESTRICCIONES AL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD PROBATORIA PREVISTO EN EL COGEP.....	71
2.3.1. <i>Reformas legales al anuncio de la prueba</i> .....	77
2.3.2. <i>Interpretaciones normativas dinámicas y vinculantes</i> .....	81
2.3.3. <i>Precedente judicial ordinario. Fallo de triple reiteración</i> .....	83
2.3.4. <i>Mecanismos de control constitucional</i> .....	85
2.3.4.1. Consulta de constitucionalidad .....	85
2.3.4.2. La acción pública de inconstitucionalidad .....	88
2.3.4.3. La acción extraordinaria de protección y la generación de un precedente vinculante y obligatorio .....	90
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>94</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>97</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>101</b>

## **Introducción**

En el derecho procesal general, el sistema probatorio es el eje trascendental sobre el cual se fundará la resolución final, así se garantiza, el ejercicio de otros derechos de tutela judicial efectiva como el debido proceso, la motivación de la sentencia y la seguridad jurídica. Por consiguiente, la prueba goza de una gran relevancia tanto por parte de la legislación procesal como por la doctrina y la jurisprudencia; consolidándose, en ella un conjunto de principios y derechos que han sido constitucionalizados, hasta convertirse en una verdadera garantía constitucional del ejercicio jurisdiccional.

La doctrina reconoce que los medios de prueba sirven para dar el conocimiento exacto de un hecho y por ende proporciona al juzgador el convencimiento de los elementos fácticos que han sido aportados por las partes; para el juez, los elementos probatorios, son las únicas herramientas que permiten generar un juicio del hecho, sobre el cual se fundamentará la decisión judicial final.

En este contexto, y debido al importante papel que juega la prueba en el sistema procesal judicial; el Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP), alejándose del denominado principio de prueba tasada, propio del sistema inquisitivo, ha reconocido el principio del *numerus apertus* de los medios de prueba, que se conjuga con el principio dispositivo, por el cual, corresponde a los legitimados, el inicio y desarrollo del proceso. Lo que se pretende con el nuevo sistema probatorio es hacer valer en audiencia, la libertad probatoria, en virtud de la cual se reconoce a las partes procesales amplias facultades para aportar los medios, que logren una convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos y así se alcance la verdad procesal.

El sistema oral por audiencias, consagrado en la Ley Adjetiva ecuatoriana, ha determinado que, el tema relacionado al acervo probatorio en materia no penal sea modificado en su anunciación, presentación, producción y posterior actuación. Una de las principales interrogantes del sistema oral se deriva de la introducción de una nueva figura (que no se encontraba prevista en el derogado Código de Procedimiento Civil), que versa sobre el anuncio de la prueba al momento de la presentación de la demanda, contestación a la demanda, reconvención, contestación a la reconvención y sustanciación en el recurso de apelación. Esta problemática, incide en que el juez deba

valorar la admisión o inadmisión de pruebas que no guarden relación con los principios de pertinencia, oportunidad y utilidad; ya que la ley permite incluso rechazar la demanda que omita la anunciación de prueba o, en el mejor de los casos, sea subsanada dicha carencia en el término de tres días conforme lo dispuesto en el art. 146 del COGEP. El Colegio de Abogados de Pichincha, como cuerpo colegiado, así como varios profesionales del quehacer jurídico ecuatoriano, han manifestado su preocupación ante el Consejo de la Judicatura por los crecientes casos de inadmisión y archivo de las demandas presentadas con motivo de la vigencia del COGEP, manifestando que “la denegación del acceso judicial por la falta de incorporación de la prueba anunciada vulnera, en definitiva, el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva”.<sup>1</sup>

Por lo expuesto, se puede deducir que el principio de libertad de la prueba, encuentra nuevos límites en el sistema oral por audiencias, al otorgar a los jueces la potestad de rechazar aquellos elementos de prueba, anunciados previamente en los actos de proposición al proceso, por considerarla potencialmente abstracta e indebidamente motivada; pudiéndose afectar por esta indebida interpretación, el derecho a la tutela judicial efectiva al actor y dejando en indefensión al demandado según sea el caso.

Este trabajo pretende aportar criterios jurídicos respecto a la interpretación que debe atenderse, con relación a la libertad probatoria, tema que ha sido abordado desde varias concepciones, como se verá en el desarrollo de esta investigación, pues la misma puede ser considerada como principio, como derecho y como garantía; parámetros que han sido bien delimitados, y que permiten evidenciar las posibles falencias conceptuales que rodean actualmente a nuestro ordenamiento jurídico procesal en materias no penales, específicamente con la expedición del COGEP.

La problemática actual se centra en una errática aplicación de las disposiciones legales que tienen que ver con la libertad probatoria, desde la perspectiva del abogado como defensor técnico de los derechos de los justiciables, así como desde la perspectiva del juez como operador de justicia, el cual tiene bajo su responsabilidad verificar los requisitos de la demanda de acuerdo a lo prescrito en el art. 142 del COGEP, y

---

<sup>1</sup> Colegio de Abogados de Pichincha. Oficio No. 0030-P-CAP-2016, de 21 de julio de 2016.

específicamente, en el num. 7, que tiene íntima relación con el presente trabajo, hechos que necesariamente influirán en *pro* o en *contra* de los derechos de los ciudadanos.

Por lo mismo, y una vez comprobada la errática interpretación que hacen los operadores de justicia, respecto de la aplicación de la garantía constitucional de la libertad probatoria en los procesos no penales, se enuncia las posibles soluciones que pueden coadyuvar a una mejor aplicación de la ley adjetiva actual; en pro de alcanzar la tan anhelada justicia por parte de la ciudadanía; y, el ejercicio pleno del derecho, por parte de quienes ejercen la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, quienes al encontrarse con una herramienta jurídica totalmente nueva, incorporada a nuestro sistema de justicia actual, han incurrido en errores que afectan derechos y garantías constitucionales, como la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, contraviniendo así el precepto constitucional consagrado en la Constitución de la República del Ecuador (CRE) de 2008 que dice, que el Ecuador “es un Estado constitucional de derechos y justicia” (art. 1 de la CRE).

Es importante resaltar que, en el presente trabajo, se ha identificado claramente el problema actual respecto a la libertad probatoria con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos –COGEP–, y también, se ha logrado determinar, que existen algunas vías para solucionar esta indebida interpretación a la garantía constitucional de la libertad probatoria, entre las cuales se han identificado y desarrollado, algunas de carácter normativo y otras de carácter jurisdiccional, las que han sido analizadas desde la perspectiva de la eficacia en el tiempo. Así, se proponen mecanismos normativos como la reforma legal, a través de la Asamblea Nacional, y las resoluciones interpretativas con fuerza de ley emanadas de la Corte Nacional de Justicia (CNJ). Por su parte, en el marco de justicia ordinaria se plantean otros mecanismos de tipo jurisdiccional como son los precedentes jurisprudenciales, basados en criterios de triple reiteración de un mismo punto de derecho, de competencia del Pleno de la Corte Nacional de Justicia

Finalmente, frente al problema de la indebida interpretación a la garantía constitucional de la libertad probatoria, se plantean varios caminos constitucionales, que conducen a una eficaz aplicación proporcional y conforme a la Constitución, de las disposiciones legales. Estos caminos se traducen en remedios de tipo jurisdiccional de

competencia exclusiva de la Corte Constitucional, es el caso del control concreto, abstracto y la generación de precedentes obligatorios a través de acciones extraordinarias de protección. La jurisprudencia que la Corte Constitucional pueda emitir en torno al problema de esta investigación, en tanto fuente sociológica del derecho, tiene la ventaja de contar con un carácter dinámico, es decir, puede brindar soluciones al problema al más corto plazo.

## CAPÍTULO UNO

### EL PRINCIPIO DE LIBERTAD PROBATORIA:

#### NATURALEZA Y LÍMITES

##### 1.1. La libertad probatoria: ¿Principio, derecho o garantía?

En el lenguaje jurídico la libertad probatoria tiene varias connotaciones a decir, como principio, derecho y garantía; por lo que es necesario delimitar estos tres parámetros, pues esto permitirá desde el contexto general, visualizar las posibles falencias conceptuales, que forman parte actualmente de nuestro ordenamiento jurídico, específicamente con la expedición del COGEP.

La problemática se centra en una errática aplicación de las disposiciones legales que tienen que ver con la libertad probatoria, desde la perspectiva del abogado como defensor técnico de los derechos de los justiciables; así como desde la perspectiva del juez como operador de justicia, el cual tiene bajo su responsabilidad verificar los requisitos de la demanda de acuerdo a lo prescrito en el art. 142 del COGEP,<sup>2</sup> y, específicamente el num. 7, que tiene íntima relación con el presente trabajo, hechos que necesariamente influirán en *pro* o en *contra* de los derechos de los ciudadanos.

Una vez que quede sentado el ámbito de la libertad probatoria como principio constitucional, se procederá a estudiarla, desde la óptica del derecho y como norma legal, abarcando la esfera procesal para finalmente abordar esta misma libertad probatoria como garantía constitucional, siendo este el punto de enfoque de esta investigación, puesto que no se trata de realizar un estudio aislado de cada uno de los temas, sino por el contrario, se pretende encontrar la concatenación, el enlace o la conexión que existe entre ellas, por lo que no se puede hablar de libertad probatoria, sin

---

<sup>2</sup> Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP), *Registro Oficial Suplemento* (en adelante, *ROS*), No. 506 de 22 de mayo de 2015. Art. 142, num. 7.- El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de los testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica. 8. La solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, si es del caso.

referirse a la Constitución de la República y, al desarrollo de la garantía constitucional en la ley, como es el caso del COGEP.

Es pues, la Constitución de la República del Ecuador (CRE), aprobada en Montecristi y puesta en vigencia el 20 de octubre de 2008, la que en su art. 11 recoge una serie de principios que rigen el ejercicio de los derechos ciudadanos y se encuentran previstos, especialmente, en los num. 3 y 9, inc. 4; los cuales se refieren a la actividad judicial, la misma que debe ser cumplida como el más alto valor del Estado ecuatoriano, por lo que no queda duda, de que el espíritu de dicha Constitución es totalmente garantista.<sup>3</sup>

Rafael Oyarte, en su obra *Debido proceso* (2016), sostiene que: “Las normas recogen reglas y principios. Se las distingue, indicando que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, es decir, son *mandatos de optimización*,” que “pueden cumplirse en diferentes grados”, mientras que las reglas son normas que “solo pueden ser cumplidas o no”, es decir; se debe actuar conforme ella dispone, “ni más ni menos”.<sup>4</sup> Esto concuerda perfectamente con el criterio de Robert Alexy, quien sostiene: “los principios son mandamientos de optimización, y su característica principal reside en el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados, y en que la medida justa de su cumplimiento no depende tan solo de las posibilidades materiales, sino también de las posibilidades jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas está determinado por los principios y las reglas que se oponen entre sí”.<sup>5</sup>

Para otros autores como Sánchez Román quien reflexiona:

---

<sup>3</sup> Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE), RO, No. 449 de 20 de octubre de 2008. Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidas en la Constitución o la Ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento [...] 9.inc. 4: El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

<sup>3</sup> Rafael Oyarte, *Debido proceso* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 31 y 32.

<sup>4</sup> Oyarte, *Debido proceso*, 3.

<sup>5</sup> Eros Grau, *Interpretación y aplicación del derecho* (Madrid: Dykinson, 2007), 164.

los principios como axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones; o sea las reglas del derecho. *Asimismo* Burón *sostiene* que son los dictados de la razón admitidos por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones y, en los cuales se halla contenido su capital pensamiento. *Por su parte Hoffman sostiene que se trata de* una autorización o invitación de la ley para la libre creación del derecho por el juez; y, despectivamente, como el medio utilizado por la doctrina para librarse de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante (*Muger*)<sup>6</sup>. (Las cursivas son de la autora).

Ahora bien, para José Torres, el principio de libertad de prueba, consiste en que la prueba puede ser introducida al proceso con amplitud, es decir, es el juzgador el llamado a “admitir u ordenar los medios de prueba que considere idóneos para formar su convicción, aunque no se encuentren expresamente regulados”.<sup>7</sup> Todo hecho, circunstancia o elemento, contenido en el objeto del procedimiento y, por tanto, importante para la decisión final, puede ser probado por cualquier medio de prueba permitido por la Constitución y la ley. Existe pues, libertad de prueba tanto en el objeto como en el medio.

El principio de libertad probatoria, por ende, abarca un conjunto de derechos conectados a la verdad de los presupuestos fácticos que se pretenden demostrar, siendo aplicables todos estos durante la tramitación del proceso, siendo facultativo a las partes procesales la introducción de elementos favorables, exclusivamente, a los hechos del interés material que se persigue; y, en el derecho constitucional constituye el sistema conceptual y normativo, dedicado al estudio de los fundamentos de la organización política, jurídica del Estado o de la sociedad. De los criterios vertidos, se evidencia que el ordenamiento jurídico de un Estado se basa en normas concatenadas unas con otras, respetando siempre la jerarquía entre inferiores y superiores, hasta llegar a la norma suprema, logrando rebasar los límites territoriales nacionales, y alcanzar el nivel internacional. En el caso ecuatoriano, se ha recogido este criterio doctrinario, llegando a

---

<sup>6</sup> Marvin Vargas Alfaro. “Los principios generales del derecho comunitario y andino”, <[http://www.derechocomunitario.ucr.ac.cr/index.php?option=com\\_content&view=article&id=200%3Aprincipios-generales-derecho-comunitario-andino-vargas-alfaro&catid=29%3Anumero-2&Itemid=26](http://www.derechocomunitario.ucr.ac.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=200%3Aprincipios-generales-derecho-comunitario-andino-vargas-alfaro&catid=29%3Anumero-2&Itemid=26)>, consulta: 5 de noviembre de 2017.

<sup>7</sup> José María Torres Traba. “Reflexiones sobre la teoría de la prueba y el procedimiento probatorio. Los medios de prueba y su admisibilidad”. <<http://dpccgozaini.blogspot.com/2010/08/reflexiones-sobre-la-teoria-de-la.html>>, consulta: 20 de junio de 2017.

establecer una jerarquía constitucional y de tratados internacionales de derechos humanos, conforme se prevé en el art. 424 de la CRE de 2008.<sup>8</sup>

Por lo tanto, siendo el derecho constitucional aquel sistema que regula o normativiza las relaciones entre el Estado (quienes ostentan el poder político), los gobernados o ciudadanía en general y las instituciones jurídicas que conforman la organización jurídica de la sociedad; se expone un orden jerárquico de aplicación de las normas, encontrándose a la Constitución como la norma primigenia y suprema, de aplicación directa, en la cual se determinan taxativamente los principios conforme constan en el art. 11 de la Carta Magna, en el que se determina los principios sobre los cuales se va a desarrollar el derecho en los diferentes cuerpos legales para su efectiva vigencia, los cuales, van encontrando su normatividad, como se lo ha hecho en el COGEP.

Concordante a lo expresado, el principio de la libertad de prueba se vincula estrechamente, con la plena garantía a favor de las partes procesales para acceder libremente a la prueba, así como para la oposición o contradicción de los medios de prueba aportados por la contraparte. Se entiende por libertad de prueba aquella posibilidad reconocida a favor de las partes procesales para poder acceder a la misma, así como tomar parte en la actividad probatoria, llamado también principio de libertad en la utilización de los medios.

Para Pablo Talavera Elguera, la libertad probatoria, es entendida como un principio procesal, conforme el cual, “los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley”.<sup>9</sup> Dicho lo cual, no se impide la enunciación detallada de los medios de prueba; las partes pueden ofrecer y utilizar los medios que consideren determinantes para acreditar la verdad procesal, actividad probatoria que se encuentra íntimamente ligada con las resoluciones

---

<sup>8</sup> CRE de 2008, art. 424: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

<sup>9</sup> Pablo Talavera Elguera, *La prueba: En el nuevo proceso penal* (Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, 2009), 54. <[http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere\\_pen\\_proce\\_penal/la\\_prueba\\_nuev\\_proc\\_penal.pdf](http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/la_prueba_nuev_proc_penal.pdf)>, consulta: 15 de junio de 2017.

judiciales; y por ello, la necesidad de garantizar a las partes procesales el despliegue de todas las herramientas oportunas con el objetivo de que puedan demostrar aquellos hechos alegados. La oportunidad de las partes de producir pruebas y contradecirlas requiere en primer lugar de una protección constitucional, y en segundo lugar de una adecuada regulación infra constitucional.

De todo lo dicho, se concluye que los principios, constituyen la base sobre la cual se desarrolla el procedimiento; si estos no son identificados con total claridad por el juzgador, la actividad probatoria desarrollada se privaría de sustento, y sería el resultado de la práctica fundada simplemente en la experiencia del operador de justicia, sin conocimiento alguno de lo que conlleva ese resultado; que si bien se encuentra plasmado en el derecho positivo (COGEP), el mismo tiene sus fundamentos en principios constitucionales, como los principios de unidad, comunidad, contradicción, intermediación, oralidad, originalidad de la prueba e ineficacia de la prueba ilícita. Todos estos principios son considerados como esenciales en cuanto al ofrecimiento, admisibilidad, conducencia y valoración de la eficacia de las pruebas presentadas en juicio.

El num. 4, del art. 76<sup>10</sup> de la CRE de 2008 recoge el principio de libertad de la prueba; así se constituye en parte integrante del derecho al debido proceso, ya que posibilita a las partes procesales la oportunidad de contar con los medios adecuados para la preparación de su defensa. Por un lado, la importancia de constitucionalizar el principio de libertad de la prueba compone la posibilidad de ejercer plenamente el derecho a la defensa; por otro lado, exige al Estado la no generación de obstáculos innecesarios para el ejercicio adecuado de la prueba dentro del proceso. El principio de libertad probatoria no concibe a toda prueba como válida, los límites de la misma, están subsumidos bajo los principios de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba; así, la obtención de la prueba debe estar enmarcada en medios legales y legítimos. El principio de libertad de la prueba de forma general, determina que en todo proceso es

---

<sup>10</sup> Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

admisible cualquier medio probatorio del que dispongan las partes, conectado directa o indirectamente con los fundamentos de hecho que son materia de *Litis*.<sup>11</sup>

En el ámbito comparado, la Corte Constitucional de Colombia describe al principio de libertad probatoria en atención a sus límites objetivos, reconociendo, en consecuencia, sus limitaciones a base de parámetros claramente definidos. Al respecto ha señalado:

una parte esencial del proceso lo constituye lo referente a la estructura probatoria del mismo, por lo cual es de gran relevancia la regulación de esta etapa teniendo en cuenta aspectos como los medios de prueba admisibles, la oportunidad procesal que tienen las partes para la solicitud de pruebas, las atribuciones del juez para decretarlas y practicarlas, la facultad oficiosa de producir pruebas y las reglas atinentes a su valoración. En este sentido, un medio de prueba solo puede ser admisible en la medida en que por medio de este se persiga un fin constitucional y las restricciones que entrañan son razonables y proporcionadas en relación con el mismo y las consecuencias que de este se derivan.<sup>12</sup>

El sistema procesal ecuatoriano, en relación al principio de libertad probatoria, ha sido tratado por parte de la Corte Constitucional del Ecuador y en sentencia No. 034-09-SEP-CC con ponencia del Dr. Edgar Zárate Zárate, analiza la oportunidad de evacuar una prueba en específico dentro de un juicio ejecutivo y como la negativa de esta prueba por parte del juzgador transgredió otros derechos como: 1. el debido proceso, 2. la defensa, y 3. la garantía de motivación de la sentencia.<sup>13</sup>, Queda claro entonces que la libertad probatoria constituye un verdadero principio jurídico universal y nacional que está vinculado estrechamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso, la legítima defensa, y la garantía constitucional de la libertad probatoria, y que en nuestro ordenamiento jurídico lo encontramos en la Constitución del Estado.

---

<sup>11</sup> Litigio (enfrentamiento, disputa o discusión).

<sup>12</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-496/15.

<sup>13</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 034-09-SEP-CC. <[http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2009/034-09-SEP-CC/REL\\_SENTENCIA\\_034-09-SEP-CC.pdf](http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2009/034-09-SEP-CC/REL_SENTENCIA_034-09-SEP-CC.pdf)>, consulta: 2 de octubre de 2017.

Una vez definidos los parámetros de la libertad probatoria como principio jurídico, constitucional y doctrinario, corresponde analizar la libertad probatoria como derecho.

El derecho posee dos acepciones fundamentales:

(Como un) conjunto de normas que rigen la vida del hombre en sociedad y sus relaciones con los demás miembros de la misma; y como derecho subjetivo hace alusión a las facultades concretas que el ordenamiento reconoce a los individuos dentro del marco del derecho objetivo. (Siendo un) [...] conjunto de normas que rigen la vida en sociedad, sancionadas por el poder público [...]. Derecho subjetivo.- prerrogativa atribuida en su interés a un individuo, que le permite gozar de algo o de un valor, o exigir de otro una prestación.<sup>14</sup>

De este concepto, se desprende que el derecho a la libertad probatoria, como derecho objetivo, nace desde la base jurídica constitucional conforme lo dispuesto en el art. 76, num. 4 de la Carta Magna, al señalar que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria;<sup>15</sup> asimismo en el art. 76, num. 7, lit. h) dispone la presentación de manera verbal o escrita de las razones o argumentos de los que se crean asistidas las personas y poder replicar los argumentos de las otras partes, así como presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.<sup>16</sup> Así expuesto, la libertad de prueba también debe ser considerada como un derecho que involucra un deber de abstención por parte del Estado frente al titular de ese derecho, implicando una obligación de no hacer o de no intervención en la plena libertad de prueba, reconociéndose como únicos límites proporcionales la pertinencia, el debido proceso y la satisfacción de otros derechos constitucionales.

---

<sup>14</sup> José Vega, "Concepto de derecho", <<http://diccionario.leyderecho.org/derecho/>>, consulta: 6 de noviembre de 2017.

<sup>15</sup> CRE de 2008. Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...], 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

<sup>16</sup> CRE de 2008. Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...], h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

Asimismo, desde el punto de visto subjetivo, el derecho de la libertad probatoria, es la facultad atribuida al individuo para hacer valer los medios de prueba que considere pertinentes en pro de sus afirmaciones y aspiraciones cuyo resultado positivo es recibir una sentencia favorable a sus pretensiones.

Para Luigi Paolo Comoglio citado por Efraín I. Quevedo Mendoza considera que el derecho a probar es “la posibilidad de hacer admitir y recibir al juez todo medio de prueba consentido (o no excluido) por el sistema, el cual sea relevante para la demostración del hecho deducido como fundamento de las diversas pretensiones”.<sup>17</sup> Por consiguiente en palabras de Efraín Quevedo Mendoza:

El derecho a probar se entiende hoy como el poder que viene atribuido a las partes o terceros interesados, que intervienen en un proceso judicial, de aportar todos los instrumentos de que dispongan y que sean relevantes para el conocimiento de los hechos alegados y de obtener un pronunciamiento judicial acerca de su eficacia para la reconstrucción de tales hechos en la sentencia definitiva.

No alcanza ya, para describir el derecho que nos ocupa, con referir la simple posibilidad, u oportunidad de alegar y probar,<sup>11</sup> que el legislador debe brindar a quienes asumen el carácter de parte en un proceso judicial; o la tangencial referencia a un mero apéndice del derecho de defensa en juicio,<sup>12</sup> o del derecho a “ser oído”.

La delegación proveniente de la norma constitucional ha venido a recibir un contenido concreto que limita la discrecionalidad legislativa y vincula la creación normativa a particulares exigencias que no pueden dejar de estar presentes en la conducción del concreto proceso judicial.<sup>18</sup>

Acorde con este enunciado se reconoce que el derecho a la libertad probatoria constituye un elemento del derecho a la defensa que habilita a las partes a presentar sus argumentos sobre la existencia de los hechos y como herramienta, así Hernando Devis Echandía consideraba que:

para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, en forma que se ajuste a la realidad, es indispensable otorgar libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las que sean pertinentes, con la única limitación de aquellas que por razones de moralidad versen sobre hechos que la ley no permite investigar, o que resulten inútiles por existir

---

<sup>17</sup> Efraín Quevedo Mendoza, “El derecho a la prueba como garantía constitucional”, <[www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2007/Quevedo\\_Mendoza.pdf](http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2007/Quevedo_Mendoza.pdf)>, consulta: 6 de noviembre de 2017, 4.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, 4.

presunción legal que las hace innecesarias (en cuanto se persiga con ellas probar lo presumido; no cuando se intenta desvirtuar la presunción, a menos que en el último caso sea de derecho) o sean claramente impertinentes o inidóneas. Dos aspectos tiene este principio: libertad de medios de prueba y libertad de objeto. Significa lo primero que la ley no debe limitar los medios admisibles, como sucede en nuestros procesos civil y penal, sino dejar al juez la calificación de si el aducido o solicitado tiene relevancia probatoria; lo segundo implica que pueda probarse todo hecho que de alguna manera influya en la decisión del proceso y que las partes puedan intervenir en su práctica.

El segundo puede existir sin el primero. El segundo de estos aspectos es fundamental, porque dentro de los medios aceptados generalmente en los sistemas que los señalan taxativamente (documentos, testimonios, indicios, peritos, inspecciones, confesión; las presunciones no son pruebas sino que eximen la prueba), pueden comprenderse los más modernos métodos de investigación, si se tiene un criterio amplio. En cambio, limitar la actividad probatoria en forma caprichosa por el juez o con una absurda regulación previa de la ley, sería atentar contra los derechos de las partes, la debida defensa, la contradicción efectiva y la igualdad de oportunidades; por este motivo no existen más restricciones que las señaladas en el punto siguiente.<sup>19</sup>

Dentro del estudio de los sistemas procesales de apreciación de la prueba, se distinguen modelos que regulan previamente su valor por medio de una tarifa legal, y otros donde existe una completa libertad para apreciar las pruebas.<sup>20</sup>

En el proceso dispositivo<sup>21</sup> se le priva al juez de iniciativa para decretar pruebas, y por el contrario, modelar una estructura donde las partes tengan libertad de objeto y de medios probatorios. En esta misma línea argumentativa Devis Echandía citando a Florian, señala que este último considera a este principio como uno de los fundamentales del derecho probatorio, ya que la averiguación de la verdad debe desarrollarse sin obstáculos preestablecidos y artificiales, tal como ocurre en el campo penal.<sup>22</sup>

El modelo procesal debe estar abocado a que la averiguación de la verdad material sea extraída de los órganos o medios probatorios cuyo rendimiento sea más

---

<sup>19</sup> Hernando Devis Echandía. *Teoría general de la prueba* (Buenos Aires: Víctor P. De Zabalí, 1972), 131.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, 132.

<sup>21</sup> En el tipo procesal dispositivo predomina exclusivamente el señorío de la voluntad de las partes, quienes no solamente fijan y determinan el objeto litigioso y aportan el material de conocimiento, sino que también tienen el poder de impedir que el juez exceda los límites fijados a la controversia por la voluntad de las mismas. *Enciclopedia jurídica*, "Proceso dispositivo y proceso inquisitivo". <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/proceso-dispositivo-y-proceso-inquisitivo/proceso-dispositivo-y-proceso-inquisitivo.htm>>, consulta: 2 de noviembre de 2017.

<sup>22</sup> Devis Echandía. *Teoría general*, 132.

efectivo, sin que medie limitante alguna en desmedro de su rendimiento,<sup>23</sup> más que los límites constitucionales.

Para Framarino, el principio de libertad probatoria se enmarca, por un lado en la libertad objetiva de la prueba, es decir, en la eficacia demostrativa per se y no por previa regulación legal. Por otro lado, la libertad subjetiva de la prueba consiste en la no alteración material de la cosa que prueba y la libertad moral de la persona que declara.<sup>24</sup> Más, como se desprende de este autor, se puede determinar que la libertad de contraprobar es consecuencia de la libertad de objeto, mientras que la no alteración de la cosa que se prueba responde al principio de naturalidad o pureza de la prueba.

Siguiendo la línea de la investigación, en la doctrina procesal colombiana, la prueba se engloba dentro del derecho a probar, el cual se deriva en otros contenidos íntimamente relacionados entre sí tales como: el aseguramiento de los instrumentos o fuentes de prueba, el derecho a solicitar medios de prueba, derecho a su admisión, práctica, y valoración, así como también, el derecho a proponer al juez argumentos de prueba y contradecir los que este pueda aducir como fundamento de sus convicciones en el proceso.<sup>25</sup>

La doctrina comparada va más allá del referido postulado, llegando inclusive a sostener que por medio de la libertad de prueba se crea una obligación positiva al Estado, expuesta de la siguiente forma:

Simultáneamente, implica una obligación positiva por parte del Estado, de contribuir a la efectividad de este derecho y de los valores que representa, [...]. Estos supuestos para hacer efectivo el derecho a probar son el establecimiento de una regulación normativa, el disponer de la existencia de una infraestructura económica y la asistencia legal que permitan el acceso a la justicia al ciudadano para efectos de hacer realidad la actividad probatoria.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Ibíd., 132.

<sup>24</sup> Ibíd.

<sup>25</sup> Luis Bernardo Ruiz Jaramillo. “El derecho a la prueba como un derecho fundamental”. *Estudios de Derecho* LXIV, No. 143 (junio), (Medellín: Universidad de Antioquia), <<http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/2259/1/E1%20derecho%20a%20la%20prueba%20como%20un%20derecho%20fundamental.pdf>>, consulta: 4 de enero de 2016.

<sup>26</sup> Ibíd., 195.

Ahora bien, desde una perspectiva instrumental, la libertad probatoria exige a los jueces la obligación negativa de evitar cualquier acción lesiva a la defensa de las partes procesales particularmente, dentro de la producción probatoria en el proceso, así pues, los jueces “tiene[n] la obligación positiva de admitir, practicar y valorar la prueba en forma racional; [...] solo puede denegar estas acciones cuando exista justificación constitucional o legal que así lo prevea”.<sup>27</sup>

Efectivamente, la prueba a pesar de ser parte de un derecho constitucional, inherente a la persona de contenido prestacional no es del todo absoluto, se encuentra supeditado a control, sustentado en la satisfacción de otros principios constitucionales. Por tal motivo, la limitación de pruebas debe ser oportunamente motivada en cuestiones de validez dispuestas en la Constitución como en la Ley, y la pertinencia de los hechos en relación con el objeto litigioso.

Generalmente, son las normas infra constitucionales en desarrollo de las normas constitucionales, los medios por los cuales se condiciona la eficacia y validez de la prueba y que, en definitiva, deben ser de carácter excepcional ya que, como hemos determinado previamente, el principio de libertad probatoria guarda una conexión directa con los derechos constitucionales a la defensa y debido proceso, respectivamente. Empero, lo afirmado, no debe suponerse como restricción del derecho a la prueba, sino todo lo contrario, las garantías procesales que se derivan del derecho al debido proceso se configuran como elementos de validez de los medios de prueba, dotando de plena vigencia aquellas pruebas que, en resumidas cuentas, deben seguir su propio “debido proceso”.

Se debe tener presente que el rol del debido proceso, en lo relacionado al acceso a la administración de justicia es el de delimitar, mas no restringir el derecho a la producción de prueba. Este derecho de producción de prueba que como queda dicho, encuentra su protección constitucional mediante el principio de libertad de la prueba.<sup>28</sup>

Con estas precisiones, corresponde ahora abordar la libertad probatoria como garantía constitucional, misma que en virtud del principio de interdependencia de los contenidos axiológicos reconocidos en la Constitución de 2008, en los términos del art.

---

<sup>27</sup> Cfr. *Ibíd.*

<sup>28</sup> Talavera Elguera. *La prueba*, 32.

11, num. 6 de la CRE de 2008, está íntimamente relacionado con el derecho a la seguridad jurídica, que en el caso del Ecuador está consagrado en el art. 82 de la Carta Magna, que a la letra dice: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.<sup>29</sup> Este derecho constitucional constituye el pilar fundamental del ejercicio de la acción por parte de los justiciables; quienes acuden al órgano judicial en búsqueda de la tutela judicial efectiva de sus derechos subjetivos, sin la menor duda de que las reglas están predeterminadas, y solo hace falta que demuestren con sus pruebas el aserto de sus pretensiones.

Una garantía es “una institución de derecho público, de seguridad y de protección a favor del individuo, la sociedad o el Estado que dispone de medios que hacen efectivo el goce de los derechos subjetivos frente al peligro o riesgo de que sean desconocidos”.<sup>30</sup> Esta protección, está recogida en el texto constitucional ecuatoriano (art. 76, num. 4); y desarrollada en las leyes infra constitucionales como el COGEP. La garantía de libertad de la prueba, como garantía constitucional es “un medio jurídico-institucional que la propia ley señala para hacer posible la vigencia de los derechos y libertades reconocidos y otorgados”.<sup>31</sup>

Para Rafael Bielsa, citado por Jorge Machicado, una garantía “es un medio para poner en movimiento a la autoridad para que restablezca el derecho subjetivo cuando este ha sido vulnerado”;<sup>32</sup> y para conseguir dicho objetivo es necesario utilizar todos los medios de prueba de los que esté asistido para ponerlos a consideración de la autoridad judicial, quien deberá hacer un ejercicio de admisibilidad primero, y posterior valoración, en el marco del debido proceso, para tomar una decisión (sentencia) que ponga fin al litigio o controversia.

Para tener más claridad sobre las garantías en el sentido constitucional, vale la pena considerar el siguiente criterio expuesto por María Florencia Catanese cuando señala:

---

<sup>29</sup> CRE de 2008. Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

<sup>30</sup> Jorge Machicado, “¿Que es una Garantía?”, <[https://jorgemachicado.blogspot.com/2013/07/que-es-una-garantia\\_4536.html](https://jorgemachicado.blogspot.com/2013/07/que-es-una-garantia_4536.html)>, consulta: 3 de noviembre de 2017.

<sup>31</sup> *Ibíd.*

<sup>32</sup> *Ibíd.*

Las garantías constitucionales se definen como los medios o instrumentos que la Constitución Nacional pone a disposición de los habitantes para sostener y defender sus derechos frente a las autoridades, individuos o grupos sociales; mientras que las garantías procesales como “las instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos”.<sup>33</sup>

Entonces, dentro del derecho constitucional, la prueba se concibe como una garantía inherente a la persona, de aplicación directa, y justiciable mediante los distintos mecanismos jurisdiccionales previstos en el ordenamiento jurídico, sean estos ordinarios o constitucionales, así está recogida en nuestra Constitución (art. 76, num. 4, en concordancia con el art. 82); mientras que en el Derecho Procesal, la garantía jurisdiccional constituye el mecanismo de aplicación, para hacer efectivos los derechos subjetivos de las personas, quienes pueden incoar ante el órgano jurisdiccional con una acción contando con todos los medios de prueba de los que estén provistos, sin otra limitación que no sea aquella determinada en la misma Constitución y la ley (inciso final del art. 26 del COFJ<sup>34</sup>).

Por tanto, se denominan garantías constitucionales a los medios que la Constitución y demás normas prevén para proteger los derechos de las personas, pues su simple declaración, sin los correspondientes remedios previstos para el caso de violación, resultaría una utopía. Por tal consideración, se puede concluir que la libertad probatoria constituye una prerrogativa propia de las partes procesales reconocido a nivel constitucional facultándoles el aporte al proceso de todos aquellos instrumentos que dispongan y sean relevantes para el conocimiento de los hechos alegados dentro del proceso, ello con el objetivo de obtener un pronunciamiento judicial motivado y apegado con la realidad procesal.

---

<sup>33</sup> María Florencia Catanese, “Garantías constitucionales del proceso penal”, 1, <<http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/catanese.pdf>>, consulta: 2 de noviembre de 2017.

<sup>34</sup> Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), *Registro Oficial Suplemento*, No. 544, de 9 de marzo de 2009. Art. 26.- PRINCIPIO DE BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL.- En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la *litis*. La parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley.

Es importante señalar que la garantía de la libertad probatoria ha sido incorporada por la mayoría de los sistemas jurídicos iberoamericanos; así por ejemplo, en el Perú, el Tribunal Constitucional ha afirmado que una de las garantías que asiste a las partes en un proceso es la de presentar aquellos medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus enunciados fácticos son los correctos,<sup>35</sup> instituyéndose en uno de los principales componentes del derecho a la tutela procesal (judicial) efectiva requiriéndose su reconocimiento y protección a nivel constitucional.<sup>36</sup>

La Corte Constitucional de Colombia, en cambio, mediante la jurisprudencia constitucional, ha sido oportuna en desarrollar a la libertad probatoria como una de las garantías esenciales para el debido proceso, solamente delimitada proporcionalmente por parámetros objetivos y preexistentes, por ende, su restricción arbitraria y consecuente vulneración transgredirían las propias bases del macro derecho de la tutela judicial efectiva. Esto a su vez atentaría contra del reconocimiento convencional de las garantías esenciales del debido proceso, entre ellas las determinadas en los art. 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.<sup>37</sup>

Por otra parte, en el sistema procesal civil uruguayo, se garantiza la libertad probatoria, estableciendo únicamente que los medios de prueba que se pretendan hacer valer en juicio sean oportunamente adjuntados en los actos de proposición iniciales, los cuales podrían ser rechazados únicamente en audiencia y bajo criterios debidamente motivados.<sup>38</sup> Por ejemplo, en el art. 140<sup>39</sup> del COGEP se determina que las pruebas se

---

<sup>35</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia No. STC 6712-2005-HC/TC.

<sup>36</sup> En este esquema, una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo parece indicar que ello sería imposible. Solo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio.

<sup>37</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, “Art. 8.- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”. Art. 10 “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

<sup>38</sup> Cfr, *Ibíd.*

<sup>39</sup> Código General del Proceso, No. 15982, de 18 de octubre de 1988. Art. 140.- Valoración de la prueba.- Las pruebas se apreciarán tomando en cuenta cada una de las producidas y en su conjunto,

apreciarán en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo excepciones previstas en el propio código. Entonces, existe una libre apreciación de la prueba en donde el juez debe llegar a la convicción de la realidad de los hechos a fallar. Pues, por un lado, la actividad probatoria al ser una garantía integrante del debido proceso merece una protección de rango constitucional, surgiendo así el derecho al debido proceso como aquel: “conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia”;<sup>40</sup> y, dentro del cúmulo de garantías que organizan el debido funcionamiento de un proceso en general, es indispensable la existencia de una garantía que precautele el libre acceso a los medios de prueba en equitativas condiciones, evitándose privilegiar o priorizar una prueba sobre otra; y, por otro lado, la ley debe dar viabilidad para que el sistema procesal incorpore y valore las pruebas de acuerdo a las disposiciones constitucionales.

En el caso ecuatoriano, el COGEP está llamado a sistematizar el modelo procesal y concentrar en el debate de la prueba su apreciación, conforme lo manda la CRE, esto con el fin de evitar posibles restricciones no autorizadas y consecuentes vulneraciones a los derechos humanos consagrados, tanto en la Carta Magna como en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, de los cuales Ecuador es miembro; siendo este, el verdadero objeto central de este trabajo de investigación. Su objetivo es demostrar que a través del desarrollo de la garantía constitucional de la libertad probatoria, en el COGEP, particularmente a partir de ejercicios hermenéuticos errados en torno al anuncio de prueba en la demanda (art. 142, num.7 y 8 del COGEP), en la contestación a la demanda (art. 152 del COGEP); y en la reconvencción (art. 156 del COGEP), se podría atentar contra los derechos constitucionales de las partes procesales que acuden al órgano jurisdiccional, particularmente del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en su dimensión de acceso. Es por ello, que se hace necesario que se adopten medidas legales y por qué no, constitucionales o jurisprudenciales que permitan ejercer la libertad probatoria sin otra limitación que no sea la determinada en

---

racionalmente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa. El tribunal indicará, concretamente, cuáles medios de prueba fundan principalmente su decisión.

<sup>40</sup> Cfr. Hugo Hernando Bernal Vallejo, Sandra Milena Hernández Rodríguez, *El debido proceso disciplinario* (Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2001), 22.

la misma Constitución o en la Ley, y que se refiere a la prohibición expresa del modo en la obtención de los medios de prueba, excepción que será tratada en el desarrollo de este trabajo de investigación.

Los principios generales de la prueba judicial, al igual que todo principio, constituyen el cimiento de todo procedimiento; si ellos no son bien conocidos, la actividad desarrollada carecería de todo sustento y sería el resultado de una mecánica basada en la práctica tribunalicia, sin conocimiento alguno de lo que lleva a ese resultado, que si bien se encuentra plasmado en el derecho positivo vigente, el mismo tiene sus fundamentos en estos principios. En este trabajo se tratará de ahondar sobre los principios básicos del procedimiento probatorio, como son los principios de unidad, comunidad, contradicción, intermediación, oralidad, originalidad de la prueba, sobre el principio de la ineficacia de la prueba ilícita y el principio del favor probationes, los cuáles son considerados como esenciales en cuanto al ofrecimiento, admisibilidad, conducencia y valoración de la eficacia de las pruebas presentadas en el juicio. El tema será abordado, no solo en forma teórica, sino estableciendo la forma en que los mismos se traducen en el ordenamiento legal vigente, es decir, la manera en que ellos se encuentran impresos en las normas y en la jurisprudencia.

## **1.2. El principio de libertad probatoria vinculado a las garantías específicas del debido proceso y tutela judicial efectiva**

Como se dijo anteriormente, el principio de la libertad probatoria está vinculado estrecha y necesariamente con las garantías al debido proceso y la tutela judicial efectiva, consagradas en la CRE (art. 75 y 76), por lo que, en este subtema, se analizará esta unión constitucional y procesal, en el tiempo y en el espacio, para ello, se señala que, en el nuevo sistema constitucional ecuatoriano, el garantismo<sup>41</sup> se ha constituido en nuestro norte al momento de realizar la producción normativa infra constitucional, y el amplio catálogo de derechos, así como sus respectivas garantías, requieren un verdadero

---

<sup>41</sup> El garantismo es un sistema de pensamiento jurídico, desarrollado por Luigi Ferrajoli, en donde se representa, comprende, interpreta y explica el derecho. En el ámbito constitucional, enfoque al cual hace mención este trabajo, ha tenido importante influencia en la teoría del Estado constitucional y el neoconstitucionalismo, autores como Miguel Carbonell quien cita a Marina Gascón, quien afirma que esta teoría parte de las ideas de Locke y Montesquieu, para quienes el derecho debe concebirse como un sistema de garantías que límite el poder del Estado y tutele los derechos de los ciudadanos. Véase Miguel Carbonell. “¿Qué es el garantismo?”. <[http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu\\_es\\_el\\_garantismo\\_Una\\_nota\\_muy\\_breve.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu_es_el_garantismo_Una_nota_muy_breve.shtml)>, consulta: 1 de octubre de 2017.

compromiso por parte de los operadores de justicia en su debida aplicación y reparación frente a las posibles vulneraciones que se puedan cometer en contra de las mismas.

Por un lado, en el plano procesal la tutela judicial efectiva constituye una de las bases rectoras de la garantía constitucional de naturaleza compleja; y, por otro lado, el debido proceso es una herramienta eficaz encaminada a la protección de los derechos constitucionales, entre ellos la libertad probatoria, frente a una posible vulneración de los mismos o exceso de prerrogativas del poder público, que al no adoptar una adecuada interpretación legal de la norma constitucional puede caer en el error de aplicarla indebidamente, perjudicando así los intereses de los particulares y vulnerando el derecho y garantías del debido proceso, en cuanto a la facultad que tiene el ciudadano de hacer valer sus derechos a través de la acción y a su vez contradecirlos.

La CRE de 2008, en el art. 75 reconoce que:

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

De esta manera, se erige como un derecho macro que comporta un límite y una imposición al Estado en el ejercicio de sus facultades constitucionales, logrando reivindicar los derechos del ciudadano y evitando posibles vulneraciones en la aplicación de las garantías constitucionales. El derecho a la tutela judicial efectiva es, por tanto, aquel derecho por el cual, toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que por medio de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho, sobre las pretensiones propuestas; y para lograr este fin, el accionante, hará uso de la garantía a la libertad probatoria, en un proceso en el que las reglas están predeterminadas y que deberán ser respetadas tanto por el ciudadano como por el juez.

Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador en sentencia No. 021-13-SEP-CC ha señalado que:

El derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas tiene relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y la ley, hacer justicia. Por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia; el segundo con el desarrollo del proceso en estricto cumplimiento de la Constitución y la Ley y en un tiempo razonable; y el tercero en relación con la ejecución de la sentencia”.<sup>42</sup>

Lo transcrito nos permite visualizar el amplio contenido, así como la dimensión que posee la tutela judicial efectiva, al ser identificada como un derecho de contenido complejo que abarca al debido proceso. En el derecho constitucional, la tutela judicial efectiva se constituye en un límite y vínculo para los servidores públicos e incluso para los particulares. Siendo así, la vulneración a este derecho trae como consecuencia que las personas puedan acudir a los mecanismos jurisdiccionales ordinarios o constitucionales que prevé el ordenamiento jurídico. Por su parte, el debido proceso se ha configurado como parte integrante de la tutela judicial efectiva, sobre la cual se nutre y se refuerza frente a eventuales vulneraciones a sus garantías; por tanto, la actividad probatoria al ser una garantía integrante del debido proceso merece una protección de rango constitucional.

De esta manera, surge el derecho al debido proceso como el “conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia”;<sup>43</sup> y dentro del cúmulo de garantías que organizan el debido funcionamiento de un proceso en general es indispensable la existencia de una garantía que precautele el libre acceso a los medios de prueba en equitativas condiciones evitando privilegiar o priorizar una prueba sobre otra. Por otro lado, la ley debe dar viabilidad para que el sistema procesal incorpore y valore las pruebas de acuerdo a las disposiciones constitucionales; así, por ejemplo, el COGEP, está llamado a sistematizar el modelo procesal y concentrar en el debate de la prueba su apreciación.

En torno a este tema, las legislaciones de los países vecinos han desarrollado históricamente su normativa legal. Por ejemplo, en el caso de Colombia, la libertad

---

<sup>42</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 021-13-SEP-CC, de 4 de junio de 2013. No. 0960-10-EP. [http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2013/021-13-SEP-CC/REL\\_SENTENCIA\\_021-13-SEP-CC.pdf](http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2013/021-13-SEP-CC/REL_SENTENCIA_021-13-SEP-CC.pdf), consulta: 1 de octubre de 2017. *RO* primer suplemento, No. 154, de 3 de enero de 2014.

<sup>43</sup> Cfr. Bernal Vallejo y Hernández Rodríguez, *El debido proceso*, 22.

probatoria en el régimen procesal civil abandonó el sistema de tarifa legal desde 1971 y se adhirió al principio de la evaluación o apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica. Los art. 37, num. 4,<sup>44</sup> 167,<sup>45</sup> 175,<sup>46</sup> y 187<sup>47</sup> del Código de Procedimiento Civil colombiano, determinan que, en aquel ordenamiento jurídico existe libertad probatoria, lo que debe entenderse como la autorización para demostrar los hechos con cualquier medio de prueba; por tanto, no existe prueba tazada y existe libre valoración de la prueba para que sea examinada en conjunto.

Con la adopción de los principios de la libertad probatoria se dio facultades para que el juez realice una valoración crítica de la prueba, superando la prevalencia de las apariencias formales sobre la verdad. En el actual sistema probatorio, el juez y las partes disponen de “amplia libertad para asegurar que en las decisiones judiciales impere el derecho sustancial, la verdad real y la justicia material”.<sup>48</sup>

De lo dicho, se concluye que, en el derecho comparado, la libertad probatoria ha logrado una mayor trascendencia, debido en gran parte, a la adopción del sistema oral por audiencias lo que ha posibilitado la incidencia de garantías procesales tales como la inmediación, celeridad, defensa y debido proceso, esto se corrobora con la introducción del sistema oral en el Uruguay, el cual se produjo a partir de 1974 tanto en las ramas penales, civiles, laborales y de niñez, constituyéndose en un referente de la oralidad en

---

<sup>44</sup> Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC). Decreto 1400 de 1970. Art. 37.- “Deberes del juez. Son deberes del juez: 4.- Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias”.

<sup>45</sup> CPC. Decreto 1400 de 1970. Art. 167.- “Terminación del amparo.- A solicitud de parte, en cualquier estado del proceso podrá declararse terminado el amparo de pobreza, si se prueba que han cesado los motivos para su concesión. A la misma se acompañarán las pruebas correspondientes, y será resuelta previo traslado de tres días a la parte contraria, dentro de los cuales podrá esta presentar y pedir pruebas; el juez practicará las pruebas que considere necesarias dentro de los diez días siguientes. En caso de que la solicitud no prospere, al peticionario y a su apoderado se les impondrá sendas multas de uno a dos salarios mínimos mensuales”.

<sup>46</sup> CPC. Decreto 1400 de 1970. Art. 175.- “Medios de prueba.- Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio”.

<sup>47</sup> CPC. Decreto 1400 de 1970. Art. 187.- “Apreciación de las pruebas.- Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”.

<sup>48</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1066/07. Acción de tutela contra providencias judiciales.

la región, logrando que países como Chile y Ecuador hayan utilizado sus experiencias para realizar las reformas procesales introducidas en sus sistemas jurídicos nacionales.

En el caso ecuatoriano, el Estado no ha sido ajeno a tales reformas procesales acontecidas durante mediados del siglo XX, y que han cobrado plena vigencia en los inicios del presente siglo; siendo como se ha dicho, las experiencias uruguaya y colombiana las que han permitido dar luces respecto de la implementación del nuevo sistema oral por audiencias y su conexión con la tutela judicial efectiva. Teniendo en cuenta este antecedente, es procedente señalar que el principio de libertad probatoria, abarca un conjunto de derechos conectados a la verdad de los presupuestos fácticos que se pretenden demostrar, siendo aplicables todos estos durante la tramitación del proceso siendo facultativo a las partes procesales la introducción de elementos favorables exclusivamente a los hechos del interés material que se persigue.

Bajo esta perspectiva, el derecho al debido proceso, así como la tutela judicial efectiva se convierten, en los límites que configuran y condicionan la actividad probatoria dentro del proceso. En el sistema constitucional ecuatoriano, el debido proceso ha sido dispuesto como el límite del ejercicio al derecho a probar. En este sentido el derecho al debido proceso permite que la prueba sea producida bajo los cauces legales y constitucionales, precautelando el respeto de otros derechos constitucionales de igual jerarquía y dimensión de la libertad probatoria, dando cumplimiento de esta manera a la tutela judicial efectiva.

### **1.3. La aplicación de los principios procesales de libertad probatoria**

La libertad de prueba se vincula estrechamente, con la plena garantía a favor de las partes procesales para acceder libremente a la prueba, así como para la oposición o contradicción de los medios de prueba aportados por la contraparte. Se entiende por libertad de prueba aquella posibilidad reconocida a favor de las partes procesales para poder acceder a la misma, así como tomar parte en la actividad probatoria, llamado también principio de libertad en la utilización de medios. El principio de libertad probatoria tiene que ver con la valoración de la prueba, al respecto Gabriel Valentín, considera que es la evaluación del valor de convicción aportado por los medios de

prueba. En otras palabras, se constituye en la actividad por la cual si los hechos que integran el objeto de la prueba existen o no existen.<sup>49</sup>

Para Erik Pérez Sarmiento, la libertad probatoria se manifiesta “ya sea asistiendo a los actos o participando decisivamente en ellos, proponiendo contraprueba, oponiéndose a la admisibilidad de la prueba de la contraparte, o aduciendo su ilegalidad o la nulidad de los actos de donde proviene”.<sup>50</sup> Las partes son libres para escoger las pruebas que deseen aportar en el proceso, establecer los expertos o peritos, la exposición de ciertos hechos, la presentación de testigos, la exhibición de documentos, la presentación de medios telemáticos, digitales o filmaciones; y también mediante prueba preconstituida.<sup>51</sup>

En el Ecuador, el Código de Procedimiento Civil<sup>52</sup> (en adelante, CPC), reconocía implícitamente el principio de la libertad de prueba en su art. 120,<sup>53</sup> el cual señalaba que las pruebas son públicas y las partes tienen el derecho de concurrir a su actuación. Así, el legislador reconoció a favor de las partes, el derecho de producir prueba para demostrar sus alegaciones en el proceso. Por su parte, el art. 121<sup>54</sup> del CPC diseñó los parámetros sobre los cuales versaría la prueba. Si bien, la legislación no reconoció la libertad de prueba absoluta, por lo menos existía un debate en torno a ella.

En la actualidad, el COGEP recoge la actividad probatoria en el proceso y así señala que esta se rige por el principio dispositivo, por medio del cual todo proceso

---

<sup>49</sup> Gabriel Valentin. “La prueba y la sentencia: Algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba”. *Revista de Derecho*. Segunda época, año 9. No. 10 (diciembre de 2014): 253. <<https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/articulo/download/743/733>>.

<sup>50</sup> Eric Pérez Sarmiento, *La prueba en el proceso penal acusatorio* (Caracas: Vadell Hermanos edit., 2003), <<http://www.urbe.edu/UDWLibrary/InfoBook.do?id=10095>>, consulta: 14 de mayo de 2017.

<sup>51</sup> Cfr., *Ibíd.*

<sup>52</sup> CPC. ROS, No. 58 de 12 de julio de 2005.

<sup>53</sup> CPC. ROS, No.58 de 12 de julio de 2005. Art. 120.- Toda prueba es pública, y las partes tienen derecho de concurrir a su actuación.

<sup>54</sup> CPC. ROS, No. 58 de 12 de julio de 2005. Art. 121.- “Las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes. Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presente deberá suministrar al juzgado en el día y hora señalados por el juez, los aparatos o elementos necesarios para que se pueda apreciar el valor de los registros y reproducir los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos. Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema.

inicia con demanda, así el art. 141<sup>55</sup> importa una innovación al código procesal anterior, inclinándose por el anuncio de prueba en la demanda, en la contestación a la demanda y en la reconvencción. (art. 142, num. 7; art. 152; art. 159 del COGEP). De lo expuesto, se desprende que para obtener la verdad concreta de la pretensión, es necesario utilizar todos los medios de prueba admisibles, cuya única restricción se base en disposiciones constitucionales o legales para no caer en este yerro. Al momento de anunciar la prueba, y luego practicarla, se deben tomar en cuenta los principios de pertinencia, conducencia, utilidad, y legitimidad, en virtud de los cuales, la prueba debe demostrar la relación entre los hechos que se quieren justificar con la pretensión; la relevancia de la que se debe revestir dicha prueba, sin la cual no se lograría el objetivo final; y a su vez, no debe ser inútil; y debe estar sujeta a la forma lícita y legal de obtenerla, es decir que cumpla con las exigencias constitucionales y legales.

Consecuentemente, la libertad de las partes en la producción y promoción de la prueba no es del todo ilimitada, existe unanimidad por parte de la doctrina y la jurisprudencia en reconocer que la libertad de prueba posee límites constitucionales y legales; razonables y objetivos, entre los que se destacan: a) la licitud de la obtención de la fuente de prueba; b) la idoneidad, conducencia y pertenencia de los medios de prueba; c) la utilidad de la prueba; y d) los derechos constitucionales. Cabe resaltar que la presente investigación no pretende cuestionar la imposición de límites a la actividad probatoria, no obstante, si busca resaltar criterios o filtros racionales, proporcionales y razonables.

Al respecto, expresa Devis Echandía, que este principio tiene dos aspectos, a saber: “libertad de medios y libertad de objeto”. El primero se refiere a que no debe haber limitación legal acerca de los medios probatorios admisibles, dejando al juez facultad para la calificación de su pertinencia probatoria; el segundo se refiere a que puede probarse todo hecho que tenga relación con el proceso y que las partes puedan intervenir en la práctica. No se debe limitar la actividad probatoria en forma absurda y ocurrente, porque de alguna manera sería atentar contra el derecho de defensa. El tratadista Florian, citado por Devis Echandía, afirma que la averiguación de la verdad

---

<sup>55</sup> COGEP. *ROS*, No. 506 de 22 de mayo de 2015. Art. 141.- “Inicio del proceso. Todo proceso comienza con la presentación de la demanda a la que podrán precederle las diligencias preparatorias reguladas en este Código”.

debe desarrollarse sin obstáculos preestablecidos y artificiales. Parra Quijano, ha sostenido en una tesis apoyada por Rivera Morales, que se debe “defender la libertad de medios de prueba, pero esto no significa de ninguna manera que se puedan violar los derechos constitucionalmente garantizados”.

Así, Devis Echandía sostiene que “para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, en forma que se ajuste a la realidad, es indispensable otorgar libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las que sean pertinentes, con la única limitación de aquellas que por razones de moralidad versen sobre hechos que la ley no permite investigar, o que resulten inútiles por existir presunción legal que las hace innecesarias (en cuanto se persiga con ellas probar lo presumido; no cuando se intenta desvirtuar la presunción, a menos que en el último caso sea de derecho) o sean claramente impertinentes o inidóneas o aparezcan ilícitas por otro motivo”.<sup>56</sup>

A manera de ejemplo, trataremos lo que significa la conducencia, como elemento valorativo de la prueba aportada, así, para Parra Quijano la conducencia consiste en:

la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho. Es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de que, con la comparación que se haga se pueda saber si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de este medio probatorio.<sup>57</sup>

Es decir, la conducencia consiste en la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho. En otras palabras, la conducencia se refiere a la aptitud legal o jurídica de la prueba para convencer al juez respecto de los hechos que se refiere, teniendo como fin el evitar un gasto inútil de tiempo y trabajo; de allí que la conducencia se asocia íntima y necesariamente con la pertinencia por cuanto toda la producción probatoria debe encaminarse a demostrar los hechos expuestos al juez con el objeto de ratificar lo ya alegado o generar dudas en las exposiciones de la otra parte

---

<sup>56</sup> Devis Echandía. *Teoría general*, 131.

<sup>57</sup> Cfr. *Ibíd.*

procesal, es decir, la pertinencia significa que la prueba debe guardar conexión con los hechos litigiosos que se pretenden probar.<sup>58</sup>

La conducencia de la prueba implica la aptitud o idoneidad de un medio probatorio para demostrar legalmente la existencia de un hecho, mediante la generación de aquellos mecanismos debidamente dispuestos en la ley. Así, se constituye en un filtro del derecho por cuanto pretende revisar si la prueba ha cumplido o no con las exigencias legales.<sup>59</sup> Así por ejemplo, el COGEP recoge este principio en el art. 161 que a la letra dice: “La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso. La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos”.<sup>60</sup> La pertinencia hace relación con la necesidad de vinculación entre el medio de prueba propuesto y los hechos objeto del litigio.

Una vez determinada la conducencia de la prueba es necesario analizar la utilidad de la misma, para lo cual, se debe manifestar que, al tener como finalidad primordial la búsqueda de la verdad conforme a cada posición procesal, las pruebas deben guardar relación con aquellos hechos expuestos, en consecuencia, una prueba es inútil si tiende a enfocarse sobre hechos no discutidos por las partes, hechos notorios, o cuando en definitiva: sobra, no es idónea, es redundante o absolutamente innecesaria.<sup>61</sup>

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que una prueba es manifiestamente impertinente cuando esta no conduzca a establecer la verdad de los hechos materia del proceso.<sup>62</sup> Entonces, la pertinencia en la producción probatoria está ligada a la provisión de argumentos racionales, fundamentados en los hechos alegados en el proceso.

---

<sup>58</sup> Paradalaw, “Admisibilidad, pertinencia y utilidad de prueba”, <<https://paradalaw.wordpress.com/2012/07/18/admisibilidad-pertinencia-y-utilidad-de-prueba-2/>>, consulta: 4 de enero de 2017.

<sup>59</sup> Cfr. Juliana Pérez Restrepo, “El derecho constitucional a la prueba judicial”, <[http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/3364/1/PerezRestrepoJuliana\\_2015\\_DerechoConstitucionalPruebaJudicial.pdf](http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/3364/1/PerezRestrepoJuliana_2015_DerechoConstitucionalPruebaJudicial.pdf)>, consulta: 22 de marzo de 2017.

<sup>60</sup> COGEP, art. 161. *ROS*, No. 506, de 22 de mayo de 2015.

<sup>61</sup> Jairo Parra Quijano, *Manual de derecho probatorio*, 15a. ed. (Bogotá: Librería Edic. del Profesional, 2006), 134.

<sup>62</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-393/94”, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-393-94.htm>>, consulta: 22 de marzo de 2017.

Como se puede corroborar, el principio de libertad probatoria se encamina mediante filtros procesales, legales y constitucionales que se entrelazan con los hechos expuestos por las partes procesales, así como la defensa de los derechos constitucionales. De manera expresa, nuestra legislación reconoce el principio de libertad probatoria, así como sus límites, en el art. 454 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) que textualmente dice:

El anuncio y práctica de la prueba se regirá por los siguientes principios: 4. Libertad probatoria.- Todos los hechos y circunstancias pertinentes al caso, se podrán probar por cualquier medio que no sea contrario a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y demás normas jurídicas.<sup>63</sup>

Al respecto, la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado en el siguiente sentido, al referirse al principio de libertad de prueba y así ha manifestado: “pueden presentarse otros medios de prueba que aporten al conocimiento y esclarecimiento de los hechos que serán valorados por el tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.<sup>64</sup> Así, se identifica que, la valoración probatoria libre, es un criterio recurrente que aún no ha sido expuesto como un precedente judicial.

En definitiva, en nuestro sistema procesal, el principio de libertad probatoria está claramente reconocido como una garantía del derecho constitucional del debido proceso y del derecho a la defensa, estableciéndose parámetros objetivos, razonables y motivados respecto de los cuales la legitimidad, pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba conforman sus límites naturales.

#### **1.4. La libertad probatoria y el derecho a la defensa en la Constitución**

Se ha dicho que la libertad probatoria constituye un principio, un derecho y una verdadera garantía constitucional; que está inmersa en las garantías de la tutela judicial

---

<sup>63</sup> Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP).

<sup>64</sup> Cfr. Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial, año CXIII, serie XVIII, No. 13, pág. 5211.

efectiva y desarrollada procesalmente en la garantía del derecho al debido proceso; para lo cual, las partes deben observar los principios de legitimidad, legalidad, utilidad, pertinencia y conducencia; es preciso entonces, realizar el estudio de la libertad probatoria frente al derecho a la defensa, garantía que también está consagrada en la CRE de 2008 en el art. 76, num. 7, lit. a), b), c), d) y h).<sup>65</sup>

En ese sentido, y continuando con el estudio de la investigación, el derecho a la defensa como finalidad primordial de la adecuada aplicación del derecho al debido proceso se concatena inexorablemente con el principio de libertad de prueba, el cual, a partir de la promulgación del COGEP aparentemente ha venido siendo progresivamente limitado por parte de los operadores de justicia con ocasión de la calificación de la demanda; generándose una especie de filtro previo que no corresponde con las necesidades procesales; y que, en definitiva, podrían vulnerar otras garantías como la de la tutela judicial efectiva y la del debido proceso. Pues, al no calificar el anuncio de prueba en los actos de proposición por parte del juez a quo, provocan indefectiblemente violación a la tutela judicial efectiva, es decir se vulnera el derecho del acceso al órgano judicial para hacer valer sus derechos; y, más aun, cuando esta providencia no es de aquellas que pueden ser recurridas, por expresa disposición legal (Art. 250 del COGEP).

El derecho a la defensa se encuentra tutelado al amparo de lo previsto en el art. 76, num. 7<sup>66</sup> del texto constitucional. Desde su dimensión como garantía del debido

---

<sup>65</sup> CRE, RO, No. 449, de 20 de octubre de 2008. Art. 66.

<sup>66</sup> CRE, art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. e) Nadie podrá ser interrogado, ni aun con fines de investigación por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público ni fuera de los recintos autorizados para el efecto. f) Ser asistido gratuitamente por un traductor o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento. g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor. h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto. j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo. k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de

proceso a nivel probatorio, se exige la oportunidad para las partes de presentar pruebas de cargo y descargo, así como la práctica libre de las pruebas que se crean asistidas, es decir, el derecho a la defensa garantiza que las partes, no sean privadas de los instrumentos adecuados para proclamar y hacer respetar sus derechos. Dentro de un proceso, el derecho a la defensa busca equilibrar las facultades de los sujetos procesales, permitiendo la aportación de medios de prueba que afiancen su condición e impugnen las decisiones judiciales que le sean contrarias para acceder a una eficaz administración de justicia.

En torno al tema, el Tribunal Constitucional español<sup>67</sup> ha considerado que la Constitución española no dibuja una específica función judicial respecto de la calificación y subsunción de los hechos probados en las normas ni potestad del tribunal evaluar la actividad probatoria; sin embargo, la actividad probatoria debe practicarse con garantías a su adecuada valoración y con el fin de preservar el derecho de defensa. Así también, el órgano jurisdiccional está llamado a constatar el relato de los hechos a partir de la actividad probatoria, mediando entre la actividad probatoria y el relato fáctico resultante.<sup>68</sup>

En el ámbito latinoamericano, el Tribunal Constitucional del Perú, por ejemplo, ha afirmado que una de las garantías que asiste a las partes en un proceso es la de presentar aquellos medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus enunciados fácticos son los correctos,<sup>69</sup> instituyéndose en uno de los principales componentes del derecho a la tutela procesal (judicial) efectiva requiriéndose su reconocimiento y protección a nivel constitucional.<sup>70</sup>

---

excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto. l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

<sup>67</sup> Ver sentencias del Tribunal Constitucional español: STC 31/1981 y STC 189/1998.

<sup>68</sup> Juan Antonio Rosas Castañeda, “Algunas consideraciones sobre la teoría de la prueba indiciaria en el proceso penal y los derechos fundamentales del imputado”, <[https://porticolegal.expansion.com/pa\\_articulo.php?ref=285](https://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=285)>, consulta: 2 de octubre de 2017.

<sup>69</sup> Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia del Tribunal Constitucional No. STC 6712-2005-HC/TC.

<sup>70</sup> Resolución de la Corte Constitucional 7, Registro Oficial Suplemento 572 de 10 de Noviembre del 2011. Quito, D. M., 18 de agosto del 2011 SENTENCIA No. 007-11-SEP-CC-CASO No. 0372-09-EP- LA CORTE CONSTITUCIONAL para el período de transición: “(...)Carlos Bernal Pulido,

A su vez, la jurisprudencia constitucional colombiana ha sido oportuna en desarrollar a la libertad probatoria como una de las garantías esenciales para el debido proceso, solamente delimitada por parámetros objetivos y preexistentes, por ende, su vulneración transgrediría las propias bases del macro derecho de la tutela judicial efectiva, entre las que se puede contar a la prueba ilícita como antítesis al principio de libertad probatoria. La Corte Constitucional colombiana ha estimado que de la propia Constitución Política se establece que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho, mandato que ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia, considerando que cuando esté comprometida esta garantía constitucional, la prueba es ilícita y además cuando se trate de cualquier derecho fundamental consagrado en la Constitución.<sup>71</sup>

En el caso de estudio, si bien en un inicio enfoca su atención en relación con el derecho a la defensa, prosigue, lógicamente su análisis en torno a la libertad de prueba recogiendo como suyo el postulado esgrimido por la Corte Constitucional de Colombia, la cual, después de un debate constitucional, concluye que al no permitir evacuar las pruebas oportunas, o la creación de obstáculos que dificulten la actividad probatoria sitúa a la parte procesal afectada en un verdadero estado de indefensión, la cual merece un resarcimiento inmediato.

Sin embargo, como se ha advertido a lo largo de este trabajo, este derecho no es del todo absoluto, en el sentido de que existen ciertos filtros en relación con la naturaleza del proceso que deben ser aplicados al momento de la producción probatoria y cuyo control se le conmina esencialmente al juez. La libertad probatoria pretende convertirse en un mecanismo de protección frente a la imposición de cualquier obstáculo innecesario tanto por la ley procesal, así como por el encargado de la conducción del proceso: el juez.

En este escenario, es al juez a quien le corresponde realizar, dentro de la fase procesal respectiva la evaluación de la prueba aportada por las partes, quienes

---

siguiendo la jurisprudencia constitucional colombiana, define las dos dimensiones del derecho al debido proceso. En primer lugar, se trata de un derecho que "protege las facultades del individuo para participar en los procedimientos del Estado constitucional democrático y el ejercicio dentro del marco de dichos procedimientos de las facultades de hacer argumentaciones, afirmaciones, aportar pruebas, y las capacidades de rebatir los argumentos de los demás y de auto criticarse". Por otro

<sup>71</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-916/08.

ejerciendo su derecho a la legítima defensa y dentro del debido proceso deben aportar los medios probatorios pertinentes a fin de que el juzgador los valore atendiendo a los criterios de: i) la racionalidad de la prueba, ii) la legalidad y legitimidad de su obtención, y iii) los principios de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba que se pretende actuar en juicio; y, es aquí en donde radica la importancia de esta investigación, pues los operadores de justicia, estarían realizando una valoración del anuncio de prueba, sin considerar que tal filtro no existe ni en la Constitución, ni en la ley, y que más bien, se trata de una indeterminación en la norma, o una errónea interpretación de parte de los operadores de justicia, lo que hace que apliquen de una manera indebida la norma legal dispuesta en el COGEP.

## **CAPÍTULO DOS**

### **LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA**

#### **EN EL SISTEMA ORAL: ¿LÍMITE O RESTRICCIÓN?**

##### **2.1. LA OPORTUNIDAD DE LA PRUEBA Y LA LIBERTAD PROBATORIA DE ACUERDO AL COGEP**

En el primer capítulo se abordó el tema de la libertad probatoria como garantía constitucional, y se dijo que esta ha sido desarrollada en el contexto del derecho procesal ecuatoriano para que los ciudadanos puedan hacer efectivo el goce de tal garantía. En consecuencia con ello, en el presente capítulo se analizará la forma en la que se ha plasmado la intención del legislador al expedir el COGEP, cuerpo legal que recoge el avance del derecho adjetivo en la región iberoamericana, logrando poner en vigencia la disposición del art. 168, num. 6 de la CRE que prevé la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancia, etapas y diligencias mediante el sistema oral a la luz de los principios de concentración, contradicción y dispositivo.<sup>72</sup>

Por lo dicho, en el COGEP se encuentra desarrollada la garantía constitucional de la libertad probatoria, y es en este que se establece cómo se debe ejercitar el anuncio de los medios prueba, cuándo se debe practicar la prueba; y cuándo no se debe hacer tal ejercicio probatorio por expresa disposición legal. El art. 142, num. 7 del COGEP, nos ilustra respecto a la oportunidad del anuncio de prueba cuando determina:

La demanda se presentará por escrito y contendrá: “[...] 7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.”<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> CRE de 2008, art. 168: “La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: [...] 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

<sup>73</sup> COGEP, art. 142, num. 7.

Asimismo, el art. 152, al referirse a la contestación a la demanda, señala:

Anuncio de la prueba en la contestación. La parte demandada al contestar la demanda deberá anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando toda la información que sea necesaria para su actuación. A este efecto, se acompañará la nómina de testigos, indicando los hechos sobre los cuales deberán declarar, y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otros similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, indicando con precisión el lugar en que se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.<sup>74</sup>

Por su parte, el art. 154, inc. 2do. del COGEP, al referirse a la reconvencción y con relación a la oportunidad del anuncio de los medios de prueba, establece que: “Serán aplicables a la reconvencción, en lo pertinente, las reglas previstas para la demanda”.<sup>75</sup> A menester señala que, en el inciso segundo del art. 159, se dispone lo que no se debe hacer, bajo prevención de sanción, en caso de no ser considerada como prueba; así el texto del referido inciso señala: “La prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este código”.<sup>76</sup>

Ahora bien, para autores como Michel Taruffo el anuncio de la prueba consiste en que “cada una de las partes tiene la posibilidad de saber de antemano si él o su adversario tiene la carga de probar un hecho concreto de la causa y, por tanto, de predecir quién enfrentará las consecuencias de la falta de prueba de cada hecho. En consecuencia, cada parte tiene un fuerte interés en presentar cualquier medio de prueba que esté a su disposición, con el fin de maximizar sus posibilidades de probar “sus” hechos, y por tanto de ganar eventualmente el proceso. Por decirlo así, corresponde a cada parte jugar el juego de una secuencia como la siguiente: alegación de los hechos-práctica de la prueba-prueba de los hechos-victoria final”.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> Ibíd., art. 152.

<sup>75</sup> Ibíd., art. 154, inc. 2do.

<sup>76</sup> Ibíd., art. 159, inc. 2do.

<sup>77</sup> Michele Taruffo, *Páginas sobre justicia civil*, trad. por Maximiliano Aramburo Calle (Barcelona: Marcial Pons, 2009), 354.

Este es un criterio con el cual coincide el espíritu del legislador ecuatoriano, al normar “el anuncio de los medios de prueba” en el COGEP.

De lo dicho se concluye, que al anunciar la prueba en la forma prevista en el COGEP, lo que se procura es poner en conocimiento de la contraparte, los medios de prueba que harán valer en juicio el accionante, a fin de que la parte accionada pueda ejercer un verdadero derecho a la defensa, al proporcionar los justificativos con los que demostrará sus aseveraciones y contradecir las del oponente, sin limitación alguna, salvo las excepciones previstas en la misma ley, poniendo así, en vigencia el principio de publicidad. Es tan trascendente este anuncio de prueba que el mismo COGEP ha establecido una limitación, la cual está prevista en el inciso segundo del art. 159, disposición que activa el principio de preclusión.

Así, la restricción impuesta por la Ley Procesal en relación al principio de preclusión guarda su lógica en el sentido de dotar al proceso de etapas o eslabones adecuadamente organizados, generando así a las partes procesales seguridad jurídica y confianza en el ordenamiento jurídico, al poder conocer de antemano cuales son los escenarios procesales en los cuales se desarrollará el objeto de la *Litis*. Igualmente reafirma el principio de igualdad de las partes en el proceso, evitando pruebas ocultas, o que las partes sean sorprendidas con medios probatorios de último momento, o que el juez dilate innecesariamente el proceso mediante aquellas pruebas para mejor resolver tal como ocurría en el anterior sistema procesal escrito.

Un claro ejemplo de lo dicho, son aquellas pruebas a las que podía acceder el juez, a través de la mal llamada frase: “para mejor resolver”; que no era otra cosa que, pruebas que se podían ordenar de oficio, y que estaban previstas, en materia contencioso administrativa y tributaria en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en el art. 40,<sup>78</sup> en donde se regulaba la posibilidad de disponer de oficio y antes de dictar sentencia de la práctica de pruebas, o aquellas determinadas en el art. 118 del derogado Código de Procedimiento Civil, según el cual, se establecía que:

---

<sup>78</sup> Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, RO, No. 338, de 18 de marzo de 1968. art. 40.- El tribunal podrá también disponer, de oficio y antes de sentencia, la práctica de las pruebas que estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto controvertido.

Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Excepcionalmente la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero sí podrá el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiese declarado legalmente. Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa.<sup>79</sup>

Más, como contraparte de lo aseverado, el COGEP, en el art. 294, num. 17, lit. b),<sup>80</sup> determina que las pruebas de oficio o pruebas para mejor resolver deben ser determinadas en un momento procesal oportuno: la audiencia preliminar. Por tanto, ha quedado plenamente demostrado que, la oportunidad de prueba se encuentra íntimamente ligada con el principio de preclusión de los actos procesales, sometiendo, inclusive al juez a ordenar la práctica de prueba que estime necesaria al momento de la audiencia preliminar, en el caso de los juicios ordinarios, en los que procesalmente hay dos audiencias; y, en los casos de los juicios en los cuales hay una sola audiencia, el momento procesal, es la primera fase de la audiencia única; por lo tanto, la oportunidad de prueba, como queda expuesto, es un acto procesal específico dentro del proceso, en el cual las partes se encuentran en la obligación de anunciar u ofrecer los elementos de pruebas de las que se valdrán para demostrar sus aseveraciones; pues si las partes procesales no ofrecen los medios de prueba en tiempo oportuno, pagarán su omisión, quedando impedidos de brindar pruebas en otro momento procesal; salvo aquella excepción legal, de la prueba nueva, la que necesariamente debe cumplir con ciertos requisitos previamente establecidos, conforme lo prevé el art. 166 del COGEP.<sup>81</sup>

Acorde a lo dicho, la oportunidad de la prueba –según el COGEP– es cuando se realizan los actos de proposición, y se anuncian u ofrecen los medios de prueba, esto es con la presentación de la demanda, con la contestación a la demanda, con la reconvencción y con la contestación a la reconvencción, tal y como lo establece el art. 159

---

<sup>79</sup> Código de Procedimiento Civil. Decreto 1400 de 1970. Art. 118.

<sup>80</sup> COGEP, art. 159, inc. 2do, art. 294.- La audiencia preliminar se desarrollará conforme con las siguientes reglas: [...] 7. Concluida la primera intervención de las partes, si no hay vicios de procedimiento que afecten la validez procesal, continuará la audiencia, para lo cual las partes deberán: [...] b) La o el juzgador podrá ordenar la práctica de prueba de oficio, en los casos previstos en este Código.

<sup>81</sup> *Ibíd.*, art. 166.- Prueba nueva. Se podrá solicitar prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio, siempre que se acredite que no fue de conocimiento de la parte a la que beneficia o que, habiéndola conocido, no pudo disponer de la misma. La o el juzgador podrá aceptar o no la solicitud de acuerdo con su sana crítica.

del COGEP;<sup>82</sup> indicándose que aquella prueba que no sea anunciada dentro de los actos de proposición no podrá ser tomada en consideración al momento de la práctica de prueba dentro de la respectiva audiencia de juicio. Es preciso señalar que, la oportunidad del anuncio de prueba es obligatoria, únicamente en el momento procesal determinado en la ley, en el que las partes pueden proponer el acervo probatorio pertinente y conducente a la comprobación de los hechos expuestos en sus pretensiones.

Para Francisco Carnelutti, citado por Juan Carlos Malagarriga, la prueba entendida como una “operación de la cual dependen en gran parte el costo y el rendimiento del proceso”,<sup>83</sup> ha concebido en la ley procesal un momento específico para el ofrecimiento o promesa de prueba, por lo que se estima sin lugar a dudas que, la oportunidad de prueba, guarda una estrecha relación con el principio de preclusión, por medio del cual se reconoce que la actividad procesal debe responder a ciertas etapas no retroactivas que conducen adecuadamente el desarrollo del debate procesal.

Para Giuseppe Chiovenda, citado por José Becerra Bautista, la preclusión es la pérdida, extinción o caducidad de una facultad procesal que se produce por las siguientes causas:

al no haberse observado el orden señalado por la ley para su ejercicio, como los términos perentorios o la sucesión legal de las actuaciones o de las excepciones; b) por haberse realizado un acto incompatible con el ejercicio de la facultad, como la proposición de una excepción incompatible con otra, o la realización de un acto incompatible con la intención de impugnar una sentencia; c) o de haberse ejercitado ya una vez válidamente la facultad (consumación propiamente dicha).<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Ibíd., art. 159.- Oportunidad. La prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue posible se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, salvo disposición en contrario. La prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este Código. Todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar a la o al juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas de este Código. La práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio. Para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley.

<sup>83</sup> Juan Carlos Malagarriga, “El ofrecimiento de prueba”, <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/8/el-ofrecimiento-de-prueba.pdf>>, consulta: 25 de marzo de 2017.

<sup>84</sup> José Becerra Bautista, “Preclusión, caducidad y prescripción”, <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/643/9.pdf>>, consulta: 25 de marzo de 2017.

Por lo referido, se evidencia que en el COGEP se encuentra determinado con total claridad el momento procesal oportuno para que las partes ejerciten la garantía constitucional de libertad probatoria al ofertar los medios probatorios, es decir con la demanda, con la contestación a la demanda, con la reconvención y con la contestación a la reconvención; corresponde entonces, señalar cuáles son los medios de prueba, con los que los litigantes deben comparecer a juicio, pudiendo señalar en ese sentido que el COGEP, se guía por el principio de la libertad probatoria, por medio del cual, las partes gozan de plena libertad en la producción y promoción de la prueba; con las únicas restricciones constitucionales y legales señaladas, como ya se indicó en el capítulo anterior y que según la doctrina, tienen que ver con la forma y el fondo; la primera que –según GORPHE– citado por Devis Echandía se refiere a:

la forma o procedimiento de obtenerlas que incluye su admisibilidad, su oportunidad, sus requisitos y su práctica; (y) el fondo que proporciona los principios para la valoración de los distintos medios aportados al proceso y que constituye una verdadera ciencia de la prueba, independientemente de las reglas de procedimiento.<sup>85</sup>

La doctrina ha llegado a sostener que por medio de la libertad de prueba se crea una obligación positiva al Estado, expuesta de la siguiente forma:

contribuir a la efectividad de este derecho y de los valores que representa, [...]. Estos supuestos para hacer efectivo el derecho a probar son el establecimiento de una regulación normativa, el disponer de la existencia de una infraestructura económica y la asistencia legal que permitan el acceso a la justicia al ciudadano para efectos de hacer realidad la actividad probatoria.<sup>86</sup>

Desde una perspectiva instrumental, la libertad probatoria exige a los jueces la obligación negativa de evitar cualquier acción lesiva a la defensa de las partes procesales, particularmente, dentro de la producción probatoria en el proceso; así pues, los jueces “tiene[n] la obligación positiva de admitir, practicar y valorar la prueba en

---

<sup>85</sup> Devis Echandía, *Teoría general*, 15.

<sup>86</sup> Ruiz Jaramillo, “El derecho a la prueba”, 195.

forma racional; [...] solo puede denegar estas acciones cuando exista justificación constitucional o legal que así lo prevea”.<sup>87</sup>

Es aquí, en donde encontramos una problemática cotidiana en el ejercicio de la acción y la contradicción, ya que el ciudadano acude al órgano de justicia a incoar una acción cumpliendo los requisitos dispuestos en el art. 142 del COGEP, y entre ellos, ejerciendo el derecho a la libertad probatoria, anuncia los medios de prueba con los que cuenta para demostrar sus aseveraciones, y aspira del órgano jurisdiccional su aceptación a trámite. Sin embargo, el juez tiene la potestad legal para calificar la demanda, y de considerar que la misma no reúne los requisitos determinados en la ley, ordenar que se la complete o se la aclare, conforme lo determina el art. 146 del COGEP, lo cual es totalmente correcto si se entiende que la demanda constituye el inicio del proceso; no obstante, en este análisis de requisitos, en muchas ocasiones el juez *a quo*, realiza un ejercicio de valoración de la prueba ofrecida, lo cual es indebido por no ser el momento procesal oportuno, y hacerlo en esa forma, provocaría una posible vulneración de derechos constitucionales como la tutela judicial efectiva y el debido proceso, toda vez que si considera que la prueba ofrecida no es válida, puede ordenar el archivo de la causa *in limine*, vulnerando el derecho de acceso a la justicia y sin la posibilidad de poder recurrir de aquella infundada decisión judicial, en razón de que el recurso de apelación está permitido, sólo para aquellos casos determinados en el COGEP, dejando en total indefensión al ciudadano común.

En la misma forma, y una vez que se ha superado la primera parte procesal con la que se da inicio al proceso; esto es calificada la demanda y citado el demandado, este tiene la obligación de contestarla de acuerdo a lo prescrito en el art. 151 del COGEP, debiendo ofrecer los medios de prueba con los que cuente para contradecir los fundamentos de la demanda y justificar sus afirmaciones conforme a lo que dispone el art. 152 del mismo cuerpo legal; una vez que el demandado comparece al órgano jurisdiccional y presenta su contestación, el operador de justicia debe calificarla en el término de tres días, así como la reconvención si a ello hubiere lugar, como así lo prevé el art. 156 del COGEP, y es en este momento procesal, en el cual también el juez puede incurrir en un yerro jurídico, pues en muchos casos realizan la valoración de la prueba

---

<sup>87</sup> Cfr. *Ibíd.*

ofrecida en la contestación a la demanda y en la reconvención, lo que sin lugar a dudas atentaría en contra de las garantías constitucionales como tutela judicial efectiva, y derecho al debido proceso, pues el accionado quedaría en indefensión, al no poder aportar los medios de prueba que considere que son pertinentes en la traba de la *Litis*.

Queda expuesto entonces, que los jueces al realizar un análisis previo de admisibilidad de la prueba, como filtro no preestablecido ni en la ley, ni en la Constitución, estarían incurriendo en un error de derecho, que traería como consecuencia una posible vulneración al derecho de defensa del actor o del demandado, en su orden; porque se estaría atentando contra el principio de libertad probatoria, al realizar un juicio de valor de la prueba ofrecida, sin que sea el momento procesal oportuno, ya que según las propias reglas del COGEP, es en la audiencia preliminar en el caso del juicio ordinario, o en la primera fase de los juicios que tienen una sola audiencia, en la que se debe admitir la prueba ofrecida, fase procesal que está regulada por la ley procesal vigente, y no en otro momento, pues lo que se busca es precautelar el derecho de contradicción y el debido proceso.

Un ejemplo de lo dicho, es el ocurrido en la causa No. 17371-2016-05622, en la cual, el Juez del Trabajo en providencia de 5 de diciembre de 2016, en el juicio laboral sumario que sigue la señora Andrea Carolina Mena Aguilar en contra de la compañía American Airlines S. A., al calificar la demanda y por ende los medios de prueba ofrecidos, dice lo siguiente:

3) CALIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA: De conformidad a lo dispuesto en el artículo 146 inciso primero del COGEP se dispone: 3.1) Agréguese al proceso la documentación detallada en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, y 7; 3.2) EN LA AUDIENCIA ÚNICA: 3.2.1) La testigo PAOLA ANDREA MÉNDEZ CASTRO nominada por la actora, rinda su declaración testimonial al tenor de las preguntas que se formularán al momento de la diligencia y sobre los hechos expuestos por el actor. Testigo que será notificada una vez convocadas las partes a audiencia única y en el domicilio señalado para el efecto, sin perjuicio de notificársele en la casilla judicial señalada por la accionante; 3.2.2) La actora rinda juramento deferido; 4) **NO SE CALIFICA COMO MEDIOS PROBATORIOS**: 4.1) El pedido constante en el numeral 6 de la prueba documental por cuanto no obra del proceso dicha documentación; 4.2) Los pedidos constantes en los numerales 1, 2 y 4 no proceden por cuanto son hechos futuros e inciertos. Sin perjuicio de lo dispuesto, se hace saber a las partes que la contradicción de la prueba y el contrainterrogatorio se hallan dispuestos en la ley

procesal, por lo que no hace falta reservarse dicho derecho”.<sup>88</sup> (El énfasis es de la autora).

Lo transcrito corrobora lo dicho anteriormente en este trabajo de investigación, ya que decisiones judiciales como esta, se dan diariamente en los diferentes juzgados de la República, y es de fácil determinación, que este actuar judicial, va en contra de lo dispuesto en el COGEP, por cuanto el juez ha realizado una primera calificación de los medios probatorios anunciados con la demanda, provocando una alteración del debido proceso, lo cual podría incidir en el derecho a la defensa, pues el demandado ni siquiera habría tenido la posibilidad de conocer la prueba ofrecida y menos contradecirla o utilizarla en su favor de ser del caso; y como consecuencia el resultado final del juicio podría acarrear nulidades por violación en el trámite de la causa, otros ejemplos de lo dicho se enuncia más adelante en el presente trabajo en el punto 2.1.1.

Vale la pena insistir, en que al momento de la calificación de la demanda, el juez no debe realizar un análisis de admisibilidad de la prueba, por no ser este el momento procesal oportuno; el juez si necesita podría solicitar una aclaración respecto de la necesidad de una determinada prueba, sin embargo, ello solamente se encontraría circunscrito a la prueba de acceso, mas no al anuncio de la prueba en general.

Otro ejemplo de lo dicho es el ocurrido en el juicio No. 17811-2016-01274 tramitado ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo del Distrito Metropolitano de Quito, incoado por Marcos Eduardo Díaz Merino, en contra del Consejo de la Judicatura, en cuya primera providencia de 18 de julio de 2016, el juez ponente ordena:

Previo a proveer lo que corresponda, aclárese y complétese la demanda, conforme los art. 142, 143, 146, 159, 161, 162, 196, 204, 308, 304, 310 del COGEP y normas conexas al caso; (...) *anexe las pruebas y anuncie los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos que afirma, indicando como estos sustentan sus pretensiones; acompañe esquemas, resúmenes y/o guías sobre la prueba documental que*

---

<sup>88</sup> Unidad Judicial de Trabajo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Detalle del proceso No. 17371-2016-05622”, <<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>>, consulta: 22 de marzo del 2017.

presente, *explique de manera individualizada la parte pertinente de la prueba* a ser leída y exhibida en la audiencia del caso.<sup>89</sup> (Las cursivas son de la autora).

En este caso, claramente se puede observar que el juez solicita al actor que determine la pertinencia de las pruebas anexadas respecto de cada hecho alegado en la demanda, ejerciendo nuevamente un examen de admisibilidad que por ley se encontraría vetado de hacerlo, por no ser el momento procesal oportuno. Cabe señalar que existen muchos ejemplos como estos, los que serán enunciados posteriormente, en los cuales, los operadores de justicia estarían incurriendo en errores judiciales que atentarían en contra de los derechos constitucionales vigentes, como son el derecho a la seguridad jurídica, a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a la defensa; derechos que se verían vulnerados con el actuar del juez, al aplicar o interpretar indebida o erróneamente la norma legal, contenida en los art. 146 y 156 del COGEP y que se refieren a la calificación de la demanda y calificación a la contestación a la demanda, en los cuales necesariamente revisan el anuncio de prueba con la que cuenta tanto el actor como el demandado, para hacer valer sus derechos en juicio.

Se debe resaltar que, la producción de prueba está constitucionalmente definida mediante el principio de libertad de la prueba según el cual, por regla general, se puede ofrecer cualquier medio de prueba que permita demostrar los hechos expuestos tanto en la demanda, en la contestación a ella, o en la reconvencción, y al respecto, el COGEP, sostiene que las partes son libres de utilizar todos los medios probatorios de los que se crean asistidos y, que puedan ser pertinentes para demostrar los hechos sometidos a juzgamiento de los operadores de justicia, siempre que estos se encuentren dentro de los límites que este cuerpo legal describe, y concomitante con lo dicho, se debe tomar en cuenta que la libertad de prueba constituye también un derecho negativo que encierra una obligación correlativa del Estado frente al titular de ese derecho, que implica una obligación de no hacer, o de abstención del Estado de realizar mediante cualquier mecanismo o actos que obstaculicen la plena libertad de prueba, reconociéndose como únicos límites la pertinencia, el debido proceso y los derechos constitucionales.

---

<sup>89</sup> Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, “Detalle del Proceso: 17811-2016-01274”, <<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>>, consulta: 23 de marzo del 2017.

La libertad de prueba en la práctica y con motivo de la expedición del COGEP, está sujeta en muchos casos a la admisibilidad del anuncio de prueba en el sistema procesal, lo cual es incorrecto –como se ha señalado– pues ese ejercicio de admisibilidad lo debe realizar el juez en la audiencia preliminar tratándose de juicios ordinarios, y en los demás juicios en la primera fase de la audiencia única; esta admisión de prueba, conforme lo prescrito en el COGEP, debe reunir requisitos legales como son los de pertinencia, utilidad, conducencia, los que a su vez deben responder al control constitucional previsto para todo el ordenamiento jurídico; caso contrario, las pruebas improcedentes deben ser declaradas por haber sido obtenidas en violación a la Constitución y la ley, y por carecer de eficacia probatoria,<sup>90</sup> entendiéndose por prueba ineficaz, aquella actuada sin oportunidad de contradecir. La resolución del juez de no admitir la prueba puede ser apelada con efecto diferido.<sup>91</sup> Si se admite el recurso de apelación, el juez superior ordenará la práctica de la prueba, siempre que el resultado pueda variar, es el juzgador entonces quien dirige el debate probatorio con imparcialidad y orientado a esclarecer la verdad procesal de acuerdo con lo previsto en el art. 160 del COGEP.<sup>92</sup>

Queda claro entonces que el nuevo sistema procesal ecuatoriano, recogido y desarrollado por el COGEP, contempla la libertad probatoria como el derecho de las partes para acudir a todos los medios probatorios que considere pertinentes para hacer valer sus hechos y afirmaciones en juicios y que el momento procesal oportuno para anunciarlos es en la fase de la presentación de los actos de proposición; y que la

---

<sup>90</sup> José Sebastián Cornejo Aguiar. “La prueba en el COGEP”, <<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientocivil/2016/08/08/1a-prueba-en-el-cogep>>, consulta: 23 de junio de 2017.

<sup>91</sup> Con la consabida implicación de que el trámite quede reservado para que sea resuelto por el superior jerárquico conjuntamente con la apelación de la sentencia u el auto definitivo. Cornejo Aguiar, José Sebastián. “La prueba en el COGEP”. <https://www.derechoecuador.com/la-prueba-en-el-cogep>, consulta 2 de octubre del 2017.

<sup>92</sup> COGEP, art. 160.- Admisibilidad de la prueba. Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal. En la audiencia preliminar la o el juzgador rechazará de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente. La o el juzgador declarará la improcedencia de la prueba cuando se haya obtenido con violación de la Constitución o de la ley. Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir. La resolución por la cual la o el juzgador decida no admitir alguna prueba podrá apelarse con efecto diferido. De admitirse la apelación, la o el juzgador superior ordenará la práctica de la prueba, siempre que con ella el resultado pueda variar fundamentalmente.

admisibilidad de los medios de prueba, la realiza el juez en la primera fase de la audiencia, en los juicios de una sola audiencia, o en la audiencia preliminar en los juicios ordinarios.

### **2.1.1. El anuncio de prueba en la demanda**

Se ha sostenido que el anuncio de prueba en el sistema procesal ecuatoriano, se lo debe hacer en la demanda, conforme lo determina el art. 142, num. 7<sup>93</sup> del COGEP, el cual compele al actor a ingresar y anunciar los elementos probatorios que disponga para sustentar los hechos expuestos en la demanda, así como el acceso judicial a la prueba que no se encuentre en su poder, es decir, el actor debe justificar razonadamente y con argumentos la legitimidad de la prueba que pretende actuar; ya que, solo la prueba solicitada, actuada y evacuada de conformidad a la Constitución y la ley es la que servirá al juez para dictar una sentencia de fondo. Por tanto, si resulta imposible contar con la prueba al momento de presentar la demanda, este hecho debe ser anunciado; obligando a que el actor, dé cuenta de sus elementos probatorios y permitiendo que el demandado cuente con pleno conocimiento de las pruebas a discutirse en el juicio.

La anunciación de la prueba en la demanda está ligada al principio de publicidad, –como ya se dijo–, el cual representa un elemento de confianza pública, que permite a la ciudadanía en general y a las partes procesales en particular el derecho de asistir, presenciar y presentar alegaciones. La anunciación de prueba en la demanda también vincula a otros principios como el de concentración, economía procesal e inmediación.

El principio de concentración busca que los actos procesales sean ejecutados en una sola audiencia, en la que se presenten documentos, testigos, que los peritos de ser del caso informen, se practiquen diligencias como la declaración de parte, etc. A su vez, el principio de concentración está en íntima relación con el principio de economía procesal, pues al concentrarse en una sola audiencia toda la fase probatoria, evita la práctica de una serie de diligencias probatorias improvisadas, innecesarias y fuera de contexto, desgastando a las partes y alargando el proceso.

---

<sup>93</sup> COGEP, art. 142, num. 7.

El anuncio de la prueba permite al juez visualizar la prueba en su conjunto, cumpliéndose con el principio de inmediación, en el cual las partes tienen contacto directo con el juez y con los demás partícipes del proceso. La recepción directa de la prueba por parte del juez, le permite realizar una valoración inmediata con el fin de descubrir la verdad material en el menor tiempo posible y de hacer una verdadera justicia.

Como conclusión cabe decir que, la importancia del anuncio de prueba en la demanda está determinada por el ejercicio y desarrollo de varios principios constitucionales que dan vida a la actividad judicial, permitiendo por medio de la inmediación un verdadero ejercicio de la acción y la contradicción, entre actor y demandado, quienes deberán respetar los principios de buena fe y lealtad procesal, ofreciendo medios probatorios conseguidos de manera legal y que además cumplan los requisitos de pertinencia, utilidad y conducencia a la demostración de los hechos afirmados, en la demanda.

Por su parte, el art. 142, num. 8 del COGEP indica que la demanda se presentará por escrito y contendrá la solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada.<sup>94</sup>

El acceso a la prueba judicial contemplado en la ley procesal, no utiliza una clasificación definida entre qué pruebas pueden ser consideradas como disponibles y cuáles necesariamente deben configurarse como pruebas de acceso; así pues, el juez deberá realizar una especie de análisis de admisibilidad de la prueba de acceso, lo cual incidiría en la libertad probatoria del actor, quien podría ver afectado su derecho y garantía a la tutela judicial efectiva y al debido proceso.

La admisibilidad probatoria se encuentra claramente regulada en el art. 160 del COGEP, que señala que la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad.<sup>95</sup>

Consecuentemente, el momento procesal oportuno para la calificación de las pruebas aportadas en la demanda, se radica en la audiencia preliminar previa a la

---

<sup>94</sup> COGEP, art. 142, num. 8.

<sup>95</sup> *Ibíd.*, art. 160.

evacuación del acervo probatorio, las cuales simplemente son anunciados dentro de los actos de proposición.

Por tanto, cabe destacar que, dentro de la presentación de la demanda la nueva ley procesal exige la presentación de las pruebas disponibles con las que cuente el actor para sustentar los fundamentos fácticos; sin embargo, el momento de admisibilidad de la prueba, siguiendo las reglas impuestas por el COGEP corresponde a la fase preliminar posterior al saneamiento del proceso, en el cual, respetando el principio de contradicción e inmediación, procede a escuchar a las partes respecto de la conducencia, legalidad, oportunidad, y utilidad de un determinado medio probatorio, decidiendo el juez si tal prueba merece ser evacuada o no.

De similar forma, y en relación con la solicitud de acceso judicial a la prueba, la cual se encuentra dispuesta dentro del art. 142, num. 8 del COGEP, se evidencia, concomitantemente con la calificación del anuncio de los medios probatorios, la imposición de otro filtro *de facto*, por medio del cual, se exige al solicitante o requirente, demuestre al juzgador, de forma documentada, la falta de acceso a la prueba.

Un claro ejemplo lo podemos encontrar dentro del proceso laboral signado con el número 17371-2017-04454 interpuesto por la señora Rosa Holguín Santacruz en contra de la empresa AROMSAB CIA. LTDA., proceso tramitado dentro de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito. En dicho proceso judicial el juez al momento de calificar la demanda emite el respectivo auto resolutorio indicando lo siguiente:

En lo principal de acuerdo a lo establecido en el segundo inciso del artículo 146 del COGEP, se dispone en el término de tres días y bajo prevenciones de ley, la parte actora cumpla con lo dispuesto en los numerales 1, 2, 4, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 del artículo 142 *ibídem*, esto es: [...] 8) Demuestre documentadamente la falta de acceso a la prueba judicial que solicita se oficie.<sup>96</sup>

La doctrina y la jurisprudencia enseñan que en el juicio oral por audiencias, el Juez a quo, debe limitarse a calificar la demanda sin realizar ningún ejercicio de valoración de la prueba, ni pedir justificación de naturaleza alguna para el acceso a la

---

<sup>96</sup> Unidad judicial de trabajo con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha. Proceso Judicial No. 17371-2017-04454.

prueba que pretende el actor, en el acto de proposición de la demanda; pues lo único que le corresponde en ese momento procesal es “calificar” la demanda, es decir, solo debe revisar los presupuestos de admisibilidad, sin que pueda emitir criterio alguno respecto de la prueba que pretende practicar o hacer valer en juicio la parte interesada.

El ejemplo transcrito no es un caso aislado dentro de la revisión de los procesos incoados con ocasión de la vigencia del COGEP; sino más bien se ha convertido en una especie de regla impuesta por la costumbre judicial; una clara evidencia de lo manifestado se resalta dentro del proceso laboral signado con el número 17371-2017-02225 interpuesto por Víctor Hugo Romero Peñafiel contra la compañía ASTEC INTEGRAL; en ese caso específico, el juzgador dedica un apartado dentro de su auto resolutorio de archivo de la demanda, señalando como requisito para que opere la procedencia de la prueba de acceso, lo siguiente:

Revisando el escrito que se atiende a la demanda se observa que la parte accionante no ha justificado la imposibilidad de acceso a la prueba que solicita, para que el juzgado ordene la práctica de la misma. **Para el efecto podría haber agregado alguna justificación del intento de la obtención de la misma.**<sup>97</sup>. (Las negritas fuera de texto son de la autora).

Esta regla dispuesta *de facto* no es exclusiva dentro del caso previamente recogido, sino que al contrario, se ha generado una suerte de práctica implícita dentro de la prueba de acceso, exigiéndose al solicitante de prueba, adjunte algún documento en el que se demuestre que se ha pretendido realizar la obtención de la prueba previo a la solicitud de acceso de la misma; algo que, en el presente caso resultaba innecesario por cuanto los documentos requeridos por el actor (certificados de horas extras, vacaciones, pago de décimos) eran documentos que, por ley, se encontraban bajo custodia del demandado como ex empleador. Podemos referir los siguientes casos: i) proceso No. 17231-2016-00675,<sup>98</sup> ii) proceso No. 17230-2017-11430,<sup>99</sup> iii) proceso No. 17230-

---

<sup>97</sup> Unidad judicial de trabajo con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha. Proceso Judicial No. 17371-2017-02225.

<sup>98</sup> Unidad judicial civil con sede en el cantón Rumiñahui, provincia de Pichincha. Proceso No. 17231-2016-00675. Avoco conocimiento de la presente causa en legal y debida forma. En lo principal: Previo a proveer lo que en derecho corresponda y de conformidad con lo dispuesto en el art. 146 inciso segundo del COGEP, la parte actora en el término de tres días y bajo prevenciones de Ley

---

aclare y complete su demanda en lo referente a lo dispuesto en el art. 142 del COGEP, numerales: 7 y 13. Esto es aclarar o completar los documentos a los que hace referencia en el acápite V.I, respecto a la Prueba Documental que se adjunta ya que ninguno de los documentos anexados tiene como título “Tabla de Amortización”, como hace referencia en el capítulo de anuncio de prueba, conforme lo establece el art. 143, num. 5 del COGEP. Adjunte el original o copia certificada del nombramiento del Representante Legal de la actora emitido e inscrito en el Registro Mercantil, puesto que el documento adjunto se refiere a “COMPROBANTES DE DIRECTIVOS DE ORGANIZACIONES DE LA ECONOMÍA POPULAR Y SOLIDARIA”. Téngase en cuenta el correo electrónico y casillero judicial señalado por el actor, donde recibirá las notificaciones el accionante y agréguese la documentación adjunta. Actuó el Dr. Hermógenes Guadalupe, en calidad de Secretario encargado de esta Judicatura mediante Memorando No. DP17-059-D-AF-2016, de 7 de abril de 2016.- NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

99 Unidad judicial civil con sede en la parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha. Proceso No. 17230-2017-11430. Avoco conocimiento en mi calidad de Juez encargado del despacho del despacho del doctor Luis Jácome Juez Titular, mediante acción de persona No. 8624-DP17-2017-MP, de fecha 25 de septiembre de 2017. Agréguese al proceso los escritos que anteceden: PRIMERO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES: Actor: Carlos Julio Barragán Guadalupe; Verónica Soraya Albarracín Barragán; Demandado: Wuilguer Fabián Vaca Medina; Ing. Grace Alexandra Terán Perugachi en calidad de Directora Nacional del Centro de Mediación de la Función Judicial; Dr. Rene Fabián Heredia Mejía en calidad de mediador del Centro de Mediación de la Función Judicial; Diego García Carrión, en calidad de Procurador General del Estado. SEGUNDO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- En auto de sustanciación de fecha 24 de agosto de 2017, las 09h04 se dispuso que el actor en el término de tres días, complete y aclare su demanda, bajo los siguientes términos: 5 Aclare la narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones debidamente clasificados y numerados: en lo que se refiere al numeral; 6) Los fundamentos de derecho que justifican el ejercicio de la acción expuestos con claridad y precisión; en lo referente al num. 7) Justifique en referencia la num. 6.3. Prueba Pericial donde se notificará al perito Diego Rubén Tana; Justifique los num. 6.3.1, y el 6.4 de conformidad al art. 225 del COGEP, en lo referente al num. 9) La pretensión clara y precisa que exige con base a la narración de los hechos, fundamentos de derecho, y a los documentos aparejados a la demanda; en referencia al numeral 10) Determine la cuantía del proceso, y, en referencia al num. 11. Determine la especificación del procedimiento que debe sustanciarse la causa con relación a la narración de los hechos, fundamentos de derecho, pretensión concreta. Requisitos que se solicitan de manera que se dé cumpliendo a lo previsto en las normas antes indicadas, bajo prevenciones de ley. TERCERO.- MOTIVACIÓN.- El primer inciso del art. 1 de la CRE, estatuye: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada [...]”, la Corte Constitucional en sentencia No. 001-10-PJO-CC de 28 de diciembre de 2010, señaló que esta denominación “se convierte en el principio constitucional esencial sobre la cual se levanta la organización política y jurídica del Estado. Producto de ello muchas han sido y deberán ser las modificaciones y efectos que se generen en relación a la idea de concepción tradicional del derecho y de la ciencia jurídica [...]”.- Asimismo el art. 82, ibidem, estatuye: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”, con relación a este derecho la misma Corte Constitucional en sentencia No. 016-13-SEP-CC de 16 de mayo de 2013, señaló que: “[...] Para tener certeza respecto a una aplicación normativa, acorde con la Constitución, se prevé que las normas que formen el ordenamiento jurídico se encuentren determinadas previamente; además, deben ser claras y públicas; solo de este manera se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo cierto lineamientos que generan la confianza acerca del respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional. Mediante un ejercicio de interpretación integral del texto constitucional se determina que el derecho a la seguridad jurídica es el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos [...]”. En atención a lo dispuesto en el Literal l, del num. 7 del art. 76 de la CRE de 2008 en concordancia con lo dispuesto en el art. 89 del COGEP este Auto se motiva de la siguiente manera: De conformidad con lo dispuesto en el art. 77 del COGEP, los términos empiezan a correr desde el día siguiente hábil a la

2017-05752,<sup>100</sup> iv) 17230-2016-18121,<sup>101</sup> v) proceso No. 17230-2016-18497.<sup>102</sup> Así, los referidos casos, extraídos del sistema informático de la función judicial, permiten

---

última citación o notificación; por su parte, el inciso segundo del art. 146 del COGEP, dispone que si la demanda no cumple con los requisitos determinados en este Código, el juez mandará que se la complete o aclare en el término de tres días; en la especie, el auto de sustanciación en el que se le dispone al actor completar y aclarar la demanda fue notificado con fecha 24 de agosto de 2017, las 12h13, sin embargo la parte actora no da cumplimiento a lo dispuesto por esta autoridad esto es 7) Justifique en referencia la numeral 6. 3. Prueba Pericial donde se notificará al perito Diego Rubén Tana; Justifique los num. 6. 3. 1, y el 6. 4 de conformidad al art. 225 del COGEP, el actor presenta con fecha 29 de agosto de 2017 un escrito en el cual no señala lo dispuesto por esta autoridad, sin embargo con fecha 30 de agosto de 2017 presenta un escrito fuera del termino de tres días para completar y aclarar lo solicitado por esta autoridad de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del art. 146 del COGEP. CUARTO.- DECISIÓN.- Por lo expuesto, al no haber el accionante dado cumplimiento con lo dispuesto por esta Autoridad en el auto de sustanciación referido en líneas anteriores, en atención a lo dispuesto en el art.146 ibídem, que dispone “Si la demanda no cumple con los requisitos previstos en este Código, la o el juzgador dispondrá que la o el actor la complete o aclare en el término de tres días, si no lo hace, ordenará el archivo y la devolución de los documentos adjuntados a ella, sin necesidad de dejar copias”, DISPONGO el ARCHIVO de la presente causa y en consecuencia, sin necesidad de dejar copias en autos, previo el correspondiente recibo, devuélvase los documentos adjuntos a la demanda. Siga actuando el doctor Marco Simancas en su calidad de secretario de este despacho. NOTIFÍQUESE Y ARCHÍVESE.

<sup>100</sup> Unidad judicial civil con sede en la parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de pichincha. Proceso No. 17230-2017-05752. VISTOS: Agréguese al proceso el escrito que antecede. Agotado el término otorgado en auto de sustanciación que antecede, al no haberse dado cumplimiento al mismo se procede a emitir el presente auto interlocutorio, para el efecto se realiza las siguientes consideraciones: PRIMERO: IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES.- Actor: Abogados César Guadalupe Oñate y María José Escarcellé Soledispa, en sus calidades de Procuradores Judiciales de los señores Carlos Julio Barragán Guadalupe y Verónica Soraya Albarracín Barragán, Wilson Waldemar Baquero Baquero. Demandado: Wuilguer Fabián Vaca Mediana. SEGUNDO: ANTECEDENTES DE HECHO.- Comparece Abogados César Guadalupe Oñate y María José Escarcellé Soledispa, en sus calidades de Procuradores Judiciales de los señores Carlos Julio Barragán Guadalupe y Verónica Soraya Albarracín Barragán, quienes luego de consignar sus generales de ley manifiestan que los demandantes en un proceso de reconocimiento de los límites del terreno que adquirieron, solicitaron a su vecino el señor Wilguer Fabián Vaca Medina, que señale los límites entre la Finca “Los Guadales”, y el terreno del señor Wilguer Fabián Vaca Medina, de mala fe y tomando ventaja del desconocimiento que los propietarios tenía del terreno que recientemente habían adquirieron, decidió mostrar a los demandantes límites falsos y alejados de la realidad, por lo que el señor Vaca estableció como suya una porción de terreno que es de propiedad de los demandantes, y manifestó que sería necesario establecer una servidumbre de paso sobre dicho terreno, que el señor Vaca de mala fe se estaba adjudicando como de su propiedad. Por lo tanto, las partes iniciaron un proceso de mediación para establecer una servidumbre de paso a favor de los demandantes, sobre un terreno que de buena fe creyeron que era de propiedad del señor Wlguer Fabián Vaca Medina, por lo que fueron inducidos en error. Por lo que solicita que en sentencia se declare la nulidad de Acta de Mediación No. 4342 2015, emitida por el Centro de Mediación de la Función Judicial, que establece la servidumbre de paso en forma indefinida y gratuita a favor de los demandantes y solicita que se establezca una indemnización por daños y perjuicios. Al no reunir la petición todos los requisitos de ley, con fecha 20 de abril del 2017 se emite el auto de sustanciación mediante el cual se dispone que en el término de tres días, el accionante aclare y complete su demanda, conforme lo determina el art. 142 ibídem, respecto de los siguientes numerales: 4) Señale en forma clara y precisa el nombre de los demandados, guardando relación con sus pretensiones; además indique el lugar y la forma como debe de citarse; 6) Los fundamentos de derechos expuestos con claridad y precisión, teniendo en cuenta sus pretensiones; 7) El anuncio de los medios probatorios, en cuanto a la solicitud de prueba testimonial de cumplimiento a los artículos 190 y 191 del COGEP. Además precise claramente los motivos por los cuales es necesario que la o el juzgador examine directamente el lugares, cosas o documentos, objeto de la inspección, y se expresará la

---

pretensión que se requiere probar con la inspección. En cuanto a la solicitud pericial señale en objeto y la finalidad de la misma, además justiciara el no tener acceso al objeto de la pericia, conforme lo establece el artículo 225 del COGEP; 8) En cuanto a la solicitud de acceso judicial, requerida en el numeral 6.1 de la demanda, precise el objeto, finalidad y lo que pretende demostrar con la solicitud, además justificara documentadamente la negativa de tener acceso a dicha prueba; 9) La pretensión clara y precisa que se exige, tomando en consideración la narración de los hechos y los fundamentos de derecho.- SEGUNDO.- NOTIFICACIONES y AUTORIZACIÓN.- TERCERO: MOTIVACIÓN.- En atención a lo dispuesto en el lit. 1), del num. 7 del art. 76 de la CRE, en concordancia con lo dispuesto en el art. 89 del COGEP, este Auto se motiva de la siguiente manera: De conformidad con lo dispuesto en el art. 77 del COGEP, los términos empiezan a correr desde el día siguiente hábil a la última citación o notificación; por su parte, el inciso segundo del art. 146 ibídem dispone que, “Si la demanda no cumple con los requisitos previstos en este Código, la o el juzgador dispondrá que la o el actor la complete o aclare en el término de tres días, si no lo hace, ordenará el archivo y la devolución de los documentos adjuntados a ella, sin necesidad de dejar copias.”. En la especie, el auto de sustanciación en el que se le dispone al actor completar y aclarar la demanda fue notificado el 20 de abril de 2017, por lo que, en atención a la última norma invocada, tenía el término de tres días para hacerlo; es decir, hasta el día 25 de abril del presente año, sin que la actora haya dado cumplimiento con lo dispuesto en el Auto anterior; por lo que, en aplicación de la norma antes citada, procede ordenar el archivo de la demanda y la devolución de los documentos adjuntados a ella. CUARTO: DECISIÓN.- Por todo lo expuesto, al no haber la accionante dado cumplimiento con lo dispuesto por esta Autoridad en el auto de sustanciación referido en líneas anteriores, en atención a lo dispuesto en el segundo inciso del art. 146 del COGEP, se ordena el ARCHIVO de la presente causa: y, en consecuencia, sin necesidad de dejar copias en autos, devuélvase los documentos adjuntos a la demanda previo el correspondiente recibo.- NOTIFIQUESE Y ARCHÍVESE.-

<sup>101</sup> Unidad judicial civil con sede en el distrito metropolitano de Quito, provincia de Pichincha. Proceso No. 17230-2016-18121. En mi calidad de Juez de la Unidad Judicial de lo Civil con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, avoco conocimiento de la presente causa en virtud de la razón del sorteo realizado y de conformidad con lo dispuesto en el art. 9 del COGEP. La demanda es clara y cumple los requisitos determinados en los art. 142, 143 y 357 del COGEP y está fundamentada en un documento de los previstos en el art. 356 ibídem del cuerpo normativo en mención; por lo que, se la admite a trámite en el procedimiento MONITORIO. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el art. 358 ibídem, se dispone que la señora GUADALUPE DEL PILAR ROMERO LUZURIAGA, en el término de quince (15) días pague la obligación demandada por concepto del pago de los valores adeudados, según las facturas números 0000413 y 0000437, esto es la cantidad de SEIS CIENTOS, 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$ 600,00) o proponga las excepciones de las que se crea asistido; bajo la prevención de que en caso de que no comparezca dentro del término concedido para el efecto, o si lo hace sin manifestar oposición, el presente auto interlocutorio quedará en firme y se procederá a la fase de ejecución, de conformidad con lo previsto en el inciso tercero del art. 358 de la norma citada. La contestación a la demanda observara lo previsto por el art. 151 y siguientes ibídem.- Cítese con el contenido de la demanda y este auto de pago a la accionada, en el lugar señalado por el actor, de conformidad con lo establecido en los art. 54 y 55 del COGEP, previniéndole de la obligación que tiene de señalar casilla judicial y electrónico; para el efecto, remítanse las boletas de citación a la oficina correspondiente. En caso de oposición, considérese el anuncio de los medios de prueba realizados en la demanda.- Agréguese al expediente los documentos acompañados a la demanda. Tómese en cuenta la casilla judicial y correo electrónico señalados por la actora para sus notificaciones. Actúa la Ab. Ligia Guerrero Medina, en calidad de secretaria.- CÍTESE y NOTIFÍQUESE.-

<sup>102</sup> Unidad judicial civil con sede en la parroquia Iñaquito del distrito metropolitano de Quito, provincia de Pichincha. Proceso No. 17230-2016-18497. VISTOS: Avoco conocimiento de la presente causa en mi calidad de Jueza Titular de esta Unidad Judicial Civil, con sede en el D. M. de Quito, provincia de Pichincha y en virtud del sorteo realizado en legal y debida forma.- Previo a proveer lo que en derecho corresponda, la parte actora, en el término de tres días, bajo las prevenciones del inciso segundo del art. 146 del COGEP, ACLARE su demanda, conforme lo determina el num. 8 del

establecer claramente que, al menos desde la práctica jurídica, los operadores de justicia han creado su propio derecho y han impuesto una suerte de limitaciones al ejercicio oportuno del derecho a la libertad probatoria; específicamente, al atribuirse un filtro previo a la admisibilidad de la prueba contemplada dentro del COGEP, así como también, la exigencia de agregar una justificación de intento de obtención de prueba, para la solicitud de acceso de prueba.

### **2.1.2. El anuncio de prueba en la contestación de la demanda**

La contestación a la demanda es el espacio en el cual el demandado puede presentar sus excepciones, es decir contradecir las pretensiones del demandante u oponerse a la acción que se está intentando en contra de él. La contestación a la demanda, equivale a decir que pesa sobre el demandado, la obligación de demostrar su defensa; cuyo objetivo final es contrarrestar la acción de la demanda o dilatar el cumplimiento de su obligación.

A decir de Eduardo Couture: la excepción es, en cierto modo, la acción del demandado [...] equivale a defensa, esto es, conjunto de actos legítimos tendientes a proteger un derecho”.<sup>103</sup> Para Manuel Tama, en su obra *Defensas y excepciones en el procedimiento civil*, quien cita a Armando Cruz Bahamonde expone: “la contestación a la demanda es el continente, mientras las excepciones son el contenido. Por lo tanto, entre ellas debe existir la necesaria congruencia y armonía”;<sup>104</sup> por lo tanto, acorde con el criterio doctrinario señalado, la contestación a la demanda constituye el ejercicio del “derecho a la defensa”, consagrada como garantía al debido proceso que se enmarca en el art. 76<sup>105</sup> de la CRE; también se la puede considerar como la oportunidad que tiene el demandado para que planteadas sus excepciones, y en mérito a la prueba anunciada, obtenga una sentencia que desestime la pretensión del actor; vale decir que el demandado, con la prueba anunciada, no busca el reconocimiento de un derecho sino alcanzar que se deseche la demanda, y se declare su libertad procesal para lo cual debe

---

art. 142 IBÍDEM; esto es, aclare la solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, específicamente en el punto 6.8 de su demanda.- NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

<sup>103</sup> Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 41a. ed. (Montevideo: B de F, 2004), 206.

<sup>104</sup> Manuel Tama, *Defensas y excepciones en el procedimiento civil* (Guayaquil: Edilex, 2012), 25.

<sup>105</sup> CRE de 2008, art. 76.

acudir a todos los medios probatorios con los que cuenta para anunciarlos en el momento procesal oportuno.

Debe quedar claro que, al anunciar la prueba en la contestación a la demanda, la pretensión del demandado, no es obtener una sentencia favorable a sus intereses, sino que, lo que busca es la desestimación de la demanda propuesta por el actor, para lo cual, ejercita su legítimo derecho a la defensa, respetando las garantías del debido proceso y cumpliendo con los principios constitucionales de oralidad, concentración, publicidad, tutela judicial efectiva y contradicción; lo cual tiene que ver también con los principios de oportunidad, pertinencia y utilidad previstos en el COGEP, en relación a la prueba.

La contestación a la demanda es expuesta por el COGEP como otro acto de proposición así, el art. 151<sup>106</sup> prescribe que la contestación se presentará por escrito y cumplirá, en lo aplicable, los mismos requisitos formales previstos para la demanda, incluyendo el acervo probatorio del que se disponga y precisando el acceso de prueba que requiera; y, a continuación, el art. 152<sup>107</sup> *Ibidem* prevé, que el demandado al momento de contestar la demanda deberá realizar la misma actividad estipulada para el actor, es decir, este deberá incorporar aquellos medios de prueba que sirvan para sustentar los hechos dispuestos en el escrito de contestación, o para contradecir aquellos hechos alegados por el actor en su demanda.

---

<sup>106</sup> COGEP, art. 151.- Forma y contenido de la contestación. La contestación a la demanda se presentará por escrito y cumplirá, en lo aplicable, los requisitos formales previstos para la demanda. La parte demandada deberá pronunciarse en forma expresa sobre cada una de las pretensiones de la parte actora, sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de la prueba documental que se haya acompañado, con la indicación categórica de lo que admite y de lo que niega. Deberá además deducir todas las excepciones de las que se crea asistida contra las pretensiones de la parte actora, con expresión de su fundamento fáctico. Las excepciones podrán reformarse hasta antes de la audiencia preliminar. En el término de tres días de calificada la contestación se notificará con su contenido a la parte actora, quien en el término de diez días, podrá anunciar nueva prueba que se referirá a los hechos expuestos en la contestación. En materia de niñez y adolescencia, en el término de un día de calificada la contestación, se notificará con su contenido a la parte actora, quien en el término de tres días podrá anunciar nueva prueba que se referirá a los hechos expuestos en la contestación.

<sup>107</sup> COGEP, art. 152.- Anuncio de la prueba en la contestación. La parte demandada al contestar la demanda deberá anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando toda la información que sea necesaria para su actuación. A este efecto, se acompañará la nómina de testigos indicando los hechos sobre los cuales deberán declarar y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otros similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, indicando con precisión el lugar en que se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.

De lo expuesto, se infiere que el anuncio probatorio por parte del demandado, es al momento de contestar la demanda, es decir una vez que conoce la pretensión del actor y la prueba que pretende hacer valer en juicio; por tanto, al contestar la demanda, planteará las excepciones de las que se crea asistido, pero a su vez, anunciará la prueba con la cual pretende justificar tales aseveraciones; al igual que en la anunciación de prueba en la demanda, también en la contestación a la demanda encontramos la prueba disponible y la prueba de acceso.

El art. 156<sup>108</sup> del COGEP dispone que el juez al momento de calificar la demanda no solamente que examinará si esta cumple con los requisitos legales, sino que además dispondrá la práctica de las diligencias solicitadas. Quedando al arbitrio del juez qué clase de prueba de acceso es pertinente o no; para ello el juez, en la contestación de la demanda examinará la prueba de conformidad con los principios de pertinencia, utilidad, conducencia y legalidad al momento en que se realice la audiencia preliminar dentro del juicio ordinario o en la primera fase de la audiencia única al tratarse de los procesos sumarios, siguiendo las reglas determinadas en los art. 160, 161, 162 y 163 del COGEP que refieren a los límites de la libertad probatoria.

En conclusión, de no anunciar la prueba por parte del demandado, en el acto de proposición de la contestación a la demanda, significaría una renuncia expresa a su legítimo derecho a la defensa. Vale establecer que, anunciando la prueba tanto actor como demandado, están en igualdad de condiciones para litigar frente al juez, cumpliendo así, con otro principio consagrado en la Constitución del Ecuador, cual es, el principio de igualdad.

En el Proceso Civil signado con el número 17230-2016-13098, el juzgador dedica un apartado dentro de su auto de calificación a la contestación de la demanda, señalando como requisito para que opere la procedencia de la prueba en donde se hace una pre-valoración de la misma de la siguiente forma:

---

<sup>108</sup> COGEP, art. 156.- Calificación de la contestación y de la reconvencción. Recibida la contestación a la demanda y la reconvencción si la hay, la o el juzgador, en el mismo término previsto para la calificación de la demanda, examinará si cumplen con los requisitos legales, tramitará y dispondrá la práctica de las diligencias solicitadas. Si considera que no se han cumplido, ordenará que la contestación o la reconvencción se aclaren o completen en el término de tres días, con la advertencia de tenerlas por no presentadas. La prueba anunciada en la contestación a la demanda o en la reconvencción se practicará en la audiencia de juicio.

Agréguense al proceso el escrito que anteceden, el mismo que se recibe el día de hoy.- En lo que respecta al escrito de contestación a la demanda presentado, se considera: PRIMERO.- CALIFICACIÓN CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.- Revisada la contestación a la demanda y aclaración a la contestación a la demanda, dentro del término establecido en los artículos 156 y 354 del Código Orgánico General de Procesos - COGEP, en atención a lo consagrado en el artículo 169 de la Constitución, se la CALIFICA de completa, clara y cumple los requisitos legales generales contemplados en los artículos 151 y especiales de los artículos 351 y 353 ibídem, pues se fundamenta con excepciones permitidas por el artículo 353 del COGEP; situación por la cual se la ADMITE al presente Procedimiento Ejecutivo, establecido en el Libro IV, Título II, Capítulo I del citado Código.- SEGUNDO.- NOTIFICACIÓN.- Al tenor de lo prescrito en el art. 354 del COGEP notifíquese a la parte actora con una copia del presente escrito de contestación a la demanda.- TERCERO.- ANUNCIO DE PRUEBA.- Considérese el anuncio de los medios probatorios señalados en el título de anuncio de prueba de la contestación a la demanda, situación que se estará a lo previsto en los artículos 160, 161 y segundo inciso del art. 354 del COGEP, sobre la admisibilidad y práctica de prueba en la respectiva Audiencia.- CUARTO.- DILIGENCIAS.- En cuanto a lo manifestado en el anuncio de prueba presentado por los demandados, y conforme lo prescrito en el artículo 174 del COGEP, se tiene: a) en la audiencia única señalada se receptara las declaraciones de parte de los señores Marcelo Iván Cevallos Viteri, y, Gabriela Parra Martínez el evento de que sean admitidos como medios probatorios. b) Oficio.- En cuanto a lo manifestado en el anuncio de medidos de prueba presentado por el ejecutado, conforme lo prescrito en el tercer inciso del artículo 152 en concordancia con lo expresado por el artículo 142.8 del COGEP, se niega, toda vez que en el escrito se ha presentado argumentaciones sobre la idoneidad, factibilidad y pertinencia de la prueba conforme sus argumentos, pero no lo prescrito en la ley, esto es no ha justificado la imposibilidad de no tener acceso a dicha prueba documental y que sea necesario recurrir al auxilio del órgano jurisdiccional, además que lo requerido (oficios a la Unidad Judicial Penal; y, Superintendencia de Compañías ), puede ser obtenida sin necesidad de recurrir a esta Autoridad para obtenerla, además que se trata de información pública. QUINTO.- AUDIENCIA ÚNICA.- De conformidad con lo prescrito en el art. 354 y conforme las reglas generales previstas en los artículos 79 y siguientes del COGEP, se señala para el día 11 de septiembre del 2017 a las 09h00 en la Sala de Audiencia de esta Unidad Judicial de lo Civil con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, ubicada en el Complejo Judicial Norte (Av. Amazonas y José Villalengua), a fin de que se lleve a cabo la Audiencia Única, a la cual deberán comparecer las partes procesales personalmente acompañados sus defensores técnicos o por intermedio de procurador judicial con poder amplio y suficiente en cuanto a derecho se requiere, el mismo que necesariamente deberá contener cláusula especial para TRANSIGIR conforme lo determina el artículo 86 ibídem, en la que se determina expresamente las únicas formas por la cuales las partes pueden comparecer, en concordancia con lo prescrito en el artículo 130.11 del COFJ. La audiencia única se desarrollará en dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate,

conciliación, alegato inicial con anuncio de prueba y la segunda, de práctica de prueba y alegatos.- NOTIFÍQUESE.-<sup>109</sup>

### **2.1.3. El anuncio de prueba en la reconvencción**

La reconvencción nace del Derecho de contradicción, que no es otra cosa que una nueva demanda, basada en hechos conexos, los cuales tienen que ser demostrados por el demandado;<sup>110</sup> tiene su fundamento en el principio de economía procesal y de concentración, ya que por un lado, evita un doble enjuiciamiento por separado y por otro, reduce el menor número de actos procesales<sup>111</sup>. Se trata de una nueva acción, pero en sentido inverso, pues ahora el demandado se convierte en actor y por tanto formula su pretensión basado en hechos diversos pero confluyentes.

Esta nueva pretensión del demandado, debe estar acompañada como acto de proposición con el anuncio de prueba, pues se trata de una nueva controversia, que necesariamente debe ser puesta en conocimiento del actor, a fin de que sea contestada; por lo tanto la traba de la *Litis* ya no es únicamente con la demanda y la contestación a la demanda, sino con una nueva demanda que, una vez que es calificada por el juez, debe ser puesta en conocimiento del actor, para que este ejerza su derecho a la defensa y comparezca a esgrimir la contestación a la reconvencción y anuncie la prueba, que busque dejar sin efecto tal pretensión por parte del demandado.

De lo expuesto se puede colegir que, la prueba que no se anuncia en el momento procesal oportuno, esto es con la demanda, con la contestación a la demanda y/o con la reconvencción, no se la considera parte del proceso, y carece de eficacia para demostrar las pretensiones tanto del actor como del demandado, pues el Art. 169 de la Constitución de la República, dispone que:

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales, consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia,

---

<sup>109</sup> Unidad judicial Civil con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha. Proceso Judicial No. 17230-2016-13098.

<sup>110</sup> Dana Abad Arévalo. *Naturaleza jurídica de la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda en el proceso civil* (Quito: UASB-E, 2011), 23.

<sup>111</sup> *Ibíd.*, 23.

inmediación, celeridad y economía procesal y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades<sup>112</sup>.

Y de otro lado, la jurisprudencia ecuatoriana ha señalado que:

Ecuador, Constitución Política del Ecuador, Decreto Legislativo 0, *RO* No. 1, artículo 23 (Quito: 11 de agosto de 1998 (actualmente COGEP), que son precisamente los medios para alcanzar el postulado de la justicia, reglando la sustanciación de los asuntos controvertidos atenta su naturaleza, ora en los juicios declarativos de derecho, ora de ejecución, etc., que demandan trámites especiales. No es por lo mismo, la violación del trámite una simple formalidad sino algo sustantivo a cada caso, cuestión que no está atribuida a la voluntad de las partes ni del juez, sino a regulaciones legales que atañan al orden público, La ley, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan que las normas procesales son normas medios, porque sirven de medio para la aplicación de las normas objetivas materiales, y además son instrumentales porque sirven de instrumentos para la realización del derecho objetivo en casos determinados, singulares y concretos. De ahí que, en definitiva, el derecho procesal es un derecho público, autónomo, de obligado cumplimiento (...).<sup>113</sup> (El comentario en paréntesis es de la autora).

La conclusión a la que se llega, en el caso de que el demandado no anuncie sus medios probatorios en el momento procesal oportuno, esto es en la reconvención, provocaría que quede en indefensión, aun cuando el derecho le asista,<sup>114</sup> quedando sin sustento su pretensión, pues en la reconvención, la importancia del anuncio de prueba radica principalmente en la eficacia y cumplimiento de los principios constitucionales de oralidad, publicidad, concentración, contradicción, debido proceso, igualdad, verdad procesal, buena fe, lealtad, economía procesal y sobre todo justicia; ya que, bajo el anuncio de prueba, el juez tiene la posibilidad de realizar un ejercicio de valoración de la prueba individual o en conjunto; las presunciones dejan de tener valor probatorio, ya que la sentencia tiene que basarse en certezas, y estas llegan solo cuando a través de una buena argumentación han logrado demostrar tanto las pretensiones del actor como las excepciones del demandado y/o el reconvenido.

---

<sup>112</sup> CRE de 2008, art. 169.

<sup>113</sup> Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Gaceta Judicial No. 13 de la Serie XIII enero-abril 1982, pág. 2.978.

<sup>114</sup> José García Falconí, “Ofrecimiento de la prueba en el COGEP”. <<https://www.derechoecuador.com/ofrecimiento-de-la-prueba-en-el-cogep-0>>, consulta: 19 de julio de 2017.

## 2.2. La indeterminación de la admisibilidad *in limine* del anuncio de la prueba

Se ha visto que, de acuerdo al art. 142, num. 7 y 8 del COGEP, el momento procesal oportuno para realizar el anuncio de prueba es en la demanda, la contestación a la demanda, la reconvención y la contestación a la reconvención; y, se ha determinado también que hacer un examen de admisibilidad del anuncio de la prueba en la primera providencia, ocasionaría una posible vulneración de derechos y garantías constitucionales como son: el derecho a la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica; y el derecho a un debido proceso, en el que como se ha afirmado, se deben respetar varias garantías, entre ellas la de la libertad probatoria.

La palabra *in limine* que significa “desde el umbral”, empleada para expresar el rechazo de una demanda o recurso, por no admitirse a discusión al no ajustarse a derecho.<sup>115</sup> Textualmente la frase *in limine*, significa: “En la iniciación del litigio”<sup>116</sup>. Por lo tanto, en este acápite, se revisarán las razones que tiene el juez para aceptar la oferta de prueba por parte de los litigantes, en los actos de proposición, sin realizar un examen previo de admisibilidad, pues las consecuencias de este ejercicio de valor probatorio en un momento procesal que no es el dispuesto por la ley, podría acarrear consecuencias perjudiciales para quienes acuden al órgano judicial en búsqueda de la tutela judicial efectiva.

Ciertamente los num. 7 y 8 del art. 142 del COGEP,<sup>117</sup> se refieren específicamente a la forma en que el actor ha de anunciar la prueba, texto del cual se puede inferir, que da libertad a los contendientes a ofrecer cualquier medio o instrumento de prueba para justificar sus aseveraciones. Asimismo respecto a la contestación a la demanda, los art. 152 y 154 del COGEP, se refieren a la forma en cómo se ha de proceder al proponer la

---

<sup>115</sup> Enciclopedia jurídica. In limine Litis, <[www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/in-limine-litis/in-limine-litis.htm](http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/in-limine-litis/in-limine-litis.htm)>, consulta: 3 de diciembre de 2017.

<sup>116</sup> Guillermo Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (Buenos Aires: Heliasta, 1989), 364.

<sup>117</sup> COGEP, art. 142, num. 7 y 8.- (...) 7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica. 8. La solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, si es del caso.

reconvención y la contestación a la reconvención que son los momentos oportunos para anunciar los medios probatorios.

Sin embargo de lo expuesto, y a pesar de que aparentemente estarían totalmente claras las disposiciones legales respecto al tiempo y a la forma, en que se ha de anunciar los medios de prueba por parte de las partes procesales. Es necesario señalar que, como se ha evidenciado en los subtítulos anteriores, algunos operadores de justicia rechazan *in limine* la calificación de la demanda, o la contestación a la demanda, o de la reconvención, por el juicio de valor que inadecuadamente realizan al anuncio probatorio; y esto tiene que ver con la indeterminación que existe en la norma legal, constantes en los art. 146 y 156 del COGEP. Esto genera varias interpretaciones a decir de los jueces, pues mientras para unos es totalmente claro que se debe calificar la demanda, o la contestación a la demanda, o la reconvención, con el anuncio de prueba realizado por los litigantes, para otros operadores de justicia no lo es, porque consideran que el juez al calificar los actos de proposición debe realizar un examen previo a la prueba anunciada, con el fin de que el proceso se vaya saneando desde el inicio de la contienda, no obstante, como se ha ido demostrando en este trabajo de investigación, este examen de admisibilidad del anuncio probatorio, lo que ocasiona es angustia a los justiciables, porque ven coartado su derecho a la tutela judicial efectiva y por ende una posible violación a sus garantías constitucionales.

Todo lo dicho se sustenta en la interpretación que se da a las disposiciones contenidas en los num. 7 y 8 de los art. 142 al 152 del COGEP, y posteriormente, la interpretación de los art. 146 y 156 del mismo cuerpo legal, que se refieren tanto al anuncio probatorio como a la calificación de la demanda y contestación a la demanda, en las cuales se puede observar la actuación de los jueces, quienes a fin de dar inicio a la actividad judicial parten de la lectura de los actos de proposición de la demanda, y así proceden a calificarla, según la disposición legal invocada, más en ese proceso de calificación de la demanda, ellos pueden interpretar que dicha actividad judicial no solamente tiene que ver con la demanda en relación con su contenido; sino en el análisis y valoración del anuncio de prueba, lo cual no está determinado taxativamente.

Para entender esto, es necesario recurrir a autores como Michel Taruffo, quien afirma que “cuando los poderes de las partes son amplios, los de juez deben reducirse,

al extremo de que cuando las partes tienen ‘todos’ los poderes, el juez debe ser completamente pasivo; mientras que cuando el juez tiene algunos poderes, las partes se reducen a la inactividad.<sup>118</sup>

Partiendo de este criterio doctrinario, se arriba a la conclusión de que en relación con el anuncio de la prueba, el juez debe tener una actitud pasiva, y por lo tanto, debe permitir que las partes ejerzan su derecho de anunciar todas las pruebas que consideren pertinentes, en los actos de proposición, sin limitación alguna, pues el momento procesal oportuno para que el Juez cumpla su papel de director del proceso y realice la valoración, de pertinencia, utilidad, conducencia y por lo tanto admisibilidad de la prueba está determinado en la ley.

Por lo tanto, al hablar de la calificación de la demanda, la contestación a la demanda y/o la reconvención en el COGEP, esta actividad se refiere al cumplimiento de ciertos parámetros legales que den vida o inicio a la actividad judicial, en relación con el anuncio de prueba, o el acceso a la prueba con la que no cuenten, o que esté en manos de un tercero; se debe entender que el legislador quiere que las partes cuenten con toda la información sobre las pretensiones de los contendientes, a fin de evitar sorpresas en el desarrollo del proceso, y por tanto una posible vulneración de derechos; por lo mismo, los jueces, al realizar el primer ejercicio jurisdiccional de calificación de la demanda, deberían realizar un examen de requisitos de procedibilidad, mas no de admisibilidad, y menos aún de práctica o valoración de prueba, por no corresponder a esa etapa procesal. Esta indeterminación en el derecho, en palabras de Hart, se produce:

no solo como consecuencia del contenido abierto de las disposiciones jurídicas, sino que es posible hablar de otras causas que afectan a la estructura de los sistemas jurídicos. En este sentido nos encontramos con la indeterminación lingüística, por un lado, y con la indeterminación que producen los defectos del sistema, por otro. Respecto de la indeterminación lingüística puede decirse que todos los sistemas la padecen de un modo necesario y su presencia viene a implicar ciertas dificultades para reconocer lo que el derecho prescribe para situaciones determinadas. Hace muchos años Hart habló de la textura abierta del derecho para referirse a esta indeterminación lingüística. Recordemos que para Hart el derecho se expresa a través de un lenguaje que establece dos zonas claramente diferenciadas: por un lado, se crea un cierto espacio de certeza que posibilita el empleo de las reglas jurídicas para aplicarlas a los casos concretos sin que surjan

---

<sup>118</sup> Michele Taruffo, página sobre justicia civil, trad. por Maximiliano Aramburo Calle (Barcelona: Marcial Pons, 2009).

dificultades especiales y, por otro, existirían ciertas zonas de penumbra en la que corresponde al intérprete decidir si un determinado caso se incluye dentro del ámbito de aplicación de la norma.<sup>119</sup>

A pesar de las indeterminaciones que se pueda encontrar en las disposiciones legales señaladas, es importante entender, que a los jueces les corresponde realizar una actividad interpretativa correcta de las normas, a fin de no afectar los derechos de los justiciables; para ello pueden recurrir a criterios jurisprudenciales que son de aplicación vinculante y obligatoria, a pesar de que en muchas ocasiones dichos criterios también han sido cuestionados por la ambigüedad de sus resoluciones.

Según la autora, Marisa Iglesias Vila, la indeterminación jurídica aparentemente es un problema importante para los juristas, sin embargo, insiste en que se debería investigar si es tan preocupante como los juristas suponen, por ello afirma:

Pero la respuesta a esta cuestión no puede desvincularse de las tesis que defendamos en torno a las funciones del derecho, la relevancia de la seguridad jurídica y el carácter del rol judicial de adjudicación normativa. Esta inquietud por la indeterminación disminuiría, por ejemplo, si asumiéramos una concepción jurídica con las siguientes tesis: a) la función del derecho no es, simplemente, guiarla conducta, sino también justificar el uso del poder institucional; b) esta justificación depende de un complejo de valores diferentes, unos formales y otros sustantivos, que rigen el ámbito de lo jurídico; c) la seguridad jurídica es uno más entre los diversos valores que conforman este fundamento axiológico y su importancia relativa deberá ser sopesada en cada caso; d) la función judicial de aplicación del derecho consiste, al menos en parte, en implementar y balancear estos valores que justifican el uso del poder institucional.<sup>120</sup>

De la doctrina transcrita, se puede evidenciar que en la legislación procedimental ecuatoriana, con motivo de la expedición del COGEP, en lo que tiene que ver con el anuncio de prueba en los actos de proposición de la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, así como en la calificación de dichas acciones judiciales, los jueces deben ajustar su actividad judicial, lo más

---

<sup>119</sup> Manuel Segura Ortega. “Problemas interpretativos e indeterminación del derecho”, *Dereito* 22, No. Ext. (noviembre de 2013): 675, <<http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/download/1175/1542>>, consulta: 3 de diciembre de 2017.

<sup>120</sup> Marisa Iglesias Vila, “Las fuentes de indeterminación del derecho: Una aproximación filosófica”, *Cuadernos de Derecho Público*, No. 28 (mayo-agosto de 2006), <[http://www.academia.edu/7632053/Las\\_fuentes\\_de\\_indeterminaci%C3%B3n\\_del\\_Derecho\\_una\\_aproximaci%C3%B3n\\_filos%C3%B3fica](http://www.academia.edu/7632053/Las_fuentes_de_indeterminaci%C3%B3n_del_Derecho_una_aproximaci%C3%B3n_filos%C3%B3fica)>, consulta: 3 de diciembre de 2017.

apegados al respeto a la seguridad jurídica, al debido proceso, a la no vulneración de derechos, especialmente, a la tutela judicial efectiva y debido proceso, con la garantía básica de la libertad probatoria.

Realizar un examen de admisibilidad *in limine* en la demanda, o en la contestación a la demanda, por la indebida interpretación de las normas legales podrían causar graves problemas a la actividad judicial y los usuarios del servicio de justicia, por ello la importancia de este trabajo, que lo que intenta es encontrar un camino que garantice la seguridad jurídica, tanto a los operadores de justicia como a los contendientes, pues por un lado se evitaría la actuación arbitraria del juez por medio de sus providencias que ponen fin a un proceso que ni siquiera se ha iniciado, violando así el derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de acceso o, dejando en indefensión al demandado, quien no tendría posibilidad de defenderse frente a las acciones incoadas en su contra.

Con estas propuestas, la ciudadanía tendría la posibilidad de acudir al órgano judicial y recibir la tutela judicial efectiva tan ansiada y consagrada en nuestra Constitución de la República, con limitaciones, pero no con restricciones.

En ese orden de ideas, y con la finalidad de sustentar esta posición frente a la posible inconstitucionalidad que representa la calificación *in limine* del anuncio de prueba, se puede enunciar brevemente aquellos principios procesales que se encuentran en colisión directa con la imposición de este filtro procesal *de facto*.

En primer lugar, el establecimiento del filtro de calificación del anuncio de prueba contraviene el derecho de defensa al limitarse a una o ambas partes la posibilidad de ofrecer pruebas plenas en el juicio; este derecho, consagrado en el art. 76, num. 7, lit. h) de la Constitución es una garantía procesal íntimamente ligada con el debido proceso tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional del Ecuador, en el siguiente contexto:

De esta forma 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 manifestación del debido proceso. [...] el derecho de hallarse en el proceso impone al juez el deber de: [...] no excluirlo indebidamente del proceso, puesto que de otro modo no se garantiza el derecho de las personas a exponer sus

posiciones, a ser oídas por los tribunales, o a presentar sus argumentos o pruebas de defensa.<sup>121</sup>

De este modo, al establecerse una limitación a las partes procesales en sus elementos probatorios, efectivamente se puede violentar su derecho a la defensa por cuanto las partes procesales no podrían ejercer de una forma integral sus medios de prueba, al no permitírseles aportar las pruebas de forma libre, salvo las limitaciones previamente estipuladas en la Constitución y la ley. Con lo cual, como ya se ha dicho, se podría incluso considerar que tal calificación al anuncio de prueba en los actos de proposición vulneraría la seguridad jurídica de las partes procesales.

Por otra parte, las creaciones de dichos filtros preliminares coartan el principio de la comunidad de la prueba que refiere a que, una vez aportadas las pruebas por las partes procesales estas no pertenecen a quien las promovió, sino que pertenecen, en su totalidad, al proceso, pudiendo llegar a beneficiar o perjudicar a quien las promueva o al contradictor. En tal sentido, al restringirse la presentación o acceso de pruebas, la otra parte podría perder un elemento probatorio indispensable que podría beneficiarle. Esta situación es muy frecuente dentro de la práctica judicial ecuatoriana ya que se ha considerado, que entre mayor cantidad de pruebas se pueda agregar al proceso, mejor resultado podría generarse sin que, en una gran mayoría de casos, los profesionales del derecho puedan discriminar entre las pruebas que le benefician de aquellas que pueden perjudicarles.

Adicionalmente, se ha afirmado que la calificación preliminar del anuncio de prueba realizado por algunos jueces, puede vulnerar directamente el principio de publicidad de la prueba, puesto que, por mandato constitucional todo proceso a más de ser público, salvo sus respectivas limitaciones, requiere también que, desde una fase interna del proceso, las partes procesales conozcan los elementos de prueba de sus contrincantes. Lo dicho se expresa claramente en el art. 6 del COGEP cuando establece, que el juez celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales las cuales deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran el proceso. De allí que, un acto procesal fundamental del proceso es, efectivamente el conocer del anuncio de prueba de la otra parte procesal.

---

<sup>121</sup> Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición. Sentencia No. 024-10-SEP-CC.

La publicidad de la prueba permite que las partes procesales puedan conocer fehacientemente los medios de prueba que serán presentados dentro de la audiencia respectiva, garantizando así, transparencia e igualdad de armas para preparar su defensa y contradecir aquellas que no sean útiles, pertinentes o inconducentes. Este ataque, respecto a la validez o admisibilidad de la prueba, necesariamente, en respeto al principio de oralidad y contradicción solo puede hacerse en una audiencia pública mediante la cual las partes procesales puedan exponer los argumentos oportunos ante el juez quien, basándose en las proposiciones expuestas por las partes procesales, decidirá admitir o rechazar cierto medio de prueba.

Por tal razón, resulta inconcebible dentro de un sistema tan garantista como el nuestro, que en materia procesal no penal, se pretenda imponer un filtro de admisibilidad *in limine* del anuncio mismo de los medios de prueba en los actos de proposición; tomando en cuenta que, si bien en ciertos casos, las partes procesales pueden solicitar pruebas inútiles, inconducentes e impertinentes; el juez por su conocimiento propio no puede rechazarlas de plano, ya que tal situación solo puede acontecer en la audiencia respectiva, respetando los principios de contradicción, debido proceso, defensa y publicidad de la prueba.

Sobre los parámetros para disuadir la vulneración a la admisibilidad del anuncio de pruebas y el control constitucional, en el apartado anterior se ha afirmado la importancia de conocer adecuadamente la importancia de los medios de prueba como los únicos instrumentos que pueden recoger las impresiones de las fuentes de prueba dentro de un proceso; así como su validez y oportunidad dentro de las fases procesales específicas. Igualmente se ha desarrollado un conjunto de los derechos y principios procesales que podrían ser coartados con la imposición de los filtros preliminares de calificación del anuncio de prueba.

### **2.3. Propuestas frente a las restricciones al principio de la libertad probatoria previsto en el COGEP**

Como se ha expresado en páginas anteriores, el rechazo *in limine* de la demanda por la valoración de la prueba, que concluye con la admisibilidad o no del anuncio de prueba por parte del juez, en un momento procesal que no corresponde, da como resultado que los justiciables no tengan seguridad jurídica en sus derechos reclamados;

los abogados litigantes ven con inquietud cuando ingresan una causa a la Sala de Sorteos, pues la suerte de que esta sea calificada o no, dependerá del juez a quien corresponda el conocimiento y tramitación de la misma. El juez, que es el artífice en la construcción del proceso, pues tiene en su poder la posibilidad de interpretar la norma para calificar y dar inicio al juicio, o a su vez rechazarlo de plano y dejar en indefensión al litigante.

Al establecer de manera clara que existe indeterminación en las normas señaladas en los num. 7 y 8 de los art. 142 y 152 del COGEP; y en los art. 146 y 156 del cuerpo de leyes mencionado y, que es necesario buscar la paz social a través de resoluciones judiciales motivadas que permitan el acceso a los órganos judiciales para obtener de ellos resoluciones que pongan fin a los conflictos, sin vulnerar derechos constitucionales y menos aún, garantías que se encuentran consagradas tanto en la CRE como en los tratados internacionales de derechos humanos; para evitar incurrir en un análisis meramente descriptivo que se limite a concluir con la identificación del problema, tal como se lo ha hecho hasta aquí, lo que se pretende ahora es mostrar algunos mecanismos tendientes a atenuar o solventar dicho problema.

Siendo así, una vez que se ha identificado un claro problema de tipo normativo, de indeterminación en las normas del COGEP; que ha traído como consecuencia la restricción –no limitación– del principio de libertad probatoria por parte de los jueces, es procedente plantear y analizar algunos mecanismos normativos y jurisdiccionales, no excluyentes entre sí, que puedan aproximarnos a una solución. Esto denota que esta investigación no es puramente de tipo normativista sino propositiva y crítica. Cabe precisar que dichos mecanismos, acorde a su naturaleza, pueden brindar soluciones a corto y largo plazo.

Entre estos mecanismos, he considerado pertinente referirme a dos vías o soluciones de tipo normativo y cuatro de tipo jurisdiccional. En primer lugar, se podría realizar alguna reforma legal por parte de la Asamblea Nacional al anuncio probatorio, sin que se altere el texto ni el espíritu de la ley; no obstante, considero que este trámite es demasiado burocrático, de larga espera, pues tratándose del órgano del control político, la aprobación de una reforma implicará necesariamente un proceso interno condicionado a mayorías políticas. Los derechos, de manera general, no pueden estar

supeditados a esta larga espera, se deben buscar y adoptar de manera paralela otro tipo de soluciones más dinámicas y sociológicas, pues hasta tanto las cosas continuarían en la misma situación en la que se encuentran desde que se expidió el COGEP.<sup>122</sup>

Otra opción, podría ser el establecimiento de normas interpretativas y vinculantes por parte de la Corte Nacional. Esto, por medio de resoluciones que pongan fin a las interpretaciones disímiles de los jueces *a quo*, en torno a la problemática y que terminan por vulnerar los derechos a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica. Siendo así, las judicaturas deberán acogerse a las resoluciones emanadas por el máximo órgano de justicia ordinaria, para poner en movimiento a la actividad judicial y proceder a la calificación *in limine* de la demanda, con el anuncio probatorio con que cuente la parte procesal, sin llegar a hacer un examen de admisibilidad. Esta sería una solución de corto tiempo, dinámica, pues solo bastaría la decisión del Pleno de la Corte Nacional, para concluir favorablemente este tema.

Esta opción de una interpretación con carácter general y obligatorio de parte del Pleno de la CNJ, que tal como lo ha hecho ya en otras ocasiones (resolución No. 06-2017 aprobación de precedente jurisprudencial obligatorio; resolución No. 12-2017 que se refiere al momento procesal y la forma en la que se han de resolver las excepciones previas dispuestas en el COGEP), en el marco de su competencia prevista en el art. 180, num. 6 del COFJ, puede esclarecer el contenido y alcance del principio de libertad probatoria establecido en el art. 142, num. 7 y 8; y el art. 152 del COGEP, respecto a los

---

<sup>122</sup> CRE, art. 120, num 6.- “La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio. “, en concordancia con el art. 9, num. 6 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa que dispone: “Funciones y Atribuciones: La Asamblea Nacional cumplirá las atribuciones previstas en la CRE, la Ley y las siguientes: Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”. Art. 133 de la CRE: “Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas:  
1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución.  
2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.  
3. Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados.  
4. Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral.  
La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional.  
Las demás serán leyes ordinarias, que no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica.”

art. 146 y 156 del COGEP. Esta última opción, como se puede ver, resulta mucho más ágil en relación con una reforma formal de parte de la Asamblea Nacional.

Una tercera solución sería la generación de precedentes jurisprudenciales ordinarios, por parte de la CNJ, a través de fallos de triple reiteración. Se ha dicho en el desarrollo de este trabajo de investigación que la Corte Nacional, no ha generado muchos criterios jurisprudenciales. Entre las razones que fundamentan la escasa producción de precedentes, está concretamente el diseño previsto en el art. 185 de la CRE; un diseño que involucra un proceso excesivamente formal, burocrático que impide que la jurisprudencia ordinaria se erija como una auténtica y verdadera fuente de derecho. El valor del precedente en justicia ordinaria, es una clara muestra de la concepción de doctrina legal española, donde la jurisprudencia cumple un rol meramente subsidiario a la ley. Sumado a ello, requiere necesariamente, la existencia de tres fallos reiterativos –en otros sistemas jurídicos, como el mexicano, seis– sobre un mismo punto de derecho, que finalmente en el caso ecuatoriano deberá ser resuelto y emitido por el Pleno de la Corte Nacional.

Respecto de los precedentes jurisprudenciales, en sentencia dictada el 12 de mayo de 2010 con resolución No. 284-2010 dentro del proceso No. 201-2007, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, señaló lo siguiente: “QUINTO: Dentro del denominado ‘derecho de los jueces’, ‘derecho judicial’, o simplemente ‘derecho jurisprudencial’, debemos diferenciar dos tipos de precedentes: 1. El precedente jurisprudencial obligatorio o vinculante, y 2. El precedente jurisprudencial referencial o indicativo. Por el primero, únicamente en relación con los fallos de triple reiteración, en nuestro ordenamiento jurídico debemos distinguir dos subcomponentes: i) Los precedentes jurisprudenciales obligatorios o vinculantes expedidos antes de la publicación en el Registro Oficial de la nueva Constitución de la República, los que surgen de la misma Sala Especializada de la entonces Corte Suprema de Justicia, cuyos criterios son vinculantes para todos excepto para el Tribunal de Casación, incluida en este, la Sala reiteradora de la Jurisprudencia, y que bien podía dejarse de observar y aplicar sin mayor requerimiento normativo aún por la misma Sala que los expidió, pero sin dejar de cumplir con una argumentación explícita, transparente, suficiente y adecuada para ello; y, ii) Los precedentes jurisprudenciales obligatorios o vinculantes expedidos luego de la publicación en el *Registro Oficial* de la

nueva Constitución de la República, que puede generarse únicamente en el Tribunal en Pleno del máximo Tribunal de Justicia ordinaria de la República, la CNJ, cuyos efectos vinculantes, erga omnes, son generales y obligatorios aún para el mismo Tribunal de Casación, que podrá renovar sus criterios jurisprudenciales, previo el cumplimiento de un proceso de profundo análisis jurídico al interior de su seno, con la misma argumentación explícita, transparente, suficiente y adecuada.- Para establecer un precedente jurisprudencial obligatorio o vinculante, se deben considerar los hechos y circunstancias de los casos reiterados, a fin de “considerar la jurisprudencia como repositorio de experiencia basado en la analogía fáctica entre casos previamente decididos y casos nuevos presentados a la decisión de los jueces. La doctrina del precedente vinculante implica que la decisión adoptada con anterioridad dentro de un cierto patrón fáctico tiene fuerza gravitacional *prima facie* sobre un caso nuevo análogo por sus hechos o circunstancias...”<sup>123</sup> sobre un mismo y específico punto de derecho no previsto por el legislador en la norma jurídica positiva”.

Es necesario señalar que los problemas estructurales de la generación de precedentes en sede ordinaria, se agravan en el tema concreto de esta investigación. En efecto, en lo atinente al objeto de esta investigación, la razón para la inexistencia de precedentes por parte de Corte Nacional, podría obedecer a que la actividad judicial en el procedimiento oral está inaugurándose en Ecuador. Como muestra de ello, en ciertos temas de carácter sustantivo, se recurre a la jurisprudencia dictada por la ex Corte Suprema de Justicia, jurisprudencia que, conforme lo prevé la Ley de Casación, norma preconstitucional, no tenía efectos vinculantes horizontales, es decir, no vinculaba a la propia Corte Suprema, conforme lo preveía el art. 19 de la Ley de Casación:

PUBLICACIÓN Y PRECEDENTE.- Todas las sentencias de casación serán obligatoriamente publicadas en su parte dispositiva en el Registro Oficial y constituirán precedente para la aplicación de la Ley, sin perjuicio de que dichas sentencias sean publicadas en la Gaceta Judicial o en otra publicación que determine la Corte Suprema de Justicia. La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema. Igualmente la Corte Suprema de Justicia podrá emitir resolución obligatoria sobre puntos de derecho respecto de los cuales existan fallos contradictorios de las cortes superiores y tribunales distritales, aunque no le hayan llegado por vía

---

<sup>123</sup> Diego Eduardo López Medina, El derecho de los jueces, 2a. ed. (Bogotá: Legis / Universidad de los Andes, 2006), 109.

de casación. La Corte Suprema resolverá sobre los fallos contradictorios ya sea por su propia iniciativa o a pedido de las cortes superiores o tribunales distritales. El Presidente de la Corte Suprema emitirá un instructivo para el adecuado ejercicio de esta atribución”.

Es así que, en el caso de los procesos orales con motivo de la vigencia del COGEP, la jurisprudencia es totalmente escasa, por lo que, aspirar a que la Corte Nacional dicte precedentes jurisprudenciales a través de fallos de triple reiteración, con todos los problemas estructurales antes anotados, sería una solución a largo plazo.

Por otra parte, la Constitución en el ámbito de los mecanismos de control constitucional, como el de consulta de constitucionalidad previsto en el art. 427 de la Constitución, así como las acciones de inconstitucionalidad y extraordinaria de protección de competencia de la Corte Constitucional en los términos previstos en los art. 436, num. 2; art. 94 y 437 de la Constitución, respectivamente, nos permitirían acceder a una solución constitucional –a corto plazo– al problema. Esto porque como queda demostrado al realizar un examen *in limine* de la admisibilidad y valoración del anuncio probatorio, se estaría vulnerando directamente derechos y garantías constitucionales, por lo que sería factible realizar una consulta de constitucionalidad, a través de los mismos jueces, según las disposiciones contenidas en la Constitución y Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional o, en su defecto, cualquier persona podría proponer una acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la misma Constitución de la República; y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC). En el marco de estos dos mecanismos de control constitucional, como precisaré más adelante, la Corte Constitucional no ejercería una interpretación de tipo legal, concretamente en torno al COGEP; pues no es de su competencia, sino un control constitucional de las normas pertinente del COGEP para verificar su conformidad con la Constitución. En el marco de este ejercicio de constitucionalidad, la Corte, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, no necesariamente deberá optar por una declaratoria de inconstitucionalidad; sino que en uso de su competencia de intérprete auténtico de la Constitución podría hacer uso de sentencias interpretativas, atípicas, manipulativas, exhortativas, según sea el caso, para procurar subsanar aquellas inconsistencias de tipo constitucional de las que puede adolecer el COGEP.

Finalmente, existe también, la posibilidad de interponer una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional, y por medio de ella conseguir la generación de un precedente que sea vinculante y de aplicación obligatoria, aquí no opera la necesidad de contar con un triple fallo reiterativo por haber demostrado que, efectivamente, en la actividad judicial, al momento de calificar la demanda por parte de los jueces, existe una indeterminación en las normas jurídicas aplicables, las mismas que podrían afectar derechos y garantías constitucionales. Cabe precisar que de conformidad con el art. 436, num. 3 de la CRE, la Corte Constitucional también está facultada para ejercer un control de constitucionalidad de norma conexa, en el marco de una acción extraordinaria de protección. Estas vías, de carácter constitucional, resultan ser mucho más dinámicas que aquellas reformas formales de la ley o la generación de precedentes ordinarios en torno a la materia por parte de la Corte Nacional. A diferencia de lo que sucede en sede ordinaria, la jurisprudencia constitucional, desde la vigencia de la Constitución de 2008, conforme lo ha dicho la propia Corte Constitucional en su jurisprudencia, es el caso de la sentencia No. 0001-10-PJO-CC, se ha revalorizado, desformalizado y se constituye, en consecuencia, en una auténtica fuente del derecho que, dependiendo del caso y competencia que ejerza la Corte, incluso podría ubicarse al mismo nivel de la Constitución

### **2.3.1. Reformas legales al anuncio de la prueba**

Una primera solución a pesar de su inconveniencia en términos de tiempo, tal como se mencionó previamente, pero que, resulta necesaria para subsanar el déficit de protección del derecho a la libertad probatoria en la calificación del anuncio de los medios de prueba es una reforma legal del COGEP en dos aspectos: El primer aspecto refiere al art. 142 que contempla los requisitos de la demanda, así como los art. 146 y 156 del COGEP, que regulan la calificación de la demanda y la calificación de la contestación de la demanda y de la reconvención; y, en segundo lugar es imprescindible definir qué se entiende por prueba de acceso y prueba disponible.

Con respecto al primer punto, el art. 142 del COGEP establece los requisitos generales que debe preceder a toda demanda; cabe indicar que dichos requisitos son, en lo que fuera aplicable, exigibles tanto para la contestación a la demanda como para la reconvención y la contestación a la reconvención. En definitiva, dicho artículo en sus

num. 7 y 8 refiere al anuncio de la prueba disponible y prueba de acceso que debe acompañarse en el escrito contentivo de la demanda, contestación a la demanda y reconvencción. Esencialmente se reconoce que los num. 7 y 8 son oportunos en el sentido de que permiten garantizar la publicidad de las pruebas y el derecho de defensa de la otra parte procesal al conocer claramente que argumentos y elementos de prueba han sido expuestos en el juicio, con el objeto de que este pueda preparar adecuadamente su defensa, evitándose así las famosas pruebas de último momento que, como quedó expuesto anteriormente, existían en los procesos judiciales, del sistema escrito.

Sin embargo, sería adecuado formular una cláusula de prohibición dentro del referido artículo, en el sentido de que el juez, en esta fase procesal, no podrá rechazar *in limine* el anuncio probatorio por considerar a su criterio, que dicho anuncio de prueba, puede ser inconducente, impertinente o inútil, sin embargo, podría solicitar se aclare o complete el sentido de la prueba propuesta cuando esta no sea inteligible o resulte de deficiente comprensión para el juzgador, con el fin de que, esté totalmente claro el anuncio de prueba o el pedido de acceso a la misma, sin que exista la menor duda de lo que requiere para el remedio procesal. Así, se lograría conducir al juzgador a la opción de calificar –según su propio conocimiento– la impertinencia, utilidad o conducencia de la prueba, al momento de calificar la demanda o la contestación a la demanda o la reconvencción. Esto porque dichas pruebas deben ser defendidas por quien las expone y alegadas por la parte contraria, dentro de la audiencia dispuesta para el efecto, facultándole únicamente al juez solicitar alcances o precisiones a la prueba cuando esta no se encuentre debidamente expresada en el texto de la demanda o en los documentos adjuntos.

Ahora bien, en relación con el segundo elemento, es importante que se establezca de manera expresa la diferencia entre los medios de prueba disponibles, de la solicitud de acceso judicial de prueba, estipulados en el art. 142, num. 7 y 8 del COGEP. La prueba de acceso, es aquella prueba documental, pericial o de otra naturaleza (a excepción de la testimonial) que dispone una de las partes procesales y que pretende hacerla actuar en juicio. La prueba de acceso o solicitud de acceso judicial de prueba puede ser entendida como aquella prueba imposible de ser adquirida privadamente, por no encontrarse en poder de la parte requirente pero que, por necesidad de la misma,

concorre ante el juez para que, mediante sus buenos oficios, pueda solicitarla e incorporarla al proceso principal.

Ambos términos a simple vista no parecen generar mayores problemas empero, desde la práctica judicial, la prueba de acceso ha generado graves cuestionamientos, especialmente, por cuanto los jueces han solicitado a las partes procesales justificar (demostrar) la imposibilidad de acceso a la prueba aducida en los actos de proposición de la demanda.

En algunos casos la imposibilidad de acceso a la prueba puede ser claramente identificable, especialmente por encontrarse dicha información restringida por ley, tal como sucede con el velo societario de las compañías, el sigilo bancario dentro de las entidades financieras, o la reserva de la historia clínica por parte de los hospitales; sin embargo, *¿Qué sucede si la información que se pretende hacer valer en juicio está en poder de la otra parte o de terceros?*, o la información solicitada nunca fue despachada por parte de la entidad requerida, o el término para interponer la demanda no permite que se obtenga a tiempo los elementos de prueba requeridos. Estas interrogantes, se agudizan más cuando se exige la prueba, de la imposibilidad de acceso a la prueba, la que luego, huelga a decir, responderá al criterio (subjetivo) del juez aceptarla como suficiente o no. *Entonces ¿Qué ocurriría si el juez rechaza una solicitud de acceso de prueba por considerar que no se ha probado la imposibilidad de acceso de la misma? ¿Cuál prueba podría ser considerada como idónea?* Un escenario procesal muy probable que lastimosamente no se encuentra solventado dentro del COGEP.

En atención a estas interrogantes, se considera oportuno establecer dentro del COGEP una lista, no taxativa, de qué clase de pruebas pueden ser consideradas como de acceso, estipulándose expresamente que, en caso de duda respecto de determinada solicitud de acceso de prueba sea, o no disponible, el juez necesariamente aceptará la solicitud de prueba y la tramitará sin mayores dilaciones. Esta reforma generaría seguridad jurídica tanto a las judicaturas como a los profesionales en derecho, por cuanto se conocería adecuadamente qué pruebas necesariamente deberían ser conseguidas privadamente y cuáles pruebas son susceptibles de ayuda judicial. Igualmente, se propendería el principio *in dubio pro homine*, al determinar que, de existir duda sobre si una determinada prueba es disponible o de acceso, esta deberá ser

considerada como de acceso y, por ende, se deberá brindar el auxilio judicial para su obtención; probablemente lo más adecuado para incluir estos presupuestos, no esté dado por una reforma legal, por las implicaciones que resultan de la misma; más bien, se podría optar por una Resolución interpretativamente emitida por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, evidentemente como consecuencia del análisis del Art. 142.7 del COGEP, en relación al anuncio probatorio.

Finalmente, la reforma legal también debería establecer que, frente a la denegación de la prueba de acceso, se podrá apelar de dicha decisión en efecto diferido, siguiendo la misma lógica impuesta en el inciso final del art. 160 del COGEP, resguardando así el debido proceso y evitando dotar al juez de facultades claramente subjetivas respecto de la necesidad de la prueba solicitadas por las partes procesales; y, evitando que se coarten los derechos de los litigantes, pues actualmente en caso de que el juez niegue el acceso de prueba, simplemente se ordena el archivo de la causa, o la parte a quien se negó dicha prueba se queda sin prueba.

Esta solución de reforma legal, como ya se mencionó previamente, tiene ciertas desventajas, entre ellas, particularmente, su carácter político, que a la hora de la emisión o reforma de un ley resulta determinante. En primer término, la forma cómo se debe proceder para reformar una ley orgánica, en este caso, el COGEP. El proyecto de reforma de ley debería ser planteado por un colectivo social, que bien podría ser el Colegio de Abogados, o un grupo de personas perjudicadas por las decisiones judiciales, aquí encontraríamos ya un problema, pues este colectivo social, debería reunirse y plantear esta reforma a la Asamblea Nacional. Este ente público, dotado de la atribución contenida en el art. 120 de la CRE tiene la potestad de reformar la ley, así lo prevé el num. 6 del referido artículo: “La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: [...] 6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”;<sup>124</sup> pero para que esta reforma sea aceptada y prospere, se requiere que una vez aceptada por el titular de la Asamblea, se la ponga en conocimiento de la comisión legislativa y una vez que cuente con informe favorable, el pleno de la Asamblea lo debata y la

---

<sup>124</sup> CRE de 2008, art. 120, num. 6.

apruebe, para lo cual, según el art. 133 de la CRE de 2008<sup>125</sup> requiere de mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional.

Por lo visto, la solución de la reforma legal no es tan simple, y requiere de compromiso y coyunturas políticas, mientras tanto todo sigue igual, los derechos y garantías constitucionales relacionadas a la libertad probatoria, seguirán siendo objeto de restricciones arbitrarias por parte de los juzgadores.

### **2.3.2. Interpretaciones normativas dinámicas y vinculantes**

Frente a la dificultad de realizar una reforma legal al COGEP, por las circunstancias de modo y tiempo, se podría recurrir a una interpretación normativa dinámica y vinculante, emitida por el Pleno de la CNJ, mediante una resolución. Este organismo que en ejercicio de la atribución prevista en el art. 180, num. 6 del COFJ; en concordancia con el art. 84 de la CRE, tiene la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Ecuador.

Esta resolución, debería nacer de la necesidad de regular la libertad de la actividad probatoria, conforme se ha señalado en líneas anteriores; pues, tal y como se encuentra dispuesto en los art. 142, num. 7; art. 142, num. 8; art. 152; art. 146 y 156 del COGEP, se continuarán vulnerando derechos a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, trilogía que es propia del Estado garantista de derechos.

La dificultad de obtener esta resolución radica en el hecho de que, de conformidad a lo previsto en el art. 129, num. 8 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), establece que los jueces y las juezas, tienen la facultad de: “Presentar, por la vía correspondiente, consultas sobre la inteligencia de las leyes, así como anteproyectos de ley o reformas legales que tengan directa relación con la jurisdicción y competencia que

---

<sup>125</sup> CRE de 2008, art. 133.- Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas: 1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución. 2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. 3. Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados. 4. Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral. La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional. Las demás serán leyes ordinarias, que no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica.

ejerzan” , a ellos les corresponde entonces, realizar la consulta a la Corte Nacional, para que emita una resolución de carácter vinculante y obligatorio para todos los operadores de justicia y abogados en general. La tramitación de esta consulta, debe ceñirse a los parámetros establecidos en la Resolución de 20 de Mayo del 2009, publicada en el Registro Oficial No. 614 de Junio del 2009; y que se refiere a las “NORMAS DE PROCEDIMIENTO PARA LAS CONSULTAS DE LOS JUECES SOBRE LA INTELIGENCIA Y APLICACIÓN DE LAS LEYES Y PARA LA APROBACIÓN DE ANTEPROYECTOS DE LEY “, en la que se establece, la forma en la que se ha de presentar la consulta; y, corresponde al Presidente de la Corte Nacional disponer que se analice la problemática expuesta, y una vez que se obtenga el informe, este sea socializado y aceptado por unanimidad por el Pleno de la CNJ. Así lo establece el art. 180, num. 6 del COFJ: que señala: “FUNCIONES.- Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: 6. Expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial”. Este trámite, no tiene un tiempo determinado para despacharse por parte de la CNJ, puesto que no hay un reglamento que establezca períodos para la emisión de tales resoluciones, y estas simplemente están al libre albedrío del Pleno de los Jueces de la Corte Nacional. Por lo dicho, se puede concluir, de que si bien, es una solución aparentemente de fácil acceso, al mismo tiempo, no lo es, porque también depende de la voluntad política y compromiso jurídico que tengan los jueces de la Corte Nacional.

Cabe señalar que existen antecedentes de que la CNJ ha realizado interpretaciones jurídicas de ciertos temas controversiales del COGEP, que han sido modulados a través de estas resoluciones, tal es el caso de la resolución No. 06-2017: Competencia para la ejecución de laudos arbitrales, actas de mediación y actas transaccionales; No. 08-2017, sobre las reglas para el trámite de la acción de nulidad del laudo arbitral; No. 11-2017: Cómo debe contabilizarse el tiempo para presentar el recurso de Casación. Sin embargo, como se puede observar son resoluciones adoptadas en el año 2017, después de un año de que el COGEP entró en vigencia.

### **2.3.3. Precedente judicial ordinario. Fallo de triple reiteración**

Otro de los posibles caminos que pondrían fin a la problemática expuesta en esta investigación, sería la jurisprudencia, a través del desarrollo de fallos de triple reiteración. El art. 184, num. 2 de la CRE determina las funciones de la CNJ, entre las que se encuentra: “2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración”.<sup>126</sup>

La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, sin embargo, como ya se ha expuesto, la CNJ, a raíz de la expedición del COGEP ha dictado escasos precedente, y ninguna respecto al objeto de esta investigación. Entre las razones para la escasa generación de precedentes, tal como lo mencioné previamente, está el diseño formal, burocrático que prevé el art. 185 de la CRE para la generación de un precedente.

El valor del precedente en justicia ordinaria, concretamente aquél de competencia de la Corte Nacional, es una recepción de la doctrina del sistema legal español, siendo así, acorde a una corriente formalista, la jurisprudencia se limita a cumplir un rol meramente subsidiario respecto a la ley. Sumado a ello, el requisito previo de contar con tres criterios reiterativos sobre el mismo punto de derecho, da cuenta de que, en términos de tiempo, la generación de un precedente es sumamente difícil, pues finalmente, una vez que existan los tres criterios reiterativos, éstos deberán pasar al Pleno de la Corte Nacional, para su aprobación. Es así, que hasta la presente fecha existe un vacío de jurisprudencial.

Así por ejemplo, en materias no penales, seguramente por el poco tiempo transcurrido desde la vigencia del COGEP, más bien, la jurisprudencia que se aplica en las sentencias actuales se refieren a las normas sustantivas; y, en cuanto a las procedimentales o adjetivas, recogidas de la ex Corte Suprema de Justicia, y son aquellas que responden a los intereses de cada caso.

Ahora bien, la CNJ a raíz de la expedición del COGEP ha dictado pocas sentencias, y casi ninguna con la característica de jurisprudencia, es decir con el carácter de vinculante y de aplicación obligatoria en relación con el tema planteado; pues, para

---

<sup>126</sup> CRE, art. 184, num. 2.

ello es necesario que suban procesos con similar problemática, por el recurso extraordinario de casación; y que estos sean resueltos por los jueces nacionales a través de sentencias motivadas que justifiquen la calidad de precedente jurisprudencial. Como se ha afirmado, actualmente no se cuenta con precedentes jurisprudenciales relacionados al tema de investigación, lo cual guarda relación con el poco tiempo transcurrido desde la puesta en vigencia del COGEP, razón por la cual, la jurisprudencia que se aplica en las sentencias actuales se refieren a las normas sustantivas; y, en cuanto a las procedimentales o adjetivas, recogidas de la ex Corte Suprema de Justicia, son aquellas que responden a los intereses de cada caso. Se entiende que no pueden haber casos jurisprudenciales con fallos de triple reiteración respecto al tema que nos ocupa, porque se trata de una situación incorporada al COGEP, es decir es un problema totalmente nuevo, que aún no ha sido abordado de manera directa por parte de la Corte Nacional; **por** lo tanto, si bien esta podría ser una solución al problema planteado, no es la más viable, porque no depende de la voluntad de las personas ni de los jueces, sino de las circunstancias en las que, en algún momento se llegue a conocer este problema, a través de las causas que suban por el recurso de casación a la Corte Nacional de Justicia.

Por lo dicho, se puede colegir que, dentro de nuestra jurisprudencia, el derecho a la libertad probatoria no ha sido oportunamente desarrollado en sus diversas aristas, ya que, como se ha visto durante el desarrollo del presente trabajo, la libertad de prueba es un derecho constitucional positivizado en el art. 76, num. 7, literal h) de la Constitución del Ecuador, y cuya aplicación no solamente se circunscribe en la presentación de pruebas, sino además, desde un aspecto negativo, exige a los jueces evitar obstáculos innecesarios para su oportuno ejercicio.

Igualmente, desde la jurisprudencia, concretamente a través de un precedente de competencia del Pleno de la Corte Nacional, se debería emitir un criterio uniforme en el sentido de que, frente a una duda respecto de los jueces sobre una determinada solicitud de prueba, esta deba ser aceptada y tramitada sin dilaciones; respetándose el derecho de contradicción y defensa de la otra parte, ya que la tramitación de la prueba no necesariamente implica que dicho elemento probatorio es *per se* válido, por cuanto existe un examen de admisibilidad posterior.

#### **2.3.4. Mecanismos de control constitucional**

Dentro de la problemática desarrollada, también se podría acudir a los mecanismos de control constitucional, como medios idóneos para la solución de este conflicto, pues como se ha demostrado, se afectan derechos y garantías constitucionales que están contempladas en la Constitución de la República. Siendo así, tratándose también de un problema de relevancia constitucional, la Corte Constitucional es competente para subsanarlo. La Corte Constitucional, en tanto máximo organismo de control constitucional en los términos previstos en los art. 429 y 436, num. 1 y 6, de la CRE, puede dictar sentencias vinculantes y obligatorias que deben ser aplicadas como precedente jurisprudencial, recalcando que la generación de un precedente en sede constitucional no requiere un triple fallo reiterativo.

En el marco de competencias que la Constitución confiere a la Corte Constitucional, encontramos algunas a través de las cuales podría generar un precedente con carácter vinculante de tipo horizontal y vertical, en torno al problema planteado en esta investigación, entre ellos, los siguientes: 1. La consulta de constitucionalidad; 2. La acción pública de inconstitucionalidad, y 3. La acción extraordinaria de protección, con la generación de un precedente jurisprudencial, lo que se denomina también la dimensión objetiva de la acción.

##### **2.3.4.1. Consulta de constitucionalidad**

El Pleno de la Corte Constitucional, tiene atribuciones para resolver la consulta de constitucionalidad de los num. 7 y 8 de los art. 142 y 152, 146 y 156 del COGEP, de conformidad a lo previsto en los art. 428 de la CRE, y de los art. 141, 142 y 143 de la LOGJCC; de lo dispuesto en el segundo inciso del art. 4 del COFJ y en los art. 3, num. 6, y 81 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (RSPCCC).

Al realizar la consulta de constitucionalidad por parte de los jueces en una causa específica, se pone en ejercicio la atribución del máximo órgano de control concentrado de constitucionalidad, en el marco normativo ecuatoriano, el mismo que está desarrollado en el art. 428 de la Constitución de la República y mediante el cual, dicho organismo cuenta con 45 días para resolver este pedido, de no hacerlo el perjudicado puede plantear la acción extraordinaria de protección. Esta consulta de

constitucionalidad, entendida como control concreto de constitucionalidad, conforme lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia No. 0001-13-SCN-CC lo que busca es, garantizar la coherencia constitucional de cualquier norma infraconstitucional respecto a la cual el juzgador tenga una duda razonable y motivada sobre su constitucionalidad. Es el caso, por ejemplo, del COGEP, en cuanto a la aplicación de las disposiciones normativas relacionadas a la libertad probatoria dentro de los casos concretos.

Respecto a este tema, el Pleno de la Corte Constitucional, en sentencia No. 002-13-SCN-CC, dentro del caso No. 0677-12-CN, señaló que:

la consulta de norma dentro del control concreto de constitucionalidad, debe entenderse como aquella garantía constitucional que plantea la obligación de las juezas y jueces de elevar consultas a la Corte Constitucional, para que esta resuelva sobre la constitucionalidad de una norma que deba ser aplicada en el proceso que se encuentra sustanciando y respecto de la cual, la jueza o juez considera que es contraria a la Constitución. Así, a partir de lo señalado, se puede identificar los dos objetivos principales de la consulta de norma. En primer término, a partir de la naturaleza o finalidad objetiva, se garantizará la supremacía constitucional, mediante la interpretación conforme o la validez de normas que componen el ordenamiento jurídico, cuando estas contradigan el texto constitucional. Y desde su finalidad subjetiva, se tutelaré a las partes de un proceso judicial, evitando una posible aplicación de normas inconstitucionales.<sup>127</sup>

En este mismo sentido, el Pleno de la Corte Constitucional en su sentencia No. 001-13-SCNCC, dictada dentro del caso No. 0535-12-CN, señaló que:

El control concreto de constitucionalidad tiene por finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales. El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, por lo que la jueza o juez deberá tener siempre en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.<sup>128</sup>

En el caso expuesto en esta investigación, no se ha sostenido que las normas legales dispuestas en los num. 7 y 8 del art. 142 y de los art. 152, 146 y 156 del COGEP, sean inconstitucionales; más bien, se ha dicho, que en ellas existe un vacío

---

<sup>127</sup> Pleno de la Corte Constitucional. Sentencia No. 002-13-SCN-CC. Caso No. 0677-12-CN.

<sup>128</sup> Pleno de la Corte Constitucional. Sentencia No. 001-13-SCNCC. Caso No. 0535-12-CN.

legal, o una indeterminación jurídica, que permite a los jueces interpretar las normas conforme a su buen saber y entender; y en muchos casos esta forma de interpretar la ley vulnera derechos y garantías constitucionales, al no admitir *in limine* el anuncio probatorio que lo hace el justiciable en su pretensión plasmada en la demanda. Siendo así, esta propuesta resulta completamente pertinente, pues la Corte Constitucional, en el marco del control de constitucionalidad, tiene entre sus competencias la expedición de sentencias atípicas, interpretativas, manipulativas, exhortativas.

Es así, que de conformidad con los principios y reglas generales atinentes al control abstracto de constitucionalidad, –aquel que la Corte puede ejercer como una de las consecuencias de las consultas de norma– la Corte no se limita a expulsar las normas que puedan tener vicios de constitucionalidad, sino que incluso puede establecer interpretaciones condicionadas que permitan tener claridad sobre la forma cómo debe entenderse una norma para no sacrificar derechos y garantías. Estas facultades de la Corte Constitucional, son inéditas en el constitucionalismo ecuatoriano, pues a diferencia de lo que sucedía con el ex Tribunal Constitucional, esta Corte, en calidad de órgano intérprete auténtico de la Constitución puede establecer normas interpretativas de obligatorio cumplimiento. De esta manera, concretamente en uso de las sentencias interpretativas, que ya ha utilizado la Corte Constitucional en varias de sus decisiones, es el caso de la sentencia No. 0002-09-SAN-CC, puede subsanar aquellas lecturas distorsionadas, en este caso de los jueces, que puedan restringir contenidos constitucionales.

La LOGJCC en su art. 76, num. 2, 3, 4 y 5, reconoce principios como la presunción de constitucionalidad de las normas, el *in dubio pro legislatore*, permanencia de las disposiciones en el ordenamiento jurídico, interpretación conforme y la declaratoria de inconstitucionalidad como última ratio. Estos principios, particularmente el principio de interpretación conforme determina que cuando exista una interpretación de la disposición jurídica que sea compatible con las normas constitucionales, no se declarará la inconstitucionalidad y en su lugar se fijará la interpretación obligatoria compatible con aquella. Estas facultades, en el marco del control de constitucionalidad de competencia de la Corte hace de esta vía de solución una de corto plazo y pertinente para solucionar el problema identificado en esta investigación.

Siendo así, los jueces consultantes podrían requerir de la Corte Constitucional, no necesariamente la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma sino la emisión de una interpretación con carácter vinculante que sea acorde con los contenidos materiales previstos en la Constitución, es el caso concreto, de una interpretación conforme del COGEP, respecto del debido proceso, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, todos previstos en la Constitución de la República. La Corte, en ejercicio de esta competencia, debe procurar la pacificación del problema y no agravarlo.

#### **2.3.4.2. La acción pública de inconstitucionalidad**

Otra posible solución, ligada a los principios generales del control de constitucionalidad antes detallados, aunque de *ultima ratio*, sería la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el art. 436, num. 2 de la CRE. Se trata de una garantía constitucional libre de formalidades desde su activación, cualquier persona puede acudir a la Corte y plantear una demanda de inconstitucionalidad, pero acorde a lo dicho previamente, la solicitud sería la generación de una interpretación conforme de las normas pertinentes del COGEP, aquellas relacionadas con la libertad probatoria, respecto a los derechos constitucionales antes invocados.

Regulada dentro de los cuatro literales del art. 75, num. 1 de la LOGJCC, establece como actos y normas impugnables vía acción de inconstitucionalidad: a) las enmiendas y reformas constitucionales; b) las resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales; c) las leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley; y, d) los actos normativos y administrativos con carácter general.

Si bien el objeto de estudio no se centra en determinar los mecanismos de control de constitucionalidad de las normas, es necesario señalar brevemente que el sistema constitucional ha reconocido el control concreto de la constitucionalidad de las normas que componen el ordenamiento jurídico exclusivamente a la Corte Constitucional, cuya competencia se ha establecido dentro del Título III de la LOGJCC, con el fin de:

garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibles normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico.<sup>129</sup>

La Corte Constitucional debería dictar una sentencia, en la que se declare la constitucionalidad condicionada de los art. 142, 146, 152 y 156 del COGEP, sometida a la siguiente interpretación: Que la jueza o juez que conozca la causa por sorteo, deberá previo a calificar la demanda, la contestación a la demanda, la reconvención y la contestación a la reconvención, limitarse a revisar que estas cumplan con los requisitos establecidos en los art. 142 y 152 del COGEP; con lo cual se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, como el derecho que tiene toda persona, al acceso al órgano judicial y obtener un juicio justo, en el que se cumplan las garantías del debido proceso, entre las que se encuentra la libertad probatoria (art. 142, num.7; art. 142, num. 8 y art. 152 del COGEP).

En atención a lo dicho, el juez o jueza debe proceder a calificar la demanda, *in limine*, la contestación a la demanda, la reconvención y la contestación a la reconvención, de acuerdo a lo establecido en los art. 146 y 156 del COGEP, sin realizar examen alguno de valoración y menos de admisibilidad, de la prueba ofrecida por las partes procesales, con lo cual, se cumple con la garantía constitucional de la libertad probatoria y demás derechos constitucionales como el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica y solo en el momento procesal oportuno que es la audiencia preliminar en los juicios ordinarios y la primera fase de los demás juicios, procederá a emitir su criterio de admisibilidad de la prueba ofrecida; sin que ello signifique anticipación de criterio o restricción de derechos.

La Corte Constitucional puede resolver el problema sugerido previamente en sentencia condicionada por encontrarse revestida del poder público, de acuerdo con el num. 5, del art. 76 de la LOGJCC, y acorde a los principios de supremacía constitucional y eficacia normativa, todos quedamos obligados a dar cumplimiento a esta sentencia ya que, habría impedimento constitucional, para que ninguna persona

---

<sup>129</sup> LOGJCC, art. 74.- Finalidad. El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico.

natural o jurídica, o autoridad alguna pueda efectuar o aplicar una interpretación distinta a la dictada por este organismo. Esta, sería una regulación provisional contemplada en la ley, hasta que la Asamblea Nacional, regule o reforme las disposiciones legales que se encuentran en el conflicto por la indebida interpretación jurídica de las normas señaladas en el COGEP.

#### **2.3.4.3. La acción *extraordinaria* de protección y la generación de un precedente vinculante y obligatorio**

El art. 437 de la Constitución de la República, dispone:

Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados. 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.<sup>130</sup>

De similar forma, y acorde con las potestades dispuestas en el art. 436, num. 1 y 6 de la CRE, la Corte Constitucional podría emitir jurisprudencia vinculante con carácter objetivo, respecto del derecho de la libertad probatoria como una categoría autónoma del derecho al debido proceso, así como su alcance y contenido en materia procesal. Este precedente podría configurarse en una sola sentencia de la Corte, en un caso que sea llevado a su conocimiento a través de una acción extraordinaria de protección. En otras palabras, requeriría presentarse una acción frente a una decisión judicial firme, definitiva y ejecutoriada en donde se advierta el problema en concreto. De esta manera, la Corte Constitucional en ejercicio de su competencia prevista en el art. 62, num. 8 de la LOGJCC; no se limitaría a resolver el caso con carácter inter partes sino que incluso podría establecer reglas jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento o en su defecto ejercer de oficio en el marco de esa acción, un control de constitucionalidad de normas conexas en los términos previstos en el art. 436, num. 3 de la CRE. Este control conexo, claro está, se somete a los principios y reglas generales previstos en la LOGJCC y que fue reseñado previamente.

---

<sup>130</sup> CRE de 2008, art. 437.

Es dable reconocer que, el derecho de libertad probatoria, así como sus restricciones impuestas con ocasión de la implementación del COGEP son un tema bastante nuevo, por tal razón no existen todavía casos que han arribado a instancias de la Corte Constitucional; sin embargo, es cuestión solo de tiempo para que el máximo órgano de cierre en materia constitucional avoque conocimiento de esta problemática y pueda solventar aquellas interpretaciones arbitrarias que terminan por restringir derechos constitucionales de las personas. Así ésta sería una solución viable, pues bastaría un caso en el que se evidencie el problema, para que la Corte Constitucional, como máximo organismo de control constitucional, sea la que dicte una sentencia interpretativa que ponga fin a la problemática infra constitucional, que se ha ocasionado con la expedición del COGEP; ya que en lo que a libertad probatoria se refiere, existen vacíos que dan lugar a diferentes interpretaciones alejadas de los postulados del derecho y la justicia social.

Por lo anotado, me inclino a sostener que una sentencia interpretativa de la Corte Constitucional, en el marco del control concreto, abstracto o incluso a través de una acción extraordinaria de protección, pondría fin al problema abordado en esta investigación, pues al estar emitida por el ente que realiza un control de constitucionalidad, los jueces y demás operadores de justicia, tendrían la obligación de sujetarse a dicha interpretación, como ha sucedido en otras circunstancias.

De manera general, considero que, la expedición de una sentencia constitucional de naturaleza aditiva, la cual surge con el fin de “adicionar o agregar un precepto constitucional a la disposición impugnada sin la cual sería inconstitucional”<sup>131</sup>, puede ser la apropiada para la solución de la indebida interpretación de la norma en análisis, (art. 142.7 del COGEP), pues las sentencias aditivas que emite la Corte Constitucional pretenden introducir nuevos postulados frente a vacíos o inconstitucionalidades evidenciadas dentro de un texto normativo específico, con lo cual se pretende reformar la norma con base a los preceptos constitucionales, dotándola así de validez jurídica; por lo mismo, la Corte Constitucional podría añadir, dentro del art. 142 del COGEP una fórmula con la cual se pueda precautelar adecuadamente el derecho a la libertad de

---

<sup>131</sup> Sentencia C-492/2000 de la Corte Constitucional de Colombia, en Édgar Solano González, La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, 544. <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2982/1/09-Jurisprudencia.pdf>>, consulta: 11 de octubre de 2017.

prueba, pudiendo seguirse el mismo modelo estipulado en el Código General del Proceso colombiano, en el siguiente sentido:

Quando la prueba no sea posible de ser recabada por el actor se procederá de la siguiente forma.

Se indicará la oficina o dependencia donde puede hallarse la prueba, para que el juez emita el oficio solicitando la certificación de la información y, de ser necesario, remita copia de los correspondientes documentos a costa del solicitante en el término de tres (3) días. Una vez se obtenga respuesta, se pondrá en conocimiento de las partes procesales.

El juez se abstendrá de librar el mencionado oficio cuando el demandante pueda, por sus propios medios, obtener el documento directamente o por medio de una solicitud de petición, a menos que se acredite, documentadamente, haber ejercido este sin que la solicitud se hubiese atendido.

El acceso de prueba no implica la admisibilidad de la prueba solicitada.

Similar regla se aplicará para todos los actos de proposición estipulados en esta ley.<sup>132</sup>

---

<sup>132</sup> Ley 1564 de 2012. COGEP. República de Colombia. Art. 85.- Prueba de la existencia, representación legal o calidad en que actúan las partes. La prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas de derecho privado solo podrá exigirse cuando dicha información no conste en las bases de datos de las entidades públicas y privadas que tengan a su cargo el deber de certificarla. Cuando la información esté disponible por este medio, no será necesario certificado alguno. En los demás casos, con la demanda se deberá aportar la prueba de la existencia y representación legal del demandante y del demandado, de su constitución y administración, cuando se trate de patrimonios autónomos, o de la calidad de heredero, cónyuge, compañero permanente, curador de bienes, albacea o administrador de comunidad o de patrimonio autónomo en la que intervendrán dentro del proceso. Cuando en la demanda se exprese que no es posible acreditar las anteriores circunstancias, se procederá así: 1. Si se indica la oficina donde puede hallarse la prueba, el juez ordenará librarle oficio para que certifique la información y, de ser necesario, remita copia de los correspondientes documentos a costa del demandante en el término de cinco (5) días. Una vez se obtenga respuesta, se resolverá sobre la admisión de la demanda. El juez se abstendrá de librar el mencionado oficio cuando el demandante podría obtener el documento directamente o por medio de derecho de petición, a menos que se acredite haber ejercido este sin que la solicitud se hubiese atendido. 2. Cuando se conozca el nombre del representante legal del demandado, el juez le ordenará a este, con las previsiones del inciso siguiente, que al contestar la demanda allegue las pruebas respectivas. Si no lo hiciere o guardare silencio, se continuará con el proceso. Si no tiene la representación, pero sabe quién es el verdadero representante, deberá informarlo al juez. También deberá informar sobre la inexistencia de la persona jurídica convocada si se le ha requerido como representante de ella. El incumplimiento de cualquiera de los deberes señalados en el inciso anterior hará incurrir a la persona requerida en multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes (smlmv) y en responsabilidad por los perjuicios que con su silencio cause al demandante. Cuando la persona requerida afirme que no tiene la representación ni conoce quién la tenga, el juez requerirá al demandante para que en el término de cinco (5) días señale quién la tiene, so pena de rechazo de la demanda. 3. Cuando en el proceso no se demuestre la existencia de la persona jurídica o del patrimonio autónomo demandado, se pondrá fin a la actuación. 4. Cuando se ignore quién es el representante del demandado se procederá a su emplazamiento en la forma señalada en este código.

Así, la emisión de una sentencia integradora o aditiva podría subsanar el espacio normativo denunciado, incorporando elementos que resultan insuficientes para precautelar adecuadamente el derecho de libertad probatoria y la defensa de las partes procesales; ya que el objeto de esta clase de sentencias se vinculan a producir “una extensión de un contenido normativo a situaciones fácticas no previstas originalmente en ellas, que de otra forma serían inconstitucionales”.<sup>133</sup>

En definitiva, la emisión de una sentencia interpretativa, preservará la integridad de la norma jurídica, añadiendo elementos que permitan generar una adecuada armonía con los preceptos constitucionales frente a espacios o vacíos legales que puedan transgredir derechos constitucionales tal como la libertad de prueba. Esta posibilidad, como ya se mencionó anteriormente puede darse en el marco de las distintas competencias de la Corte Constitucional aquí detalladas.

---

<sup>133</sup> Corte Constitucional Colombiana. Auto 256/09. NULIDAD SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD. Procedencia excepcional <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2009/A256-09.htm>>, consulta: 11 de octubre de 2017.

## CONCLUSIONES

1. El COGEP recoge la actividad probatoria en el proceso y así señala que esta se rige por el principio dispositivo por medio del cual todo proceso inicia con demanda, cuya pretensión principal debe ser, obtener la verdad procesal, para ello es necesario utilizar todos los medios de prueba admisibles, cuya única restricción es aquella determinada en la ley y en la Constitución; para no caer en este yerro al momento de anunciar la prueba, se debe tomar en cuenta que la prueba anunciada deberá ser practicada apegada a los principios de pertinencia, conducencia, utilidad y legitimidad, pues de lo contrario, va a ser rechazada en el momento procesal que el juez *a quo*, deba resolver sobre la admisibilidad de dicha prueba, y por tanto, sería inútil anunciar una prueba que incurra en violaciones legales o constitucionales.
2. El COGEP pretende sistematizar el modelo procesal actual en materias no penales, concentrando en el debate de la prueba su apreciación, conforme lo manda la Constitución de la República, a fin de evitar posibles vulneraciones de derechos humanos consagrados tanto en la Carta Magna como en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, por lo que es necesario que los operadores de justicia realicen una adecuada interpretación jurídica de las disposiciones legales relativas al anuncio de prueba en la demanda (art. 142, num. 7 y 8 del COGEP), en la contestación a la demanda (art. 152 del COGEP); y en la reconvención (art. 156 del COGEP), con el fin de no lesionar derechos constitucionales de las partes procesales, que acuden al órgano jurisdiccional, en busca de hacer efectiva la garantía a la tutela judicial efectiva, por lo que se hace necesario que se adopten medidas legales, y por qué no, constitucionales que permitan ejercer la libertad probatoria.
3. El principio de la libertad de prueba se vincula estrechamente, con la plena garantía a favor de las partes procesales para acceder libremente a la prueba, así como para la oposición o contradicción de los medios de prueba aportados por la contraparte. Si bien se encuentra plasmado en el derecho positivo (COGEP), el mismo tiene sus fundamentos en principios constitucionales, como el principio de unidad, comunidad, contradicción, intermediación, oralidad, originalidad de la

prueba e ineficacia de la prueba ilícita. El num. 4 del art. 76 de la CRE recoge el principio de libertad de la prueba; así, se constituye en parte integrante del debido proceso, ya que posibilita a las partes procesales la oportunidad de contar con los medios adecuados para la preparación de su defensa; por lo que, es de relevancia su adecuada interpretación jurídica, que permita desarrollar y alcanzar el derecho por parte de los justiciables, mediante un juicio justo, en el que las partes hayan tenido libertad de anunciar todos los medios de prueba, de los que se crean asistidos, sin otra restricción que aquella que prohíbe la Constitución de la República y la ley.

4. La investigación y desarrollo de este trabajo han permitido establecer que la libertad de las partes en la producción y promoción de la prueba, no es del todo ilimitada, pues existe unanimidad por parte de la doctrina y la jurisprudencia en reconocer que la libertad de prueba posee límites constitucionales y legales; razonables y objetivos, entre los que se destacan: a) la licitud en la obtención de la fuente de prueba, b) la idoneidad, conducencia y pertenencia de los medios de prueba, c) la utilidad de la prueba, y d) los derechos constitucionales; cabe resaltar que la presente investigación no se encuentra en contradicción con la imposición de límites a la actividad probatoria, no obstante, sí busca resaltar criterios o filtros racionales y razonables, basados en una adecuada interpretación jurídica al espíritu de la norma adjetiva actual, que evite vulneración de los derechos consagrados en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ratificados por el Ecuador.
5. Se ha demostrado que la libertad de prueba, en muchos casos, se ha visto coartada por un ejercicio jurisdiccional incorrecto, al hacer una valoración de admisibilidad al anuncio de prueba por parte del juez, en un momento procesal que no corresponde, pues ese ejercicio de admisibilidad, lo debe realizar el juez en la audiencia preliminar en tratándose de juicios ordinarios, y en los demás juicios en la primera fase de la audiencia única; ya que –como se conoce– el proceso es una concatenación de actos procesales secuenciales que deben ser cumplidos uno a uno, de tal manera que con la conclusión o cierre de un acto, se da inicio a uno nuevo, lo que conocemos con el nombre de preclusión, obteniendo como resultado la conformación de un debido proceso, en el cual,

uno de esos actos es la admisión de prueba, conforme lo prescrito en el COGEP, la que debe reunir requisitos legales como los de pertinencia, utilidad, conducencia, que a su vez deben ser obtenidas bajo los parámetros constitucionales establecidos y sin transgresiones legales; caso contrario, las pruebas improcedentes deben ser declaradas así, por haber sido obtenidas en violación a la Constitución y la ley, y por carecer de eficacia probatoria.

6. La importancia del anuncio de prueba en los actos de proposición –según el COGEP– se determina, porque permite el ejercicio y desarrollo de varios principios constitucionales que dan vida a la actividad judicial, entre los que se encuentra el principio de la inmediación, que constituye un verdadero ejercicio de la acción y la contradicción, entre actor y demandado, quienes deben respetar los principios de buena fe y lealtad procesal, ofreciendo medios probatorios conseguidos de manera legal, y que además, cumplan los requisitos de pertinencia, utilidad y conducencia a la demostración de los hechos afirmados, en la demanda y en la contestación a la demanda, evitando así, un litigio largo y tortuoso que angustia la justicia y seguridad jurídica de la sociedad ecuatoriana.
7. Se ha dicho que el debido proceso, en relación con la garantía constitucional de la libertad probatoria permite que se desarrollen varios principios; entre ellos: *el principio de igualdad*, respecto del cual las partes procesales legitimadas, esto es, tanto actor como demandado, tienen la misma capacidad legal de anunciar la prueba que consideren útil, pertinente y legítima para alcanzar sus postulados; no obstante, si el demandado al contestar la demanda, no anuncia la prueba, se entiende que existe una renuncia expresa a su legítimo derecho a la defensa, sin que se pueda alegar violación al debido proceso por este hecho, ya que –como se ha afirmado– se ha garantizado la igualdad de condiciones para litigar frente al juez, tanto así, que el propio COGEP ha establecido que en caso de que el demandado no conteste la demanda, este silencio será entendido como negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, lo que lleva como consecuencia que la carga de la prueba le corresponde al actor. (art. 157, en concordancia con el inciso segundo del art. 169 del COGEP). Por tanto, resulta imprescindible que los litigantes conozcan sus derechos y hagan efectivas las garantías constitucionales a su legítimo derecho a la defensa, para lo cual

deben hacer valer en juicio, todas las pruebas que tengan a su haber, para encontrar una solución inmediata y eficaz al problema jurídico que les agobia.

8. También el demandado al contestar la demanda tiene la posibilidad de reconvenir al actor, para lo cual debe anunciar los medios de prueba con los que cuente, a fin de demostrar sus asertos; sin embargo, en el caso de que el demandado no anuncie sus medios probatorios en el momento procesal oportuno, la consecuencia sería que quede en indefensión; y aun cuando el derecho le asista, su pretensión quedaría sin sustento, pues en la reconvención, como en los demás actos de proposición, la importancia del anuncio de prueba, radica principalmente en la eficacia y cumplimiento de los principios constitucionales de oralidad, publicidad, concentración, contradicción, debido proceso, igualdad, verdad procesal, buena fe, lealtad, economía procesal y, sobre todo, justicia.
9. El rechazo *in limine* de la demanda en la primera providencia, por parte de algunos operadores de justicia, quienes realizan una indebida valoración del anuncio de prueba propuesto en el acto de proposición por parte del actor, constituye una verdadera vulneración de derechos, en la que incurren los jueces *a quo*, por la indeterminación que existe en las normas legales (art. 146 y 156 del COGEP), lo cual, se debe corregir a través de mecanismos normativos y jurisdiccionales que solucionen dicho problema; para ello se ha planteado algunas posibilidades, entre ellas una reforma legal; sin embargo, ha quedado claro que este planteamiento tiene algunas limitaciones e inconvenientes, pues el procedimiento para conseguir esta expectativa es bastante incierto, considerando que a este mecanismo le rodean circunstancias de tipo político, ya que su tramitación corresponde al órgano autorizado para ello, esto es la Asamblea Nacional.

## **RECOMENDACIONES**

1. Se ha planteado, como posibles soluciones al conflicto surgido por la inadmisibilidad *in limine* de las demandas por una valoración inadecuada del anuncio de la prueba, por parte de los operadores de justicia, el desarrollo de

normas interpretativas y vinculantes por parte de la Corte Nacional, a través de resoluciones que pongan fin a las interpretaciones de los jueces *a quo*, quienes deben ceñirse a las resoluciones emanadas por el máximo órgano de justicia ordinaria, para poner en movimiento la actividad judicial y proceder a la calificación de la demanda, con el anuncio probatorio con que cuente la parte procesal, sin llegar a hacer dicho examen de admisibilidad, solución a mi parecer de corto tiempo, pues solo bastaría la decisión del Pleno de la Corte Nacional, para concluir favorablemente este tema. La Corte Nacional está investida de dichas atribuciones en la Constitución de la República, y en el Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que, la aplicación de dicha Resolución sería inmediata y obligatoria por parte tanto de los jueces como de los justiciables.

Así ha procedido en otros casos, el Pleno de la Corte Nacional, cuando ha dictado Resoluciones de carácter general y obligatorio para regular la aplicación del precedente jurisprudencial obligatorio (Resolución No. 06-2017), (Resolución No. 12-2017), que se refiere al momento procesal y la forma en la que se han de resolver las excepciones previas dispuestas en el COGEP; asimismo, en el marco de su competencia prevista en el art. 180, num. 6 del COFJ, puede esclarecer el contenido y alcance del principio de libertad probatoria establecido en los art. 142, num. 7 y 8; y 152 del COGEP, respecto a los art. 146 y 156 del cuerpo legal señalado, esta es una opción, mucho más ágil frente a una reforma formal de parte de la Asamblea Nacional.

2. Sería de gran aporte a la solución de la problemática expuesta, la elaboración de precedentes jurisprudenciales ordinarios, a través de fallos de triple reiteración por parte de la Corte Nacional; mas, en conformidad con lo que se ha dicho en el desarrollo de esta investigación, la Corte Nacional no ha generado muchos criterios jurisprudenciales, en relación con el procedimiento en materias no penales por audiencia, porque la actividad judicial en el procedimiento oral está inaugurándose en Ecuador; por lo tanto, esta solución es a largo plazo, pues, poco a poco, se irán presentando las circunstancias que obliguen al máximo organismo de control legal, a tomar la decisión de crear precedentes jurisprudenciales relacionados a la libertad probatoria, en el anuncio de prueba

de los actos de proposición por las partes legitimadas, quienes actualmente verían angustiado su derecho, al no poder acceder a la tutela judicial efectiva garantizada por la Constitución de la República y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Ecuador. Es importante señalar, que el valor del precedente en justicia ordinaria, es una clara muestra de la concepción de doctrina legal española, donde la jurisprudencia cumple un rol meramente subsidiario a la ley. Sumado a ello, requiere necesariamente, la existencia de tres fallos reiterativos –en otros sistemas jurídicos, como el mexicano, seis– sobre un mismo punto de derecho, que finalmente en el caso ecuatoriano deberá ser resuelto y emitido por el Pleno de la Corte Nacional.

3. Entre los mecanismos de aporte a la solución del conflicto generado y expuesto en este trabajo de investigación, respecto a la libertad probatoria que deben tener los justiciables, se ha señalado también, que están aquellos contemplados en la CRE de 2008, en el ámbito del control constitucional: como el de consulta de constitucionalidad previsto en el art. 428 de la CRE, así como las acciones de inconstitucionalidad y extraordinaria de protección de competencia de la Corte Constitucional en los términos previstos en los art. 436, num. 2; art. 94 y 437 de la Constitución, respectivamente, que nos permitirían acceder a una solución constitucional –a corto plazo– al problema. En este sentido, cualquier persona podría proponer una acción pública de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la misma Constitución; y la LOGJCC, como se ha visto, en estos mecanismos de control constitucional, la Corte Constitucional, no ejercería una interpretación de tipo legal, concretamente en torno al COGEP; pues no es de su competencia, sino un control constitucional de las normas pertinentes del COGEP, para verificar su conformidad con la Constitución.

En ejercicio de este control constitucional la Corte, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, no necesariamente deberá optar por una declaratoria de inconstitucionalidad; sino que, en uso de su competencia de intérprete auténtico de la Constitución, podría hacer uso de sentencias interpretativas, atípicas, manipulativas, exhortativas, según sea el caso, para

procurar subsanar aquellas inconsistencias de tipo constitucional de las que puede adolecer el COGEP.

4. Finalmente, existiría la posibilidad de interponer una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional, y a través de ella conseguir la generación de un precedente que sea vinculante y de aplicación obligatoria, en torno a la problemática. Cabe precisar que en este escenario no se requiere contar con un triple fallo reiterativo previo a la generación de un precedente constitucional, éste se puede generar con la emisión de una sola decisión respecto a la materia. Así también, se debe mencionar, que de conformidad con el art. 436, num. 3 de la CRE, la Corte Constitucional también está facultada para ejercer un control de constitucionalidad de norma conexas, en el marco de una acción extraordinaria de protección. Como queda evidenciado, estas vías, de carácter constitucional, resultan ser mucho más dinámicas que aquellas reformas formales de la ley o la generación de precedentes ordinarios dictados por parte de la Corte Nacional. A diferencia de lo que sucede en sede ordinaria, la jurisprudencia constitucional, desde la vigencia de la Constitución de 2008, conforme lo ha dicho la propia Corte Constitucional en su jurisprudencia, en el caso de la sentencia No. 0001-10-PJO-CC, se ha revalorizado, desformalizado, y se constituye, en consecuencia, en una auténtica fuente del derecho que, dependiendo del caso y competencia que ejerza la Corte, incluso podría ubicarse al mismo nivel de la Constitución.
5. No obstante todo lo expuesto en este trabajo de investigación, es necesario señalar que, ningún modelo procesal que adopte el Estado ecuatoriano, será eficiente, si no existe el compromiso de parte de los operadores de justicia (jueces y juezas); de los abogados en el libre ejercicio profesional y de los profesionales en derecho desde la academia, en buscar la excelencia profesional, para poner en vigencia los postulados constitucionales y legales, en beneficio de la sociedad; pues para ello, es necesario que todos hagamos un ejercicio de concientización en la capacitación, preparación y mejora de los conocimientos jurídicos, los cuales deben estar sustentados en la correcta administración de justicia.

## Bibliografía

- Abad Arévalo, Dana. *Naturaleza jurídica de la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda en el proceso civil*. Quito: UASB-E, 2011.
- Alvarado Velloso, Adolfo. *Debido proceso versus pruebas de oficio*. Bogotá: Temis, 2004.
- Ávila Santamaría, Ramiro, edit. *La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.  
<[http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2012/07/1\\_Constitucion\\_de\\_2008\\_en\\_el\\_contexto\\_andino.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2012/07/1_Constitucion_de_2008_en_el_contexto_andino.pdf)>.
- Becerra Bautista, José. “Preclusión, caducidad y prescripción”. <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/643/9.pdf>>. Consulta: 25 de marzo de 2017.
- Bermúdez Coronel, Eduardo. *Debido proceso: Prisión preventiva y amparo de libertad en el contexto de los derechos humanos*. Cuenca: Projusticia, 2001.
- Bernal Vallejo, Hugo Hernando, y Sandra Milena Hernández Rodríguez. *EL debido proceso disciplinario*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2001.
- Bernardis, Luis Marcelo. *La garantía procesal del debido proceso*. Lima: Cultural Cuzco, 1995.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Buenos Aires: Heliasta, 1989.
- Carbonell, Miguel. “¿Qué es el garantismo?”. <[http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu\\_es\\_el\\_garantismo\\_Una\\_nota\\_muy\\_breve.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu_es_el_garantismo_Una_nota_muy_breve.shtml)>. Consulta: 1 de octubre de 2017.

- Catanese, María Florencia. “Garantías constitucionales del proceso penal”.  
〈<http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/catanese.pdf>〉. Consulta: 2 de noviembre de 2017.
- Cornejo Aguiar, José Sebastián. “La prueba en el COGEP”.  
〈[http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimiento\\_civil/2016/08/08/la-prueba-en-el-cogep](http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimiento_civil/2016/08/08/la-prueba-en-el-cogep)〉. Consulta: 23 de junio de 2017.
- Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*, 41a. ed. Montevideo: B de F, 2004.
- CPRE. *Constitución Política de la República del Ecuador* de 1998. Quito Ediciones Legales, 2008.
- CRE. *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba*. Buenos Aires: Víctor P. De Zabalía, 1972.
- Enciclopedia jurídica. “Proceso dispositivo y proceso inquisitivo”.  
〈<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/proceso-dispositivo-y-proceso-inquisitivo/proceso-dispositivo-y-proceso-inquisitivo.htm>〉. Consulta: 2 de noviembre de 2017.
- Esparza Leibar, Iñaki. *El principio del proceso debido*. Barcelona: Bosch, 1995.
- Francoz Rigalt Antonio. “La oralidad en el proceso civil”.  
〈<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/23/pr/pr14.pdf>〉.
- García Falconí, José. “Ofrecimiento de la prueba en el COGEP”.  
〈<https://www.derechoecuador.com/ofrecimiento-de-la-prueba-en-el-cogep-0>〉.  
Consulta: 19 de julio de 2017.
- Gómez Lara, Cipriano. “La oralidad en el proceso civil mexicano”, 176-190.  
〈<http://www.icdp.org.co/revista/articulos/9/CiprianoGomezLara.pdf>〉.
- Grau, Eros. *Interpretación y aplicación del derecho*. Madrid: Dykinson, 2007.
- Guerrero Vivanco, Walter. *La jurisdicción y la competencia*. Quito: Pudeleco, 2004.

- Iglesias Vila, Marisa. “Las fuentes de indeterminación del derecho: Una aproximación filosófica”. *Cuadernos de Derecho Público*, No. 28 (mayo-agosto de 2006): 55-82. <[http://www.academia.edu/7632053/Las\\_fuentes\\_de\\_indeterminaci%C3%B3n\\_del\\_Derecho\\_una\\_aproximaci%C3%B3n\\_filos%C3%B3fica](http://www.academia.edu/7632053/Las_fuentes_de_indeterminaci%C3%B3n_del_Derecho_una_aproximaci%C3%B3n_filos%C3%B3fica)>. Consulta: 3 de diciembre de 2017.
- Jaén Vallejo, Manuel. *Derechos fundamentales del proceso penal*. Bogotá: Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.
- Jequier Lehuedé, Eduardo. “La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil, Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno” *Revista Chilena de Derecho* 34, No. 3 (diciembre de 2007), (Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile): 457-94.
- Landoni Sosa, Ángel. “El proceso por audiencias en el Código del Proceso de Uruguay”, *Revista Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones de la UNAM* (México DF: Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013):651-72. Edición electrónica.
- López Medina, Diego Eduardo. *EL derecho de los jueces*, 2a. ed. Bogotá: Legis / Universidad de los Andes, 2006.
- Machicado, Jorge. “¿Qué es una Garantía?”. <[https://jorgemachicado.blogspot.com/2013/07/que-es-una-garantia\\_4536.html](https://jorgemachicado.blogspot.com/2013/07/que-es-una-garantia_4536.html)>. Consulta: 3 de noviembre de 2017.
- Malagarriga, Juan Carlos. “El ofrecimiento de prueba”. <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/8/el-ofrecimiento-de-prueba.pdf>>. Consulta: 25 de marzo de 2017.
- Miller, Charles, *The forest of due process of law*, New York, New York University, 1977.
- Oyarte, Rafael. *Debido proceso*, 2a. ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- Paradalaw. “Admisibilidad, pertinencia y utilidad de prueba”. <<https://paradalaw.wordpress.com/2012/07/18/admisibilidad-pertinencia-y-utilidad-de-prueba-2/>>. Consulta: 4 de enero de 2017.

- Parra Quijano, Jairo. *Manual de derecho probatorio*, 15a. ed. Bogotá: Librería Edic. del Profesional, 2006.
- Pérez Restrepo, Juliana. “El derecho constitucional a la prueba judicial”, [http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/3364/1/PerezRestrepoJuliana\\_2015\\_DerechoConstitucionalPruebaJudicial.pdf](http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/3364/1/PerezRestrepoJuliana_2015_DerechoConstitucionalPruebaJudicial.pdf). Consulta: 22 de marzo de 2017.
- Pérez Sarmiento, Eric. *La prueba en el proceso penal acusatorio*. Caracas: Vadell Hermanos edit., 2003. <http://www.urbe.edu/UDWLibrary/InfoBook.do?id=10095>. Consulta: 14 de mayo de 2017.
- PROJUSTICIA. *Debido proceso y razonamiento judicial*. Quito: PROJUSTICIA, 1998.
- Quevedo Mendoza, Efraín. “El derecho a la prueba como garantía constitucional”. [www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2007/Quevedo\\_Mendoza.pdf](http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/congresoprocesal/2007/Quevedo_Mendoza.pdf). Consulta: 6 de noviembre de 2017.
- Quintero Correa, María del Rosario. *De la constitución al proceso: estado social y democrático de derecho y debido proceso*. Bogotá: Leyer, 2002.
- Rosas Castañeda, Juan Antonio. “Algunas consideraciones sobre la teoría de la prueba indiciaria en el proceso penal y los derechos fundamentales del imputado”. [https://porticolegal.expansion.com/pa\\_articulo.php?ref=285](https://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=285). Consulta: 2 de octubre de 2017.
- Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo. “El derecho a la prueba como un derecho fundamental”. *Estudios de Derecho LXIV*, No. 143 (junio), (Medellín: Universidad de Antioquia): 182-206. <http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/2259/1/El%20derecho%20a%20la%20prueba%20como%20un%20derecho%20fundamental.pdf>. Consulta: 4 de enero de 2016.
- Sarango Aguirre, Hermes. “El debido proceso y el principio de motivación de las resoluciones y las sentencias judiciales”. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008.
- Segura Ortega, Manuel. “Problemas interpretativos e indeterminación del derecho”. *Dereito* 22, No. Ext. (noviembre de 2013): 673-83.

- ⟨<http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/download/1175/1542>⟩.  
Consulta: 3 de diciembre de 2017.
- Taruffo, Michele. *Página sobre justicia civil*. Trad. por Maximiliano Aramburo Calle. Barcelona: Marcial Pons, 2009.
- Talavera Elguera, Pablo. *La prueba: En el nuevo proceso penal*. Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, 2009.  
⟨[http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere\\_pen\\_proce\\_penal/la\\_prueba\\_nuevo\\_proc\\_penal.pdf](http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/la_prueba_nuevo_proc_penal.pdf)⟩. Consulta: 15 de junio de 2017.
- Tama, Manuel. *Defensas y excepciones en el procedimiento civil*. Guayaquil: Edilex, 2009.
- Torres Traba, José María. “Reflexiones sobre la teoría de la prueba y el procedimiento probatorio. Los medios de prueba y su admisibilidad”.  
⟨<http://dpccgozaini.blogspot.com/2010/08/reflexiones-sobre-la-teoria-de-la.html>⟩, consulta: 20 de junio de 2017.
- Valentin, Gabriel. “La prueba y la sentencia: Algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba”. *Revista de Derecho*. Segunda época, año 9. No. 10 (diciembre de 2014): 249-277.  
⟨<https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/download/743/733>⟩.
- Vargas Alfaro, Marvin. “Los principios generales del derecho comunitario y andino”,  
⟨[http://www.derechocomunitario.ucr.ac.cr/index.php?option=com\\_content&view=article&id=200%3Aprincipios-generales-derecho-comunitario-andino-vargas-alfaro&catid=29%3Anumero-2&Itemid=26](http://www.derechocomunitario.ucr.ac.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=200%3Aprincipios-generales-derecho-comunitario-andino-vargas-alfaro&catid=29%3Anumero-2&Itemid=26)⟩. Consulta: 5 de noviembre de 2017.
- Vega, José. “Concepto de derecho”. ⟨<http://diccionario.leyderecho.org/derecho/>⟩.  
Consulta: 6 de noviembre de 2017.
- Vicuña Domínguez, Lorena. *Manual del Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- Villamil Portilla, Edgardo. *Teoría constitucional del proceso*, Bogotá: Doctrina y Ley, 1999.

Zavala Egas. Jorge. *Derecho Constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*. “Prólogo” de Juan Antonio García Amado. Guayaquil: Edilex. 2010.

### **Normativa nacional**

Constitución de la República del Ecuador de 2008. *Registro Oficial*, No. 449, Quito, 20 de octubre de 2008.

Constitución Política del Ecuador, Decreto Legislativo 0, *RO*, No. 1, art. 23. Quito: 11 de agosto de 1998.

Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ). *ROS*, No. 544, de 9 de marzo de 2009

Código Orgánico Integral Penal. Quito: Ministerio de Derechos Humanos y Cultos, 2014.

Código de Procedimiento Civil, *RO*, No. 58, de 12 de julio de 2005.

Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control, Segundo Suplemento del *Registro Oficial*, No. 52, 22 de octubre de 2009.

### **Sentencias**

Corte Constitucional de la República del Ecuador. Sentencia 034-09-SEP-CC. [http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2009/034-09-SEP-CC/REL\\_SENTENCIA\\_034-09-SEP-CC.pdf](http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2009/034-09-SEP-CC/REL_SENTENCIA_034-09-SEP-CC.pdf). Consulta: 2 de octubre de 2017.

----- Sentencia No. 034-09-SEP-CC. [http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2009/034-09-SEP-CC/REL\\_SENTENCIA\\_034-09-SEP-CC.pdf](http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2009/034-09-SEP-CC/REL_SENTENCIA_034-09-SEP-CC.pdf). Consulta: 2 de octubre de 2017.

----- Sentencia No. 021-13-SEP-CC. [http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2013/021-13-SEP-CC/REL\\_SENTENCIA\\_021-13-SEP-CC.pdf](http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2013/021-13-SEP-CC/REL_SENTENCIA_021-13-SEP-CC.pdf). Consulta: 1 de octubre de 2017.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C-496/15.

----- Sentencia T-916/08.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia No. STC 6712-2005-HC/TC.