

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

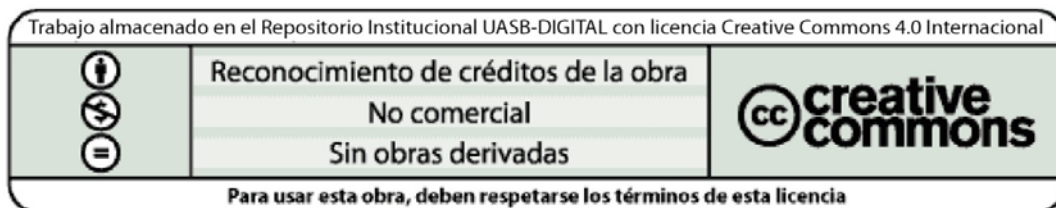
Maestría en Derecho Procesal

**La motivación en el juzgamiento por audiencias en el Código Orgánico
General de Procesos**

Jorge Alejandro Miranda Calvache

Tutor: Francisco Iturralde Albán

Quito, 2018



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis/monografía

Yo, Jorge Alejandro Miranda Calvache, autor de la tesis titulada “La motivación en el juzgamiento por audiencias en el Código Orgánico General de Procesos”, mediante el presente documento de 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 la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 20 de agosto de 2018

Firma.....

CI: 1001552999

Resumen

En el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), el artículo 79, inciso 8, dice: “Se resolverá de manera motivada en la misma audiencia” y, además, si hubiese algún recurso horizontal presentado con anterioridad a la audiencia, no la suspende, debiendo el juez resolver sobre dicho recurso en la misma audiencia.

Desde luego que existe una excepción, y es la contenida en el artículo 93 del mismo Código, que señala: “Al finalizar la audiencia la o el juzgador pronunciará su decisión en forma oral. Excepcionalmente y cuando la complejidad del caso lo amerite podrá suspender la audiencia por el término de hasta diez días para emitir su decisión oral”. Entendida aquella suspensión en forma excepcional, esto es, no en todos los casos.

Esta investigación tendrá como propósito el análisis de la estructura motivacional de las resoluciones judiciales orales de fondo o mérito tomadas en audiencia, previstas en el artículo 94 del COGEP ecuatoriano. Para lograr este fin, se definirá primero, cuáles son los principios procesales aplicables y compatibles con la motivación; en segundo lugar, se estudiará la configuración legal de la motivación en Ecuador, sus requisitos y efectos; para posteriormente, realizar una propuesta de estructura motivacional de las resoluciones orales tomadas en audiencia conforme con el parámetro constitucional vigente.

En la práctica no existe un criterio unificado de los juzgadores en cuanto a la identificación de lo que comprende la obligación de tomar una decisión oral motivada y lo que concierne a la resolución motivada escrita.

Mediante el enfoque socio-jurídico, exegético y sistemático, se intenta demostrar cuál de las tesis es la correcta; si se cumple con el requisito de la motivación leyendo un fallo con estructura motivacional previa; o si solo existe el pronunciamiento oral, ¿no estaremos ante una decisión carente de contenido?

Palabras clave: sistema procesal oral, proceso, procedimientos, excepciones previas, excepciones de fondo, tutela judicial efectiva, debido proceso, principios de contradicción, intermediación, bilateralidad, concentración; derecho de defensa.

Agradecimientos

Agradezco a mis maestros los doctores Francisco Iturralde, Carla Espinosa, Edgar Ulloa y Vanesa Aguirre, por inculcar en mí, la preocupación crítica de la nueva norma procesal ecuatoriana en materias no penales.

A mi familia ampliada, consanguínea y política, agnados y cognados, por todo su aprecio.

A mi esposa Jaqueline, mis hijos Jennifer y Esteban, fuente de inspiración; gracias por soportar restricción de tiempo y atención durante mis jornadas de investigación.

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN.....	11
Capítulo I.....	15
Los principios procesales.....	15
1. Aplicación de los principios procesales frente a la motivación de las resoluciones 17	
1.1. Principio dispositivo y el impulso oficioso	21
1.2. Principio de contradicción	23
1.3. Principio de oralidad	30
1.4. Principio de inmediación	34
1.5. Principio de concentración.....	39
2. Incidencia de los principios procesales en la motivación de las resoluciones orales en audiencia	40
Capítulo II	43
La motivación	43
1. Análisis histórico y comparativo de la motivación	44
2. La fundamentación y la motivación.....	48
3. Naturaleza jurídica de la motivación	52
4. La decisión en audiencia y la motivación escrita.....	55
4.1. Pronunciamiento judicial oral	57
4.2. Contenido de las resoluciones dictadas en audiencia	61
4.3. Contenido de la sentencia escrita	64
5. Identificación de los casos fáciles	67
5.1. Análisis de los casos fáciles	68
5.2. La subsunción	69
6. Identificación de los casos difíciles	70
6.1. Análisis de los casos difíciles.....	72
6.2. Interpretación de la norma jurídica y argumentación del derecho	74
7. Propuesta de estructura de las resoluciones judiciales.....	77
CONCLUSIONES	79
ABREVIATURAS	81
BIBLIOGRAFÍA	83

INTRODUCCIÓN

Estudiar el derecho para argumentar, interpretar y aplicar, desde una perspectiva positivista es confiar en que la ley tiene las previsibilidades hipotéticas que dan respuesta a todos los casos, por ser esta proveniente de la infalible racionalidad del legislador.

El trabajo del juez, bajo esta visión, se reduce a utilizar adecuadamente el silogismo deductivo, pues este le sería suficiente para resolver los conflictos intersubjetivos.

Los juristas, compréndase entre otros, abogados, jueces, fiscales y defensores públicos, formados en las universidades en las que la fuente del derecho por antonomasia era la ley, veían que la forma óptima de medir sus conocimientos, era repetir la norma de memoria.

Colocar al hombre y sus circunstancias (derechos, principios y valores) como el eje en torno al cual versará la construcción del derecho (enfoque antropológico) permite diseñar una estructura jurídica donde la razón de ser del derecho será la regulación de la conducta del ser humano en sociedad.

Desde el 23 de mayo de 2016,¹ se presenta un nuevo reto para el operador de justicia ecuatoriano: conocer, aprender y manejar adecuadamente el nuevo sistema procesal ecuatoriano, de justicia en audiencias.

El anquilosado Código de Procedimiento Civil (CPC) con reiteradas reformas, era incapaz de regular situaciones jurídicas que se presentaban en una sociedad en constantes cambios sociales, políticos, económicos, culturales, tecnológicos, entre otros. Se requería insertar un nuevo modelo del proceso que permitiera lograr decisiones judiciales adecuadas y oportunas.

Por ello se identifica claramente dos grupos sociales de gestores jurídicos, aquellos que adquirieron una cultura jurídica fruto de un aprendizaje con instituciones jurídico procesales del CPC, y aquellos que emergen al derecho con instituciones nuevas, rediseñadas o adaptadas por el Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

¹ Está referida esta fecha, ya que el 22 de mayo de 2015, fue publicado el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), Registro Oficial Suplemento 506, cuya disposición final segunda, dice: El COGEP entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, con excepción de las normas que reforman el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Notarial y la Ley de Arbitraje y Mediación y aquellas que regulan períodos de abandono, copias certificadas, registro de contratos de inquilinato y citación, que entrarán en vigencia a partir de la fecha de publicación de esta Ley. Las disposiciones que regulan el remate entrarán en vigencia en ciento ochenta días contados a partir de la publicación de la presente Ley.

Esta investigación trata de enfocar el “cambio del paradigma” identificado como la nueva visión de un cambio procesal que simplifica los procedimientos, al tratarlos en gran medida como estructuras básicas que, sin desatender los principios procesales, su fin será lograr una decisión eficaz y justa del juzgador.

Fue ambiciosa la reforma procesal en materias no penales puesto que el COGEP fue diseñado para ser aplicado en las materias: civil, mercantil, inquilinato, niñez y adolescencia, laboral, contencioso administrativo y contencioso tributario. Por ello quedaron fuera de su aplicabilidad, las materias Constitucional, Electoral y Penal (artículo 1 del COGEP).

Se identifica *prima facie*, los siguientes cambios: el nuevo proceso en materias no penales se estructura por audiencias; los actos de proposición se elaboran por escrito; los efectos de los recursos son tres: suspensivo, no suspensivo y diferido; la falta de comparecencia a las audiencias trae consecuencias jurídicas; el juzgador tiene que emitir su decisión en audiencia; los efectos jurídicos del abandono son la extinción de la pretensión; las reglas de las audiencias del procedimiento ordinario son guías de referencia en los procedimientos de una sola audiencia; existen excepciones previas y excepciones de fondo; existen títulos de ejecución autónomos a los cuales se aplica directamente el procedimiento de ejecución; se crea el procedimiento monitorio; los procedimientos concursales son: el preventivo, el voluntario y el necesario.

La presente investigación abordará el análisis de la estructura motivacional de las resoluciones judiciales orales de fondo o mérito, tomadas en audiencia previstas en el artículo 94 del COGEP, para cuyo propósito se definirá en primer lugar, cuáles son los principios procesales aplicables y compatibles con la motivación; luego se estudiará la configuración legal de la motivación en Ecuador, sus requisitos y efectos; para más adelante hacer una propuesta de la estructura motivacional de las resoluciones orales tomadas en audiencia, conforme con el parámetro constitucional vigente. En torno a ese fin, se utiliza el método de investigación interpretativo hermenéutico, hermenéutico lógico y hermenéutico sintético, cuya metodología es bibliográfica.

El primer capítulo trata sobre los principios procesales desde la perspectiva de la teoría de la principalización de los mismos, en la medida de su posibilidad de desplazar las reglas.

El segundo capítulo contiene la motivación de las resoluciones judiciales desde la visión del COGEP, en cuya verificación se constata el proceso de generación de la misma

y la importancia del razonamiento lógico en su creación, además, se sugiere una estructura básica de decisión oral motivada.

Capítulo I

Los principios procesales

El Código Orgánico General de Procesos, como toda obra humana, adolece de algunas falencias, que se expresan en imprecisiones, lagunas y contradicciones, lo que obliga a solucionarlas mediante la integración e interpretación del derecho, en tanto la legislatura no las solucione mediante creación normativa.

Todo cuerpo normativo tiene vigencia en tanto su temporalidad no se vea amenazada expresamente por una nueva norma o tácitamente por una norma emergente que torne inoperante la anterior (condiciones internas de su creación), y tiene validez, mientras no cambien o muden las condiciones externas de su creación, factores sociológicos, morales, económicos, etcétera.

Una de las limitaciones de la tesis dinámica del sistema de fuentes del derecho, es que la primera fuente (por antonomasia) sigue siendo la ley, desplazando a segundo plano otras fuentes que, sin embargo, tienen suma importancia al momento de diseñar un adecuado sistema de creación del derecho, que supla las deficiencias de la ley, en tanto el legislador no lo haga.

La discusión sobre fuentes del derecho, en un sistema formalista y antiformalista fue tratada por Diego López Medina, quien al referirse al escrito de Francisco Schelgelberger, denominado la juventud eterna del derecho, se afirma que es posible poner vino nuevo en odres viejos, sin que se modifiquen textos legales, así las recordadas sentencias de la Corte Suprema alemana, que estableció como principios: “cláusula *rebus sic stantibus*, la doctrina de ‘violación positiva del contrato’, la desvalorización inflacionaria de obligaciones dinerarias, la aceptación jurisprudencial de la prenda comercial sin tenencia y el principio del abuso del derecho”.²

Con el propósito de demostrar la interpretación originalista y evolutiva, Riccardo Guastini evoca que en 1791 la octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos prohibía las penas crueles e inusuales, es obvio que penas como la de muerte hoy está abrogada, mientras que en aquella época sí se permitía.³

En el Estado constitucional de derecho emergen nuevas fuentes del derecho y deja de ser la ley la única fuente creadora del mismo, así se comprende cuando el artículo 29

² Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, 2ª edición (Bogotá: Legis, 2013), 303.

³ Riccardo Guastini, *Interpretar y argumentar* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014), 114.

del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ),⁴ va más allá de la visión de completitud del derecho en la ley. Los principios procesales provenientes de la ley dejan de ser los únicos aplicables a los códigos procesales, y aparece un nuevo marco que abarca principios y valores provenientes de otros cuerpos normativos como la Constitución o los tratados internacionales, que regulan de manera más garantista al proceso judicial. Por ello hoy se habla de la principalización del derecho entendida desde la posición de Dworkin, como un esquema en el cual si dos normas entran en contradicción, la elección de una de ellas extingue o invalida la otra, pero no sucede lo mismo con los principios, pues estos tienen como atributo la dimensión de peso y cuando entran en tensión, el intérprete los pesa sin que esto afecte su vigencia jurídica.⁵

De esta manera para interpretar e integrar el derecho procesal en un Estado constitucional de derechos y justicia, bajo una visión de principios y derechos positivados, se plantea el siguiente esquema:

- a) En el procedimiento se debe precautelar el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes, esto implica que la norma proporcione términos o plazos en las cuales se ejerza el derecho a la defensa, se asegure que la persona que no cuenta con recursos económicos sea defendida por un defensor público, así como se otorgue a las partes procesales el mismo tiempo de intervención en audiencias.
- b) En el procedimiento se debe garantizar la efectividad de los derechos humanos, así como de la ley sustantiva o material, no debe desatenderse la existencia de código sustantivos en los cuales constan normas que protegen bienes jurídicos como el derecho de propiedad, el derecho de herencia, el derecho de familia, entre otros.
- c) Las dudas de las normas procesales deben aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, entre ellos la igualdad, bilateralidad, contradicción, buena fe, legalidad de las formas, entre otros.

⁴ Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes. Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de estas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal.

⁵ Rodolfo Luis Vigo, *Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2015), 286.

d) Los vacíos de las normas procesales se integran en su orden, con normas análogas, con principios constitucionales y con principios generales del derecho procesal, tal es el caso de los vacíos del procedimiento ejecutivo que son colmados con las reglas del procedimiento sumario (artículo 355 del COGEP); además, en aplicación de los principios constitucionales de derechos, serán plenamente justiciables y de aplicación directa e inmediata del texto constitucional, no se puede alegar falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento.

1. Aplicación de los principios procesales frente a la motivación de las resoluciones

Con el propósito de demostrar que en nuestra legislación se conjugan conceptos del Estado legal de derechos con el Estado constitucional de derechos, se detallará ciertas normas que lo confirman.

En el Estado legal de derechos, en hipótesis la ley (entendida como derecho) es autosuficiente para solucionar los problemas que surgen en la vida social, pues no se puede dejar de administrar justicia basándose en la ausencia de norma según el artículo 28 del COFJ.⁶ Afín con este propósito, y para dar respuesta a los problemas que puedan surgir por ausencia o contradicción de normas, el artículo 18 del Código Civil (CC) aborda el tema de la integración, interpretación y delimitación del derecho.⁷

⁶ [...] No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia. Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.

⁷ Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes:

1. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento;
2. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal;
3. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso;
4. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto;
5. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes;
6. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural; y,
7. A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.

Al describir el término interpretación, Riccardo Guastini⁸ sostiene que tiene varios significados, así el objetivo que considera la expresión lingüística, textual o literal y el subjetivo que se refiere a la intención de la autoridad normativa; el contextual se refiere a todo el trabajo capaz de formar la intención del legislador, como los trabajos preparatorios mientras que el a-contextual se refiere únicamente al sentido de las palabras, aplicando reglas semánticas y sintácticas de la lengua; el *prima facie* es el que resulta de la comprensión inmediata e irreflexiva del texto normativo mientras que el todo considerando resulta de una problematización del significado *prima facie*; y, el originario es aquel que tenía al momento de entrar en vigor mientras que el actual corresponde al momento en que el texto normativo es interpretado o eventualmente aplicado.

Para Guastini, de los significados enunciados se dependen las siguientes interpretaciones:

Interpretación literal. Cuyo primer sentido se puede entender la *prima facie*, misma que no requiere argumentación a diferencia de la interpretación todo considerando que si requiere ser argumentado; el segundo sentido es la interpretación contextual que considera los elementos extra-textuales a diferencia de la a-contextual que se refiere a las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje; el tercer sentido es la interpretación no correctora o declarativa que no restringe el supuesto significado propio o natural del texto normativo.

Interpretación Declarativa/Correctora. La primera se abstiene de corregir el significado del texto normativo, en tanto que la correctora no se limita a declararlo, sino lo corrige.

Interpretación Extensiva/Restrictiva. La primera no excluye los predicados mediante los cuales son configurados los supuestos de hecho mientras que la segunda tiende a excluir ciertos predicados.

Interpretación Originalista/Evolutiva. La primera atribuye el significado originario al texto normativo desde una versión lingüística o desde la versión intencionalista mientras que la evolutiva atribuye al texto normativo su significado actual.

Estos métodos de interpretación e integración de normas jurídicas fueron adecuados para un Estado legal de derechos, pero hoy resultan ser insuficientes para el Estado Constitucional de derechos, de tal manera que la visión reductiva que se tenía de los principios procesales como aquellas reglas de procedimiento a ser observadas por las

⁸ Guastini, *Interpretar y argumentar*, 105.

partes procesales que sometían el conflicto intersubjetivo a una decisión judicial, fue ampliada por el neo constitucionalismo, al punto de considerar que el conflicto no queda reducido al ámbito privado sino rebasa aquel y su incidencia se ve reflejada en toda la sociedad.

Es entonces que los métodos y reglas de interpretación constitucional emergen para abrigar la interpretación e integración no sólo de la ley sino del derecho en su integralidad, como lo prevé el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).⁹ Los principios procesales son absorbidos por los principios generales del derecho, y con otros, forman parte del debido proceso (Estado constitucional de derecho).

Afn con esta nueva visión del derecho, el artículo 2 del COGEP señala como principios rectores a todas las actividades procesales los siguientes: a) los principios previstos en la Constitución de la República del Ecuador (CRE) de 2008; b) los principios previstos en los instrumentos internacionales de derechos humanos; c) los principios previstos en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado; d) los principios previstos en el COFJ; y, e) los principios desarrollados en el COGEP.

⁹ Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la CRE y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

1. *Reglas de solución de antinomias.* Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.
2. *Principio de proporcionalidad.* Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas por medio de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.
3. *Ponderación.* Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.
4. *Interpretación evolutiva o dinámica.* Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.
5. *Interpretación sistemática.* Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.
6. *Interpretación teleológica.* Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.
7. *Interpretación literal.* Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.

Otros métodos de interpretación. La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.

De lo cual surge un punto de vital importancia que se relaciona con la manera de resolver los problemas de distinción entre reglas y principios, sobre lo cual Ramón Ruíz Ruíz¹⁰ trata primero la tesis fuerte de la separación, y refiere que para Alexy los principios son mandatos de optimización en la medida que pueden ser cumplidos en diferente grado dependiendo de las posibilidades reales o jurídicas, como cuando hay principios y reglas opuestos. En tanto que las reglas son mandatos definitivos, es decir que solo pueden ser cumplidas o no. La colisión de reglas se soluciona al declarar válida una de ellas e inaplicable las demás (cláusula de excepción); mientras que cuando hay colisión de principios, uno de ellos tiene que ceder ante el otro. En cada caso concreto los principios tienen diferente peso lo que se resuelve a través de la ponderación siendo factor decisivo el peso relativamente mayor del principio en el caso concreto. La tesis débil de la separación entre reglas y principios, sostenida por Pietro Sanchís, establece que una norma es regla o principio, no por su enunciado lingüístico, sino por el modo en que se resuelve el conflicto, así si colisionada una norma cede o triunfa siempre, es regla; pero que si cede o triunfa según los casos es principio.

Además, es necesario examinar el problema de la garantía judicial y la aplicación directa de la Constitución, en torno al cual Luis Prieto Sanchís cuestiona la posibilidad de una jurisdicción difusa en un modelo de jurisdicción constitucional concentrada y ensaya los siguientes pasos: 1. no dudar de la constitucionalidad de la ley, 2. considerar su injusticia si existe un sacrificio desproporcionado de otro principio o derecho igual de relevante, 3. construir un conflicto de principios o derechos satisfechos y sacrificados, 4. ponderar, y 5. aplicar el triunfante o buscar una concordancia práctica que sería como una respuesta intermedia de matiz judicial.¹¹

En definitiva, si existe contradicción entre las reglas, unas deben ser desplazadas por elección de cualquiera de ellas que dé solución al caso en concreto, con lo cual, para solucionar casos similares debe aplicarse la misma regla (por excepción, en forma justificada el juez para apartarse de tal solución). Los principios entran en conflicto mediante tensión, lo cual significa que entre varios principios a ser aplicados, al elegir uno de ellos, este dará solución solo al caso bajo conocimiento, sin que en otros similares deba necesariamente aplicarse el mismo principio, pues cada caso tiene singularidad

¹⁰ Ramón Ruíz Ruíz, “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho”, *Derecho y Realidad*, No. 20 (II semestre de 2012), <http://revistas.upc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/viewFile/4860/3952/>.

¹¹ Luis Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), 29-30.

propia; no obstante, comparto con Pietro Sanchís que en ciertos casos para evitar una injusticia, cuando se sacrifica un derecho por otro de igual relevancia, es posible crear una solución intermedia.

1.1. Principio dispositivo y el impulso oficioso

Según la versión clásica del principio dispositivo, únicamente las partes procesales son capaces de someter a conocimiento de la administración de justicia sus discrepancias, son ellas las que incorporan el material probatorio y ellas las que deciden conformarse o no con la decisión judicial. Los límites del ejercicio de este principio lo ponen las partes procesales, pues son ellas las que definen los términos de su pretensión (accionante) y de la oposición (defensas-excepciones).

El artículo 5 del COGEP indica que corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, norma que se relaciona con lo dispuesto en el artículo 19 del COFJ, por lo cual todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada, debiendo los jueces resolver sobre lo fijado por las partes como objeto del proceso (*thema decidendi*), en relación con las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas conforme a la ley (*admisibilidad probatoria*).

Existen ciertas reglas que nos aproximan a entender la naturaleza de este principio:

1. Por la regla reza *nemo iure sine actore*; el inicio de un proceso le corresponde al que reclama una pretensión, por lo tanto, el juez no puede actuar oficiosamente.
2. Por la regla *quod non est in actis non est in mundo*, los hechos y el material probatorio solo pueden ser introducidos por los litigantes, nunca por el juez.
3. Por la regla *ubi partis sunt concordēs nihil ab iudicē*, los acuerdos probatorios o hechos probados deben pasar por ciertos para el juez.
4. Por la regla *secundum allegata et probata*, en su decisión el juez debe estar sujeto a lo pretendido y probado.
5. Por la regla *ne eat ultra petita partiun*, nunca debe concederse otra cosa de lo pedido por el actor.¹²

El COGEP señala que las partes procesales son las que deben generar los actos de proposición (demanda, contestación de la demanda, reconvencción, contestación de la reconvencción), son ellas con base en esa autonomía procesal quienes deciden durante el

¹² Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I (Buenos Aires: Ediar Soc. Anón, 1963), 101.

proceso hacer uso de los mecanismos extraordinarios de solución del conflicto con el propósito de su conclusión, como el retiro de la demanda, el desistimiento, el allanamiento, la conciliación, la transacción, o el abandono.

Para entender de mejor manera el principio dispositivo, Couture¹³ desarrolla los imperativos jurídicos del proceso que los identifica como deberes, obligaciones y cargas procesales. Son deberes los que están impuestos en el interés de la comunidad, diseñados para una adecuada realización del proceso, no imponen su ejecución forzosa pero sí formas de coacción moral o intimidación. Las obligaciones son las impuestas en interés del acreedor con ocasión del proceso. Las cargas están establecidas en interés del propio sujeto consisten en el requerimiento de una conducta de realización facultativa cuya omisión trae aparejada un perjuicio o consecuencia gravosa para él.

Existen cargas procesales con consecuencias gravosas a la parte procesal omisa como la contestación a la demanda, proposición probatoria o interposición de los recursos.

Excepción al principio dispositivo es la prueba oficiosa o prueba para mejor proveer, como la denomina el artículo 168 del COGEP.¹⁴ Si el juez aplica esta facultad excepcional adquiere la obligación de fundamentar adecuadamente en su providencia las razones que tuvo para ordenar la práctica de esta prueba, advirtiendo que esta tendrá lugar únicamente para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, de tal forma que, si para el juzgador están claros los hechos disputados, no le es permitido ordenarla.

Lino Palacio, al referirse a la aportación de la prueba, manifiesta “aun las leyes procesales más firmemente adheridas a ese principio admiten, en forma concurrente con dicha *carga*, aunque subordinada a ella, la facultad de los jueces para complementar o integrar, *ex officio*, el material probatorio del proceso.¹⁵

Al respecto Montero Aroca, señala que ante la idea de que las partes son dueñas del proceso, a finales del siglo XX, aparece la tesis de la publicización del proceso civil, que tiende al aumento de los poderes del Estado dentro de la sociedad, con cierta base

¹³ Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal Civil*, 3.^a edición. (Buenos Aires: Roque de Palma, 1958), 209-14.

¹⁴ La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince días.

¹⁵ Lino Enrique Palacio, *Manual de derecho procesal civil*, 17.^a edición (Buenos Aires: Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, 2003), 65.

autoritaria, es decir, que ha dotado al juez de autoridad, muy distinto al concepto de persona autoritaria.¹⁶

Se debe tener cuidado que al ejercer esta facultad no se vulnere el principio de igualdad procesal y de cargas probatorias que —como se dijo siguiendo a Couture—, son los requerimientos de conductas de realización facultativa cuya omisión trae aparejada un perjuicio o consecuencia gravosa para quien no las ejercita. En derecho social como el de familia o laboral, por la naturaleza protectora de los asuntos litigiosos que se discuten, se permite aplicar esta facultad con más discrecionalidad.

Correlativo con el principio dispositivo se tiene al principio de impulso oficioso del juzgador, aunque se lo identifica con el principio de celeridad. El artículo 20 del COFJ, establece que, una vez iniciado un proceso, el juez está obligado a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario. Afín con aquello, el art 75 del COGEP, indica que los términos señalados en la ley son irrenunciables e improrrogables; un ejemplo claro de impulso de oficio se da cuando en el procedimiento ordinario una vez vencido el término de contestación de la demanda, haya contestación o no, el juez debe fijar día y hora para la audiencia preliminar, sin esperar petición de parte; esto lo determina el artículo 292 del COGEP.¹⁷ De manera que, al darse el escenario previsto en el artículo señalado, es obligación del juez convocar a la audiencia preliminar, no esperar que las partes procesales la soliciten, salvo que, una vez convocada, en ejercicio del derecho dispositivo e invocando el inciso final del artículo 293 del mismo Código, decidan diferirla de mutuo acuerdo.

1.2. Principio de contradicción

Para abordar este principio es pertinente evocar lo que señala el artículo 169 de la Constitución de la República de 2008 “el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso”.

¹⁶ Alfredo Osvaldo Gozaíni, “El desplazamiento de los principios procesales hacia las garantías que consolidan un derecho nuevo: el derecho procesal constitucional”, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2015. <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3824/15.pdf>>.

¹⁷ Con la contestación o sin ella, en el término de tres días posteriores al vencimiento de los términos previstos en el artículo anterior, la o el juzgador convocará a la audiencia preliminar, la que deberá realizarse en un término no menor a diez ni mayor a veinte días.

El principio de contradicción como garantía del debido proceso es ampliamente analizado en la doctrina jurídica, y se refiere principalmente a los actos procesales que se lleven a cabo dentro del trámite regular de un proceso hasta la obtención del pronunciamiento o decisión que, debidamente fundamentada, recoja las alegaciones de las partes procesales.

El artículo 75 de la CRE de 2008, señala 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 derecho constitucional a la defensa que Couture denomina muy singularmente el derecho a ser oído en juicio (tener su día ante el tribunal), nuestra Constitución lo ha desarrollado en su artículo 76.¹⁸ Acorde con aquello, se configura el respeto al debido proceso y se ejercita adecuadamente el derecho a la defensa, *Audiatur et Altera Pars* (óigase a la otra parte), cuando emplazado en un proceso judicial se contradice válidamente el argumento de la demanda, conocido como pretensión.

Sin embargo, de que el derecho a concurrir al proceso no está limitado, para que el argumento de oposición sea atendido por el juez es necesario que se lo haga en el momento procesal oportuno, mediante la presentación de defensas y excepciones opuestas al tiempo de contestar la demanda. Puesto que la falta de contestación a la demanda en los procedimientos ordinario y sumario podrá ser apreciada por el juez como negativa de los hechos alegados (artículo 157 del COGEP); en el procedimiento ejecutivo corresponde la aplicación del artículo 352 del COGEP, esto es, en forma inmediata se pronunciará la sentencia mandando que la o el deudor cumpla con la obligación; en el procedimiento monitorio, de acuerdo al artículo 358 del COGEP el mandamiento de pago queda firme con el efecto de cosa juzgada y se procederá a la ejecución comenzando por el embargo de los bienes del deudor.

Véscovi menciona que existen 3 actitudes que puede tomar el demandado al contestar la demanda o ejercer la contradicción; la primera, la pasiva, esto es la no comparecencia; la segunda de aceptación de la demanda; y, la tercera: “c) Oposición:

¹⁸ 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. [...] 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.

defensa, excepción. La tercera actitud (fuera de la expectativa que se da en casos excepcionales) es la de contradecir la demanda. En este caso puede oponerse una defensa o una excepción, si utilizamos la terminología más común en la doctrina”.¹⁹ Existe diferencia entre defensa y excepción, y en forma muy clara Hernando Devis Echandía, señala que la defensa consiste en la simple negación del derecho o los hechos de la demanda; en cambio al plantear la excepción lo que alega son hechos impeditivos, extintivos o modificatorios del derecho pretendido, así como dilatorios que tienden que ver con la exigibilidad o efectividad actual del derecho.²⁰

El principio de contradicción tiene sus excepciones, como por ejemplo cuando se trata de providencias preventivas se señala que la audiencia se realizará *inaudita parts*, esto es, por la naturaleza de la diligencia, sin escuchar a ambas partes sino a una sola de ellas; así en forma expresa lo señala el artículo 127 del COGEP: “Presentada la solicitud de providencias preventivas, conforme con los requisitos de la demanda, la o el juzgador en el término de cuarenta y ocho horas convocará audiencia en la que resolverá dicha solicitud”. En el procedimiento ejecutivo, las providencias preventivas inclusive se las ordena sin audiencia, según el artículo 351 del COGEP.²¹

Es procedente indicar que por el principio de contradicción se da la oportunidad a las partes procesales de estar en audiencia siendo su inasistencia sancionada con la pérdida de sus derechos sustanciales o materiales (actor) y procesales (demandado), conforme pues el artículo 87 del COGEP.²²

Adviértase que la comparecencia de la parte procesal debe ser con su abogado, lo que constituye la capacidad procesal de postulación. Para ello se debe conocer ciertos conceptos previos como: parte procesal, legitimación en causa y legitimidad de personería.

Así, se denomina parte procesal a los sujetos del proceso que intervienen ya sea como actor o como demandado, en nombre propio o en representación. Puede

¹⁹ Enrique Véscovi, *Teoría general del proceso*, 2.^a ed. (Bogotá: Temis, 2006), 77.

²⁰ Hernando Devis Echandía, *Estudios de derecho procesal*, t. I (Buenos Aires: Ed. ABC, 1979), 425.

²¹ [...] Si el ejecutante acompaña a su demanda los correspondientes certificados que acrediten la propiedad de los bienes del demandado, con el auto de calificación podrán ordenarse providencias preventivas sobre tales bienes, hasta por el valor que cubra el monto de lo reclamado en la demanda. Sin perjuicio de los certificados a que se refiere este inciso, no se exigirá el cumplimiento de los demás presupuestos previstos en este Código para las providencias preventivas [...].

²² En caso de inasistencia de las partes se procederá de acuerdo con los siguientes criterios: 1. Cuando quien presentó la demanda o solicitud no comparece a la audiencia correspondiente, su inasistencia se entenderá como abandono. 2. Cuando la o el demandado o la o el requerido no comparece a la audiencia que corresponda, se continuará con la audiencia y se aplicará las sanciones y efectos, entendiéndose siempre que pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos. Sin embargo, en caso de retraso, se admitirá su participación, tomando la audiencia en el estado en que se encuentre [...].

componerse de una o varias personas, ser compuesta (procurador común) o compleja (litisconsorcio). Denominase también parte procesal al tercero y al tercerista, pero su intervención en el proceso es eventual y están condicionados a ser admitidos previamente por el juzgador.

Para Chiovenda, actor es quien pide en nombre propio o en cuyo nombre se pide la actuación de la voluntad de la ley, y demandado es aquel frente a quien es pedida.

A criterio de Enrique Vécovi se debe precisar lo que se considera parte, de otros conceptos jurídicos como sujeto de derecho y legitimado para pretender, dice que una cosa es ser titular del derecho o de la relación sustancial y otra es tener la legitimación para accionar o pretender, puesto que esta es independiente del derecho, que normalmente coinciden, pero no siempre.²³

Desde el punto de vista netamente procesal se identifica como parte, aquel que interviene en el proceso; sujeto del derecho, aquel que ostenta la titularidad de la relación sustancial, y legitimado para pretender, el que acciona con el propósito de obtener una decisión judicial por ser el llamado por ley a ejercerla.

El artículo 30 del COGEP respecto de la definición de parte procesal establece que: “el sujeto procesal que propone la demanda y aquel contra quien se la intenta son partes en el proceso. La primera se denomina actora y la segunda demandada”.

Ahora se abordará el concepto de legitimación en causa, siendo necesario partir del siguiente enunciado: la decisión judicial es capaz de surtir efectos jurídicos de tal naturaleza que pueda obligar a su cumplimiento, cuando el objeto del litigio fue discutido con quienes ostentan la titularidad del derecho material o situación jurídico material.

Hernando Devis Echandía sobre la legitimación en causa manifiesta que en relación al actor es la titularidad del interés materia del litigio y respecto al demandado es el titular del interés en litigio por ser la “persona llamada a contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la ley que se declare la relación jurídico-material objeto de la demanda (procesos contencioso ejecutivos, de condena, declarativos o de declaración constitutiva)”.²⁴ Tener la legitimación en causa, tanto del actor como del demandado, “mira a obtener únicamente sentencia de fondo, sea favorable o desfavorable, por estar el sujeto facultado para controvertir la existencia o inexistencia del pretendido derecho o relación jurídico-material”.²⁵

²³ Vécovi, *Teoría general del proceso*, 160.

²⁴ Devis Echandía, *Estudios de derecho procesal*, 354.

²⁵ *Ibíd.*, 355.

Barrios de Angelis²⁶ dice que se debe diferenciar la legitimación en causa de la capacidad procesal: “el menor puede estar legitimado *ad causam*, pero no puede intervenir por sí; el poseedor capaz no puede ser desalojado, por falta de legitimación causal”.

Otro ejemplo que por lo sencillo no deja de ser profundo, lo expone Enrique Véscovi, sobre la legitimación en causa:

Ticio es un sujeto plenamente capaz (capacidad procesal) pero, para demandar el desalojo, debe demostrar o que es arrendador, o subarrendador, o titular de un derecho real de goce, por ejemplo, Para reivindicar debe ser propietario, y así sucesivamente. Esa es la legitimación (activa). A su vez, para ser demandado deberá ser arrendatario, subarrendatario, etc., o poseedor (legitimación pasiva).²⁷

A la sazón, la legitimación en la causa corresponde enfocarla desde la visión de ser quien pretende y contra quien se pretende, la persona titular del interés en litigio, sea esta parte procesal, individual o conjunta.

Hasta aquí se ha tratado la falta de legitimación en causa, ahora se abordará la legitimidad de personería.

Según Hernando Devis Echandía, para que los actos procesales desarrollados por la parte (a nombre propio o en representación) surtan efectos legales, esto es, puedan ser considerados válidos y eficaces, se debe reunir “las siguientes condiciones: a) capacidad para ser parte, b) capacidad procesal para comparecer al juicio, conocida también como *legitimatio ad processum*, c) debida representación cuando no se actúa personalmente o se trata de alguna persona jurídica, d) adecuada postulación”.²⁸

Barrios de Angelis²⁹ sostiene que debe diferenciarse entre la capacidad para ser parte, la capacidad para estar en juicio y la capacidad de postulación. La capacidad para ser parte corresponde a todo sujeto jurídico, sea persona física o jurídica, sus representantes o sustitutos; la capacidad para estar en juicio identificada como capacidad procesal, importa la capacidad para discurrir y resolver que excluye a los sometidos a patria potestad, a tutela, o concurso; y, la capacidad de postulación es la especial aptitud para desempeñar las profesiones legales: abogacía o procuración.

²⁶ Dante Barrios de Angelis, *Teoría del proceso* 2.ª ed. (Montevideo: Edit. IB de F, 2005), 106.

²⁷ Véscovi, *Teoría general del proceso*, 168.

²⁸ Hernando Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal civil*, 2.ª ed. (Bogotá: Temis, 2009), 549.

²⁹ Barrios de Angelis, *Teoría del proceso*, 104.

Enrique Véscovi³⁰ distingue entre la “capacidad de goce y la de ejercicio. La primera es la aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones —de carácter procesal, en lo que nuestro tema refiere—. O estar en las diferentes situaciones jurídicas procesales. La capacidad de ejercicio es la aptitud para ejercer los derechos; en nuestro caso, para actuar por sí en el proceso”.

Mientras la capacidad de goce es un atributo de todas las personas, la capacidad de ejercicio la ostentan quienes pueden obligarse por sí mismos, sin el ministerio o la autorización de otra.

Se afirma que son capaces todas las personas. Esta presunción legal puede ser desvirtuada con prueba en contrario. Es así que el artículo 1462 del CC dice: “toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”, y el artículo 1461 señala que: “la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”.

Los incapaces son las personas que no pueden obligarse por sí mismas, se dividen según el artículo 1463 del mismo código sustantivo en absolutamente incapaces: los dementes, los impúberes y las personas sordas que no puedan darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas; y, relativamente incapaces: los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas.

Según Couture, los semicapaces son aquellos que necesitan junto a su capacidad de ejercicio, complementar la capacidad de comparecencia válida, como en el caso del curador *ad litem* o del abogado.

Si bien la parte procesal puede tener capacidad de goce y capacidad de ejercicio, legitimando su personería, no obstante, para el ejercicio de su acción (salvo las excepciones legales), necesita el patrocinio de un abogado, esto es, completar la capacidad procesal de postulación, con un defensor técnico jurídico.

Sobre la capacidad procesal de postulación Enrique Véscovi, señala que no es suficiente contar con la capacidad para actuar en el proceso, existiendo otra exigencia que se llama capacidad de postulación.³¹

Para el derecho colombiano:

La ley establece generalmente ciertas limitaciones al derecho de comparecer en nombre propio a los juicios civiles, limitaciones que no atañen a la capacidad propiamente, sino a la habilidad para litigar, como ejercicio de una profesión garantizada, reglamentada y defendida por el Estado. En este sentido, la ley suele exigir que, para comparecer en

³⁰ Véscovi, *Teoría general del proceso*, 159.

³¹ *Ibíd.*, 192.

juicio, las personas capaces (sea que obren en su nombre o que representen a otras) deben hacerlo por intermedio de abogado inscrito en el respectivo despacho judicial, a no ser que ellas mismas tengan esa calidad. Se trata, como se ve, de un caso de inhabilidad para comparecer en juicio por sí mismo. De este modo, si el juez acepta la demanda o le da curso a actuaciones promovidas por una parte, con violación de la prohibición legal, podría proponerse la consiguiente nulidad.³²

Hay que tener presente que el abogado no es parte procesal, así lo aclaraba Enrique Véscovi, para quien “el representante actúa en nombre de otro, el representado (que es la parte). Tampoco el asistente o el defensor. A estos no se les puede llamar parte”.³³

El artículo 36 del COGEP fija la obligatoriedad de comparecer al proceso mediante defensor, en los siguientes términos: “las partes que comparezcan a los procesos deberán hacerlo con el patrocinio de una o un defensor, salvo las excepciones contempladas en este Código”. Además, es una garantía constitucional, de acuerdo al artículo 76, numeral 7, literal g) de la CRE de 2008: “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”. Tanto es así que el artículo 79 del COGEP, establece que: “Durante la audiencia, la o el juzgador puede autorizar que las partes intervengan personalmente. En ese caso, la o el defensor se debe limitar a controlar la eficacia de la defensa técnica”.

Por lo que la parte procesal y su abogado (defensor técnico jurídico) estructuran la capacidad procesal de postulación, necesaria para la presentación de los actos de proposición y la comparecencia a las audiencias.

Ahora, es preciso indicar que según el COGEP, la parte procesal, puede comparecer personalmente con su abogado, o por procurador judicial, es así que en los arts. 42³⁴ y 86³⁵ del COGEP, se determinan las formas cómo debe otorgarse la procuración judicial.

Sin embargo, de la obligación de conformar la capacidad procesal de postulación, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto que, en ciertas causas, la presentación de demandas no requiere contar con el defensor técnico jurídico, así el artículo 357 del

³² Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal civil*, 557.

³³ *Ibíd.*, 160.

³⁴ [...] 1. Por oficio, en el caso de entidades públicas o mediante escrito reconocido conforme con la ley, ante la o el juzgador del proceso. 2. Por poder otorgado en el Ecuador o en el extranjero ante autoridad competente. 3. De manera verbal en la audiencia respectiva.

³⁵ Las partes están obligadas a comparecer personalmente a las audiencias, excepto en las siguientes circunstancias: 1. Que concurra procurador judicial con cláusula especial o autorización para transigir. 2. Que concurra procurador común o delegado con la acreditación correspondiente, en caso de instituciones de la administración pública. 3. Cuando a petición de parte la o el juzgador haya autorizado la comparecencia a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología.

COGEP respecto del procedimiento monitorio establece que: “si la cantidad demandada no excede de los tres salarios básicos unificados del trabajador en general no se requerirá el patrocinio de un abogado”.

El artículo 6 de la Ley 00, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 643, de 28 de julio de 2009, que reforma el Código de la Niñez y Adolescencia, establece que, para plantear la demanda por derecho de alimentos a favor de un niño, niña o adolescente, de los adultos y adultas considerados como titulares de derechos establecidos en esta ley: “no se requerirá el auspicio de abogado”.

El artículo 247 del COFJ, en relación con los principios aplicables a la justicia de paz, señala que: “no será necesario el patrocinio de abogada o abogado en las causas que se sustancien ante las judicaturas de paz”.

Sin embargo, en estos casos de darse una audiencia, estimo que debe preverse de un defensor público para evitar su estado de indefensión, ya que si bien es cierto al presentar la demanda no se requería de un abogado, el derecho a la defensa jurídica técnica se vería restringido, de comparecer una parte procesal sin abogado y la otra con abogado.

1.3. Principio de oralidad

Para cierta parte de la doctrina (Chiovenda, Montero Aroca, Gómez Colomer, Barona Vilar, Fairén Guillén, entre otros) la oralidad es un principio, en tanto que, para Bonet Navarro es un instrumento para la consecución del fin buscado, y para Mejía Salazar es un mero medio de comunicación.³⁶

En lo particular opino que la oralidad es una guía conductual del procedimiento, un referente al cual se debe llegar progresivamente mediante actos procesales predispuestos en la norma procesal, cuyo propósito es lograr efectivizar la transmisión de actos comunicacionales que se dan en el proceso, siendo la audiencia el espacio en el cual se materializan los demás principios; por ello considero que la oralidad es un principio.

Es importante aclarar que en el nuevo esquema procesal la decisión de fondo se la debe tomar en audiencia, sin embargo, existen excepciones señaladas como resoluciones que no se dictan en audiencia, por ejemplo:

1. De acuerdo al artículo 14 el conflicto de competencia se resolverá en mérito de los autos.

³⁶ Álvaro Mejía Salazar, *La oralidad y los principios del procedimiento* (Ecuador: Ius et Historiae Ediciones, 2018), 96 y 97.

2. En el procedimiento ejecutivo, el artículo 352, dispone que si el deudor dentro del respectivo término (15 días) no cumple la obligación ni propone excepciones o si las excepciones propuestas son distintas a las permitidas en este Código para este tipo de procesos (artículo 353), el juzgador en forma inmediata pronunciará sentencia.
3. Conforme el artículo 402 la Corte Provincial al conocer la apelación del auto de calificación de posturas, fallará en el término de quince días sin ninguna tramitación por el mérito del proceso.

El proceso oral es desarrollado en audiencias, según lo determina el artículo 79 del COGEP, en las cuales, bajo la estricta dirección del juez, las partes tendrán la ardua tarea de debatir, argumentar y fundamentar sus respectivas posiciones para que el juez acepte la posición que más le convenza.

No obstante, Chioyenda hacía notar que es difícil concebir hoy un proceso escrito que no admita en algún grado la oralidad, y un proceso oral que no admita en algún grado la escritura.

En el COGEP el legislador ha diseñado un sistema procesal mixto, puesto que existen actos de proposición que obligatoriamente deben constar por escrito, como son: demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción.

Bajo este sistema procesal la actuación de los sujetos procesales se da en audiencias cuyo propósito es lograr un acto de comparecencia capaz de ratificar lo expuesto en los actos de proposición, de allí las sanciones establecidas en el artículo 87 ante la inasistencia (abandono para el actor, pérdida progresiva de los derechos para el demandado).

De lo cual se colige que para el nuevo sistema procesal no es suficiente la formulación del acto de proposición escrito, sino que este deberá ser ratificado por la parte procesal proponente en audiencia (ratificación que no implica leer todo lo expuesto por escrito ni aprenderse de memoria y relatarlo, sino esbozar un resumen de las partes principales de la proposición). No obstante, existen actos procesales puramente orales como la práctica de la prueba testimonial o los alegatos.

Se ratifica que el nuestro es un sistema procesal mixto, cuando se exige al juzgador dictar su decisión oral y luego redactarla por escrito.

Al expresarnos oralmente transmitimos lo que pensamos, existiendo en ese acto de comunicación generalmente un emisor, un receptor y un mensaje; cuyo grado de

optimización se logra cuando el contenido del mensaje es percibido por el oyente en los términos pretendidos por el hablante.

El hablante tiene que elegir una expresión inteligible para que el hablante y el oyente puedan entenderse entre sí, el hablante tiene que tener la intención de comunicar un contenido proposicional verdadero para que el oyente pueda compartir el saber del hablante; el hablante tiene que querer manifestar sus intenciones verazmente para que el oyente pueda creer en sus emisiones (confiar en él); finalmente, el hablante tiene que elegir una emisión correcta en relación con las normas y valores vigentes para que el oyente pueda aceptar su emisión, de modo que hablante y oyente puedan coincidir entre sí en lo que se refiere al trasfondo normativo.³⁷

El uso del lenguaje puede ser instrumental o argumentativo, por el primero se consigue directamente el objetivo como cuando se da una orden, por el segundo uso las expresiones deben respaldarse en razones o argumentos ejemplo de tal es cuando se plantea una pretensión jurídica.³⁸

En cuanto al tipo de acto del habla, puede ser constatativo cuando se pretende que el enunciado sea verdadero como afirmar, negar explicar; es regulativo cuando se pretende que lo mandado sea correcto como recomendar, aconsejar, y es representativo cuando se pretende que lo expresado sea veraz como revelar, expresar, engañar.³⁹

Paso a explicar este uso del tipo de habla tomado desde los niveles de los sujetos procesales, juez, abogado, testigo y perito. Así el nivel del lenguaje del juez será constatativo, porque al pronunciarse con su decisión oral, al afirmar o negar la pretensión, esperará que su conclusión sea verdadera; el abogado utilizará un lenguaje regulativo pues, al alegar exige un pronunciamiento en el cual pretende que acepte su tesis como correcta; y, usará un lenguaje representativo el perito cuando descubra hipótesis o los testigos cuando revelen acontecimientos pasados donde lo expresado se pretende sea sincero o veraz.

Para una adecuada dirección de la audiencia al juez le interesa que todos los actos comunicacionales del habla se expresen bajo criterios de comprensibilidad ya que, por ejemplo, la correcta fijación del objeto de la controversia conducirá a encasillar los hechos pretendidos en el supuesto de hecho previsto en la norma y como consecuencia de ello se concluirá con una decisión que supere el vicio de incongruencia.

³⁷ Manuel Atienza, *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica* (Ciudad de México: Universidad Nacional de Autónoma de México –UNAM– Instituto de Investigaciones Jurídicas –IIJ–, 2005), 152.

³⁸ *Ibíd.*, 83.

³⁹ *Ibíd.*, 152.

La importancia de identificar en forma adecuada el tipo de lenguaje utilizado por un gestor o por otro radica en que el juez, al utilizar un lenguaje regulativo tratará de explicar la corrección del argumento que lo llevó a la decisión y pretenderá obtener la aprobación de su resolución, lo cual resulta hasta cierto modo facultativa de las partes; en tanto que, al usar el lenguaje representativo, su papel se reducirá a narrar los hechos o expresar las conclusiones de un informe pericial.

El abogado cuando utiliza un lenguaje constataivo pretende que su tesis argumentativa sea verdadera por tanto niega la tesis contraria, pese a que puede ser cierta, su posición obcecada le impide visualizar otro escenario, persiste en que existe un solo argumento y sus esfuerzos van encaminados en ese propósito; esta situación puede resultar perjudicial en su estrategia de defensa, debido a que al prestar poca importancia a la tesis de la contraparte, podría esta última adquirir solidez y resultar ser más convincente que la suya. Al emplear un lenguaje representativo pretenderá ubicarse en el papel del testigo o del perito y admitir como sinceros hechos que no le constan.

El testigo y el perito al ubicarse en un lenguaje constataivo pretenden estar en el papel de juzgador y tratan que su declaración a más de descriptiva sea la única verdad; al usar el lenguaje regulativo pretenden que las recomendaciones sean correctas sin estimar que mediante un contrainterrogatorio se pueda demostrar la incorrección de las premisas, lo que conduciría a dar debilidad a la conclusión.

Sobre el uso del lenguaje Rodolfo Vigo sostiene que “las enseñanzas retóricas se apoyan en la experiencia generalizada de que no basta tener las mejores razones para confiar automáticamente que ellas prosperarán, pues de lo que se trata es de respaldarlas con un discurso y un orador capaz de alcanzar la persuasión o convencimiento de los destinatarios o el auditorio”.⁴⁰

Se pretende que la oralidad traiga rapidez y prontitud al desarrollo del procedimiento en materias no penales, obteniendo decisiones dentro del lapso previsto en la norma adjetiva (se cumple con la tutela judicial cuando se tramita los procesos dentro del plazo legal). Sin embargo, es necesario advertir lo expuesto por Joan Picó I Junoy, sobre el principio de oralidad en el Proceso Civil Español: “estos plazos son sistemáticamente infringidos, debido a que los tribunales físicamente no pueden atender, en su horario laboral, el alto número de señalamientos que legalmente debieran realizar”.⁴¹

⁴⁰ Vigo, *Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional*, 15.

⁴¹ Joan Picó I Junoy, “El principio de oralidad en el proceso civil español”, <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip25esp.pdf>.

1.4. Principio de inmediación

La inmediación se define como aquella vinculación directa y conjunta entre el juzgador y las partes respecto de las actuaciones procesales desarrolladas en las audiencias. Este principio, sin duda, constituye la antítesis de lo mediato, este último signo distintivo de la escritura, en consecuencia, no puede haber inmediación sin oralidad.

Uno de los argumentos en contra de la escritura era precisamente que el juzgador no conocía a las partes procesales, no las escuchaba, no dirigía la práctica probatoria, no atendía los alegatos de los abogados, dedicándose a dictar sentencia basándose en los recaudos procesales expresados en legajos escritos que contenían actuaciones procesales realizadas hace mucho tiempo atrás.

En virtud de este principio, se procura que el juez tenga contacto directo, próximo y permanente con los sujetos del proceso, las pruebas, y los alegatos con el propósito de conocer su real e integral significado de manera que a su término sea capaz de dictar sentencia.⁴²

Véscovi manifiesta que la principal exigencia del sistema oral es la identidad del juez que conoce la prueba y falla, siendo la inmediación incluso más importante que la oralidad misma.⁴³

Los arts. 137⁴⁴ y 289.2⁴⁵ de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, se refieren a este principio en el sentido que es inexcusable la presencia del juzgador en audiencias cuando se trate de práctica de pruebas y alegatos de las partes procesales.

En el COGEP se ratifica la aplicación de este principio cuando con anterioridad al inicio del proceso, el juzgador que conoce de una diligencia preparatoria será luego el que conocerá del juicio principal. Así lo señala el artículo 123: “La competencia para conocer y ordenar la práctica de las diligencias preparatorias, se radica por sorteo de acuerdo con la materia del proceso en que se pretendan hacer valer y determina la

⁴² Isidoro Eisner, *Planteos procesales: Ensayos y notas sobre el proceso civil* (Buenos Aires: La Ley, 1984), 63.

⁴³ Véscovi, *Teoría general del proceso*, 52.

⁴⁴ 1. Los Jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente. 2. Las vistas y las comparecencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebrarán siempre ante el Juez o los Magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto.

⁴⁵ Será inexcusable la presencia judicial en el interrogatorio de las partes y de testigos, en el reconocimiento de lugares, objeto o personas, en la reproducción de palabras, sonidos, imágenes y, en su caso, cifras y datos, así como en las explicaciones, impugnaciones, rectificaciones o ampliaciones de los dictámenes periciales.

competencia de la o del juzgador para conocer el proceso principal”. Una vez iniciado el proceso, se constata la aplicación de este principio en el artículo 6 del COGEP.⁴⁶

La comparecencia personal obligatoria de las partes procesales puede verse tamizada por su comparecencia mediante videoconferencia, no obstante, de existir normas permisivas en tal sentido, debe advertirse que la capacidad procesal de postulación, lo compone el sujeto denominado parte sustancial (quien pretende mediante una demanda o contra quien se pretende) y su abogado (profesional autorizado por la ley para ejercer la defensa procesal de la parte sustantiva).

Las normas que facultan la comparecencia por videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología, son las siguientes:

Según el artículo 4 “las audiencias podrán realizarse por videoconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología, cuando la comparecencia personal no sea posible”. Según el artículo 41 “cuando la naturaleza de la diligencia lo permita, la o el juzgador autorizará que la comparecencia de la o el mandante se realice mediante videoconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología. Si se halla fuera del lugar del proceso, se libraré deprecatorio o comisión, en su caso, para la práctica de tal diligencia. Si se encuentra fuera del país se libraré exhorto”. Según el artículo 86, “las partes están obligadas a comparecer personalmente a las audiencias, excepto en las siguientes circunstancias: [...] 3. Cuando a petición de parte la o el juzgador haya autorizado la comparecencia a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología”. Según el artículo 174, la “Prueba testimonial [...] Se practica en la audiencia de juicio, ya sea en forma directa o a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología, con excepción de las declaraciones anticipadas”. Según el artículo 293, “las partes están obligadas a comparecer personalmente a la audiencia preliminar, con excepción que [...] se haya autorizado la comparecencia a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología”.

Esta facultad de comparecer por videoconferencia, tiene su excepción, pues está prohibida conforme al artículo 174 cuando se trate de declaración anticipada, la que está definida en el artículo 181 del COGEP.⁴⁷ No obstante, está permitida cuando se trate de

⁴⁶ La o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso. Solo podrán delegar las diligencias que deban celebrarse en territorio distinto al de su competencia. Las audiencias que no sean conducidas por la o el juzgador serán nulas.

⁴⁷ La o el juzgador podrá recibir como prueba anticipada, en audiencia especial, los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio, siempre que se garantice el ejercicio del derecho de contradicción de la contraparte.

declaración urgente receptada como diligencia preparatoria, misma que de acuerdo al artículo 122.7, es “la recepción de las declaraciones urgentes de las personas que, por su avanzada edad o grave enfermedad se tema fundadamente puedan fallecer o de quienes estén próximos a ausentarse del país en forma permanente o por un largo período”.

El denominador común de estas normas es posibilitar la declaración de aquellas personas que, estando en las categorías descritas, no puedan comparecer a la audiencia de juicio. Si se reflexiona en el motivo por el cual el legislador impidió que las declaraciones anticipadas se realicen mediante videoconferencia u otro medio de similar tecnología, probablemente se entienda que el fin era garantizar el ejercicio del derecho de contradicción y que se respete el principio de inmediación, por lo dicho, surge la siguiente pregunta: ¿Acaso cuando se permite la comparecencia a la audiencia de juicio (donde se va a practicar la prueba), mediante videoconferencia u otro medio de similar tecnología, no se atenta contra el derecho de contradicción e inmediación?

Sin duda el propósito del legislador fue el de prohibir que pueda realizarse mediante videoconferencia u otro medio de similar tecnología toda diligencia personalísima como el juramento decisorio; el juramento deferido; el reconocimiento de documentos; la declaración de parte, sea como declaración urgente, anticipada o en la audiencia de juicio. Tesis que se confirma cuando el artículo 41 del COGEP prohíbe a los procuradores judiciales realizar actuaciones procesales personalísimas de la parte procesal, “como absolver posiciones, reconocer documentos u otros actos semejantes”⁴⁸. En el mismo sentido el artículo 177, numeral 3 del COGEP faculta receptar la prueba testimonial de los procuradores o de los apoderados, “únicamente por los hechos realizados a nombre de sus mandantes”.

Como consecuencia de este razonamiento, se debe entender que la facultad dada al procurador judicial mediante cláusula especial, que se encuentra en el artículo 43 del COGEP, se referirá a lo siguiente: 1. para sustituir la procuración a favor de otro profesional, 2. allanarse a la demanda, 3. transigir, 4. desistir de la acción o del recurso, 6. Aprobar convenios, y 7. recibir valores o la cosa sobre la cual verse el litigio o tomar posesión de ella. Siendo inútil hacer constar en dicha cláusula especial, la facultad para

⁴⁸ El Artículo 41 del COGEP dispone: “son las o los mandatarios que tienen poder para comparecer al proceso por la o el actor o la o el demandado. Las personas que pueden comparecer al proceso por sí mismas son hábiles para nombrar procuradoras o procuradores. Aun cuando haya procuradora o procurador en el proceso, se obligará a la o al mandante a comparecer, siempre que tenga que practicar personalmente alguna diligencia, como absolver posiciones, reconocer documentos u otros actos semejantes [...]”.

absolver posiciones o deferir al juramento decisorio, puesto que hay normas que impiden conferir esta facultad.

El principio de inmediación, además, se ve garantizado cuando el juzgador a quien le corresponde la dirección de la audiencia, debe permanecer en ella hasta su conclusión como lo señalan los artículos 80 y 82 del COGEP. El juez que suspende una audiencia será el que la reinicie, salvo que se demuestre caso fortuito o fuerza mayor que hagan imposible la presencia del mismo juzgador (como la destitución, muerte, renuncia), en cuyo evento será otro juzgador el que la reinicie (artículo 91 del COGEP). De las normas señaladas se deprenden dos efectos, el primero que tiene que ver con la ausencia injustificada del juzgador, que se sanciona con la nulidad; y, el segundo, cuando no se reinicia en el término previsto, se sanciona con su inexistencia, esto es, la audiencia anterior pierde validez, y debe convocarse nuevamente.

En caso de que iniciada la práctica probatoria surja una causa de justificación que impida al juzgador continuarla, el nuevo juzgador deberá ordenar que se vuelva a practicar la prueba, ya que este último será el que valore los medios probatorios, lo contrario implica volver al sistema procesal escrito, en el cual dominaba el principio de mediación (juez ausente de la practica probatoria). Afín con ello, el artículo 158 del COGEP señala que: “la prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos”, de igual manera el artículo 72 del COGEP prescribe: “La o el juzgador podrá ordenar la práctica de alguna diligencia mediante deprecatorio o comisión a otra u otro juzgador dentro del territorio nacional. Esta facultad no incluye la realización de audiencias ni la práctica de pruebas”.

Como corolario en este punto, surge la pregunta: ¿A quién hay que convencer de los hechos y circunstancias controvertidos?, la respuesta es: al juez que conoció la prueba y que tiene la obligación de valorarla antes de arribar a su resolución.

Abordar el principio de inmediación en relación con la prueba testimonial se sostiene que si es el acercamiento directo del juzgador con el medio probatorio, para mirar a los ojos del declarante, sentir sus palpitaciones, escuchar sus palabras, percibir el grado de nerviosismo, oír su respiración; se vería restringido cuando, según el artículo 177, numeral 9 del COGEP⁴⁹ se permite que la declaración de parte de determinados servidores

⁴⁹ La o el Presidente de la República, la o el Vicepresidente de la República, las o los asambleístas, las o los ministros de Estado, la o el Secretario General de la Administración Pública y los demás Secretarios con rango de ministro, la o el Fiscal General del Estado, la o el Defensor del Pueblo, la o el Defensor Público, las o los jueces de la Corte Constitucional, las o los jueces de la CNJ, las o los vocales del Consejo de la Judicatura, las o los consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, las o los consejeros del Consejo Nacional Electoral, las o los jueces del Tribunal Contencioso Electoral,

públicos sea sustituida por un informe con juramento, o cuando en materia contenciosa tributaria y contenciosa administrativa no se admite como medio de prueba la declaración de los servidores públicos, sea pedida como declaración de parte o como declaración de terceros, conforme lo dispone el artículo 310 del COGEP.⁵⁰

Si conforme el artículo 178 del COGEP la declaración, debe seguir las siguientes reglas de desarrollo: “1. la o el juzgador tomará juramento y advertirá al declarante su obligación de decir la verdad y de las penas del perjurio; 2. la o el juzgador preguntará al declarante sus nombres y apellidos, edad, estado civil, dirección domiciliaria, nacionalidad, profesión u ocupación; 3. la parte que haya pedido la presencia de la o del declarante procederá a interrogarlo. Una vez terminado, la contraparte podrá contrainterrogar al declarante; y, 4. la o el declarante no podrá leer notas ni apuntes durante la práctica de su declaración a menos que se trate de valores o cifras”. En efecto, no solo se ve afectado el principio de inmediación, sino inclusive el principio de igualdad procesal.

De igual manera, podría decirse que el principio de inmediación se ve restringido cuando el COGEP no radica la competencia del juzgador que conoció una providencia preventiva (secuestro, retención, prohibición de enajenar o arraigo), para que sea el mismo juzgador que deba conocer la causa en lo principal, ya que en los arts. 124 hasta el 133 del COGEP no se contempla esa posibilidad, como sí sucede en las diligencias preparatorias (artículo 123 del COGEP). Mas, resulta razonable que así lo haya previsto el legislador, que el juzgador que ordena una providencia preventiva no asegure su competencia para el juicio principal, ya que, por ejemplo, en un secuestro de bienes muebles que aseguren el pago de una deuda, el *thema decidendum* no es el bien mueble en sí, sino el crédito.

Por el contrario, cuando se trata de las providencias preventivas en propiedad intelectual, sí se aplica el principio de inmediación, ya que el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación-Ingenios, publicado en Registro Oficial Suplemento 899 de 9 de diciembre de 2016, agregó a continuación del artículo 133 del COGEP, una norma que obliga a conocer el juicio principal al juez civil

la o el Procurador General del Estado, la o el Contralor General del Estado, las o los Superintendentes, las o los alcaldes, las o los prefectos, las o los gobernadores regionales, las máximas autoridades de las instituciones del Estado y las o los agentes diplomáticos.

⁵⁰ [...] Los informes que emitan las autoridades demandadas por disposición de la o del juzgador, sobre los hechos materia de la controversia, no se considerarán declaración de parte.

que las ordenó.⁵¹ Y esto si es razonable ya que el juez que conoce una providencia preventiva en propiedad intelectual será el que resuelva en fondo del conflicto.

1.5. Principio de concentración

Por el principio de concentración, se pretende reunir varias actividades en el menor número de actos procesales evitando demora en el proceso, así cuando al contestar la demanda se permite proponer excepciones previas, excepciones de fondo, e incluso reconvenir al actor dentro del mismo procedimiento, lo que se consigue en las audiencias diseñadas como espacios en los cuales es posible reunir varias actividades procesales.

Se evidencia este principio en caso de petición de providencias preventivas, conforme el artículo 127 del COGEP, en el mismo auto de calificación, el juez señala día y hora para la audiencia, la que se lleva a cabo en el término de 48 horas, en ella se practica la prueba anunciada o agregada, y una vez evacuada, se resuelve ordenarlas o no. De igual manera el artículo 79 del mismo Código este principio se materializa cuando dispone que: “cualquier solicitud o recurso horizontal presentado por alguna de las partes antes de la fecha de audiencia, no suspenderá su realización. La o el juzgador resolverá dichas peticiones en la misma audiencia”.

El principio de concentración para Devis Echandía tiene aplicación adecuada en los procedimientos orales, puesto que allí se presentan las excepciones, incidentes, pruebas y alegatos, siendo en sentencia donde se resuelven todos los problemas sin que el procedimiento tenga que suspenderse a fin de solucionar cada problema en forma independiente.⁵²

⁵¹ Con el fin de evitar que se produzca o continúe la infracción sobre derechos de propiedad intelectual, o de evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales, inclusive las mercancías importadas, o bien para preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción, el juez de lo civil a petición de parte y previo informe favorable de la autoridad competente en materia de Propiedad Intelectual, podrá disponer la adopción de las siguientes providencias preventivas: a) Cese inmediato de la actividad que constituya la presunta infracción, que comprenderá: 1. La suspensión de la actividad infractora o la prohibición al infractor de reanudarla, o ambas; 2. La clausura provisional del local o establecimiento, que se expedirá necesariamente cuando las mercancías infractoras o ejemplares ilícitos constituyan parte sustancial del comercio habitual del infractor; y, 3. El retiro del comercio de las mercancías, ejemplares ilícitos u objetos infractores y su depósito judicial. b) La suspensión de la actividad de utilización, explotación, venta, oferta en venta, importación o exportación, reproducción, puesta a disposición, comunicación o distribución, según proceda; y, c) El secuestro o la retención; el mismo que podrá ordenarse sobre bienes que aseguren el pago de la indemnización, sobre los productos o mercancías que violen derechos de propiedad intelectual, así como sobre los equipos, aparatos y medios utilizados para cometer la infracción y sobre los ejemplares originales que hayan servido para la reproducción o comunicación. La demanda principal para este tipo de acciones, se iniciarán ante el juez Civil competente mediante procedimiento sumario, de acuerdo a las disposiciones de este Código.

⁵² Devis Echandía, *Nociones generales de derecho procesal civil*, 60.

Otro ejemplo del principio de concentración se encuentra en el artículo 16 del COGEP, cuando se faculta al juez ordenar la acumulación de procesos, sea de oficio o a petición de parte. Así como en el artículo 51, se permite que por la institución del *litis consorcio*, dos o más personas puedan litigar en un mismo proceso en forma conjunta, activa o pasivamente, cuando sus pretensiones sean conexas por su causa u objeto o cuando la sentencia que se expida con respecto a una podría afectar a la otra. Y de acuerdo al artículo 222 del COGEP en caso de objeción del informe pericial por error esencial, no habrá lugar a un procedimiento especial, debiendo alegarse y probarse únicamente en audiencia.

2. Incidencia de los principios procesales en la motivación de las resoluciones orales en audiencia

Siendo la regla un enunciado propositivo que atribuye una consecuencia jurídica a un hecho, tiene el carácter de ser determinada, en tanto que el principio es de carácter indeterminado, con un supuesto de hecho abierto, genérico, que incorpora valores axiológicos como justicia, decisión política, moral, etc.; “la única peculiaridad de los principios, en cuanto normas distintas de las reglas, es su posición en el ordenamiento: su carácter fundamental, su capacidad de justificar otras normas (que a su vez pueden ser reglas, pero también principios)”.⁵³

Sostiene Rodolfo Vigo⁵⁴ que para el derecho positivo nada valía como derecho si no existía una decisión que lo permitiera, como consecuencia de lo cual la juridicidad de los principios era una creación humana.

Riccardo Guastini⁵⁵ distingue a los principios constitucionales o fundamentales, de aquellos de producción legislativa, denominados principios generales o *ratio legis*. Para el autor es importante esta precisión ya que hay principios inderrotables e inderogables como son los denominados principios supremos o supra-constitucionales, y pone como ejemplo: el principio de unidad de la jurisdicción, el derecho a la tutela judicial, el principio democrático, el principio de laicidad del Estado, etc. Dentro de los principios de creación legislativa dice que existen a unos denominados generales que abarcan a todo el ordenamiento jurídico, mientras otros se refieren a un sector del derecho, como el procesal civil, procesal penal, trabajo, administrativo, etc., y los que justifican un reducido conjunto de normas como una ley, suele llamarse *ratio legis*. Dice que existen

⁵³ Guastini, *Interpretar y argumentar*, 190.

⁵⁴ Vigo, *Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional*, 130.

⁵⁵ Guastini, *Interpretar y argumentar*, 192.

muchos principios generales que son al mismo tiempo principios constitucionales, como la libertad personal o el derecho de actuar en juicio para la tutela de los propios derechos e intereses legítimos. Señala que en materia procesal el principio de juez natural tiene rango constitucional, mientras que el principio dispositivo tiene rango legislativo.

La carga argumentativa y el contenido valorativo que proporcione el juez al aplicar determinado principio o regla no depende de un ejercicio lógico formal, sino de la necesidad de justificar el motivo de su decisión, al elegir un principio en un caso y aplicar una regla en otro.

Luego de este análisis se sostiene la tesis de que el COGEP es de corriente iuspositivista, ya que en el artículo 2 al describir los principios rectores que se aplicarán en todas las actividades procesales, se remite a los previstos en la CRE de 2008, en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el COFJ y los desarrollados en el COGEP, tal su importancia que su aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación consta como causal de casación en el artículo 268.1 del COGEP⁵⁶.

En el nuevo sistema procesal oral, en materias no penales de procedimientos con audiencias se evidencia que los jueces, para lograr decidir motivadamente, precisan tener presente la observancia de los principios procesales que como se manifestó rebasaron el ámbito reductivista de la ley para consolidarse en verdaderas garantías constitucionales.

Así, por el principio dispositivo el proceso ha dejado de ser propiedad exclusiva de las partes procesales y el principio de impulso oficioso viene de la mano con el derecho de tutela judicial (acceso a la justicia, impulso oficioso, debida diligencia y ejecución de lo decidido). Por el principio de contradicción, las partes procesales tienen el derecho de ser escuchadas, ser tratadas con igualdad procesal, presentar sus argumentos, sus pruebas, contradecir los argumentos y pruebas de la parte contraria, contar con el tiempo y medios adecuado para preparar la defensa, entre otros. Por el principio de oralidad se permite materializar el resto de los principios, pues los actos procesales de demanda o defensa, dejan de ser pedidos distantes entre los sujetos procesales: actor, demandado y el juez, para convertirse con la oralidad en verdadero espacio dialogal donde pueden arribarse a entendimientos consensuales que den fin al litigio, es por ello que mi criterio personal es que la oralidad es principio. Por el principio de intermediación el juez tiene la oportunidad

⁵⁶ Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.

de escuchar y observar el planteamiento de los hechos, las pruebas y los alegatos jurídicos. Y por el principio de concentración es factible reunir en un solo espacio de discusión el conocimiento de las excepciones previas, excepciones de fondo, reconvención, pruebas, alegatos, incidentes de terceros, intervención de litisconsorcios, incidente de error esencial, entre otros.

Para concluir, mientras en un Estado legal de derechos, el cumplimiento de los principios procesales tradicionales interesa solo a las partes procesales (siendo ellas las únicas dueñas del proceso), en un Estado constitucional de derechos estos se constituyen en verdaderas garantías del debido proceso, tienen una cubierta constitucional y su fin es la realización de la justicia.

Capítulo II

La motivación

Es a partir de la Revolución francesa, 1789, que el plexo contextual de la motivación, como expresión de los fundamentos de la decisión judicial, comienza a ser obligatoria.

La obligación de motivar (para los ordenamientos del *Civil Law*), nace en un escenario de gran efervescencia política y social, donde las ideas de Montesquieu, Diderot, Rousseau, Buffon, entre otros, darán paso a un régimen en el cual la burguesía ocupará el poder político y el mecanismo de poder ideológico será el acatamiento irrestricto a la ley, “El principio del dominio de la ley, por parte de la política revolucionaria, requería un instrumento para permitir un control sobre la legalidad del juicio, traducándose ello en el control de legalidad asumido por el Tribunal de Casación”.⁵⁷ Donde el juez asumía un papel de mero aplicar del derecho, entendida la ley como la fuente del derecho por antonomasia.

Tenemos, entonces, que el principio de obligatoriedad de motivación no descende de una elaboración doctrinal y filosófica-política, sino esencialmente de una situación política concreta y dotada de una fisonomía particular, como la que se verifica con el inicio de la Revolución. En ella se concretan y se expresan, no tanto a la luz de la Ilustración *tout court*, sino a la de la ideología democrática de la justicia, los movimientos de reacción contra la práctica judicial del *Ancien Régime*, en tanto se advierte cómo la ausencia de la motivación constituye el trámite esencial del ejercicio arbitrario del poder de parte de los jueces.⁵⁸

Leandro Guzmán indica que Robespierre sostenía la eliminación de la palabra “jurisprudencia” del vocabulario; Montesquieu conceptualizaba al juez como “ser inanimado, boca de la ley”. Era imposible pensar siquiera en un juez creador de derecho, “señalando Robespierre, en la asamblea del 18 de noviembre de 1790, que el legislador tiene todos los atributos y todos los fueros del mando; el juez es un mecanismo de obediencia”.⁵⁹

Rodolfo Vigo narra que para los exegeticos, como Laurent, “Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, este no tiene ya por misión hacer el derecho, el derecho

⁵⁷ Leandro Guzmán, *Derecho a una sentencia motivada: Integración del debido proceso legal y la tutela judicial efectiva* (Buenos Aires: Astrea, 2014), 32.

⁵⁸ Michele Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, traducido por Lorenzo Córdova Vianello (Madrid: Trotta, 2011), 298.

⁵⁹ Guzmán, *Derecho a una sentencia motivada*, 33.

está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos”; para Demolombe: “Interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, reconocer”; y para Mourlon: “*Dura lex, sed lex*; un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley, pues está instruido para juzgar conforme a ella y no de ella. Nada está sobre la ley, y es prevaricación el eludir sus disposiciones, so pretexto de que no se encuentre de acuerdo con la equidad natural. En jurisprudencia no hay, ni puede haber, mayor razón ni mejor equidad, que la razón o equidad de la ley”.⁶⁰

En el Estado legal de derecho, era el legislador quien había previsto con antelación en la ley, en expresión perfecta de creación abstracta de las conductas humanas, la forma en que el mero aplicador del derecho debía proceder. Es así que “El modelo de ley que surge de Francia y que tan paradigmática y extremadamente expusiera Rousseau es una ficción que se apoyaba en el dogma de un legislador racional que no necesitaba justificarse dado que no tenía posibilidad de equivocarse”.⁶¹

Según Marcadé, mediante el método de interpretación exegética, se disecan los artículos, frases, palabras, proposiciones con el fin de seguir el camino del legislador, aun cuando este haya sido errado, pues de esa manera era la única manera de llegar al pensamiento del creador de la norma.⁶²

1. Análisis histórico y comparativo de la motivación

Un hecho histórico, filosófico, político y cultural que marcó el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna fue el Renacimiento (nuevo enfoque del ser humano, proveniente de la Grecia y Roma antiguas). Atrás quedó el feudalismo como sistema político y emerge uno nuevo, este es el capitalismo, donde la clase económica-política dirigente es la burguesía cuya expresión en el poder político son las monarquías absolutas como forma de gobierno (no existe la división de poderes: ejecutivo, legislativo y judicial).

Aparece el proceso inquisitorio, cuyas actuaciones investigativas y decisionales está en manos de la misma autoridad judicial, el expediente se mantiene en secreto, por tanto, las razones justificativas de la motivación son ocultas (la íntima convicción como método de valoración probatoria). Entendido que el juez era delegado del monarca, al impartir justicia no debía dar razones de lo resuelto, ya que “justificar las decisiones

⁶⁰ Vigo, *Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional*, 332.

⁶¹ *Ibíd.*, 302.

⁶² *Ibíd.*, 39.

judiciales representaba un acto de debilidad del poder político y, consecuentemente, un cuestionamiento de la sentencia constituía un ataque a la autoridad del monarca; en definitiva, un ataque a Dios".⁶³

Al cambiar el sistema de pruebas (duelos, ordalías, etc.) a métodos empíricos analíticos, e ingresar enfoques racionalistas del proceso, emerge un criterio distinto en la labor resolutoria del juzgador (voluntad), deja de ser vista su decisión como criterio de autoridad.

La obligación de motivar se origina entonces como acto de justificación de la decisión del juez proveniente de un acto de voluntariedad, pero no de la voluntad discrecional del juez sino de la voluntad expresa de la ley, ya que es el legislador en su papel potestativo como representante de la soberanía nacional, quien establecía el contenido de la norma imperativa, permisiva o prohibitiva.

Siendo el juez un mero aplicador de la misma, en un contexto de suficiencia y completitud del derecho, se le había dotado de herramientas interpretativas previstas en la misma norma, y un sistema de valoración probatoria tasada. La función de la motivación cumple un papel extraprocesal, esto es, de correspondencia no con las partes procesales sino con la opinión pública, no interesa justificar la decisión ante los justiciables, sino obtener la aprobación de la sociedad.

Para el Estado legal de derecho, si la norma jurídica es descrita por el legislador, el juez al motivar realiza solo una aplicación silogística de subsunción.

Los procesalistas hablaban de la motivación de la sentencia en una perspectiva esencialmente exegético-normativa, analizando las normas de los códigos procesales que preveían la motivación como un requisito de forma-contenido de las actuaciones del juez. En Italia, un problema particularmente interesante había sido suscitado por el artículo 350.5 del Código de Procedimientos Civiles, que preveía el control de la Corte de Casación sobre los vicios de la motivación, pero también esta norma era objeto de una mera exégesis en vez de un análisis sistemático. En estas perspectivas, se hacía referencia a una concepción más bien vaga e indeterminada de qué cosa era la motivación de la sentencia, y todo terminaba en unas pocas y poco interesantes líneas en los manuales de procedimientos civiles.⁶⁴

En el Estado legal de derecho el juez aplica el derecho, mediante una operación de subsunción del caso concreto en la norma. Se trataba a todos los asuntos jurídicos como si existiesen solo casos fáciles en la previsibilidad de que el derecho es la creación de lo previsto por el legislador.

⁶³ Guzmán, *Derecho a una sentencia motivada*, 29.

⁶⁴ Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, 10.

Rodolfo Vigo dice que en el sistema jurídico del Estado legalista de derecho se presentan los siguientes criterios: “a) Lo que no está en el expediente no está en el mundo; b) a los juristas les interesa la verdad procesal o formal y no la verdad real; c) la imparcialidad judicial obliga al juez a ser un convidado de piedra en el proceso; d) tajante separación entre las cuestiones de derecho y las cuestiones de hecho; e) el proceso es de las partes y su finalidad es la ejecución de la ley, etcétera”.⁶⁵

En el Estado legal de derecho, la estructura de la interpretación es un silogismo deductivo, en el cual se parte que la estructura de la norma regla, tiene dos partes, un supuesto de hecho y una consecuencia. Así: 1. *La premisa mayor*. Esto es la identificación de la ley, interpretación si existen varias de ellas, selección de la norma cuya descripción del supuesto de hecho abstracto, encaje de mejor manera en el supuesto de hecho concreto. 2. *La premisa menor*. Es la adjudicación del supuesto de hecho concreto al referido en la norma. 3. *La conclusión*. Imposición de la consecuencia prevista en la norma.

Si se compara esta estructura con la prevista en el artículo 76, núm. 7, lit. 1) de la norma constitucional, se nota que su estructura sigue siendo un silogismo deductivo, donde la justificación del fallo es el resultado de un razonamiento lógico formal (justificación interna).

En tanto que la estructura de la argumentación no se ve limitada por dicha justificación, sino que se considera además la justificación externa, en la cual se dan argumentos o razones para justificar racionalmente las premisas, por ello Rodolfo Vigo manifiesta que se logra mediante la retórica, como ciencia y arte de la persuasión.⁶⁶

El Estado legal de derecho se extiende desde 1780 hasta la primera mitad del siglo XX. Luego se da el Estado de derecho constitucional. En este último operan principios, valores y derechos humanos, que se van ponderando cuando entran en tensión, no se excluyen, sino que se aplican en forma coherente, su justificación argumentativa tiene que ver con las reglas de la lógica.

Pietro Sanchís, al referirse a la interpretación desde una visión del Estado constitucional de derecho, recalca el papel que juegan los jueces en este escenario al mudar de meros aplicadores de la ley a gestores críticos de la voluntad legislativa con enfoque de razonamiento moral.⁶⁷ Entendiéndose que el lenguaje jurídico tiene

⁶⁵ Vigo, *Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional*, 20.

⁶⁶ *Ibíd.*, 36.

⁶⁷ Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos*, 28.

vaguedades y ambigüedades, que los hechos conllevan valoraciones y que estos son contruidos en el proceso.

Con relación al tema de la justificación interna y externa de la motivación, Taruffo opina que la justificación interna resulta de la conexión coherente y racional entre premisas de hecho y de derecho en una estructura deductiva de subsunción que conduce a la justificación de la decisión. La justificación externa tiene que ver con las razones formuladas en las premisas de hecho y de derecho, esto es, los argumentos de la elección e interpretación de la norma, así como de la reconstrucción de los hechos, destacando la justificación de los juicios de valor que fueron utilizados por el juez para llegar a su decisión.⁶⁸

La justificación interna para Rodolfo Vigo es “en definitiva, el poder del juez es fisiológicamente cognitivo en tanto se apoya en la proposición fáctica comprobable en su verdad por medio de la prueba y en la proposición jurídica también verificable a través del significado de los enunciados normativos”.⁶⁹

Comparto los criterios de Taruffo y Vigo en el sentido de que la justificación interna es el proceso cognitivo, fisiológico, racional y coherente de enlace subsuntivo entre los hechos probados y la norma aplicable.

En principio un caso puede ser resuelto principalmente por mera justificación interna, mediante un proceso lógico deductivo, pero complejizarse en el transcurso del procedimiento, como por ejemplo: la aparición del documento perdido, que demuestra la cancelación de la deuda, el cual debe someterse a informe pericial por cuanto el acreedor niega ser su firma la impuesta en el mismo; o la pérdida de la pierna del herido al que se pretendía indemnizar solo como lesiones. Aquí las variables a considerar son tanto de tipo justificativo de los hechos como del derecho.

Lo cual conduce a pensar que existen muy pocos casos fáciles que son resueltos por puro silogismo. No obstante, la mayoría de casos que se consideran difíciles deben ser resueltos de manera distinta, puesto que son otras las variables que se deben considerar, sin excluir desde luego la subsunción que también está presente en estos casos y que constituyen la justificación interna.

Para Riccardo Guastini,⁷⁰ la justificación interna está dada por un razonamiento deductivo, mediante el cual el juez aplica una regla; siendo la primera premisa una regla

⁶⁸ Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, 23.

⁶⁹ Vigo, *Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional*, 333.

⁷⁰ Guastini, *Interpretar y argumentar*, 253.

explícita o implícita, la segunda premisa una proposición fáctica empírica que describe los hechos, una tercera premisa el enunciado genérico de subsunción, la cuarta premisa un enunciado individual de subsunción, y la quinta premisa un precepto singular y concreto. La justificación externa es el conjunto de razonamientos más o menos convincentes, por lo general no deductivos, por los cuales se justifica las premisas de la justificación interna, tanto de la normativa como la que resulta de la subsunción, encontrándose argumentos interpretativos, como el significado común de las palabras, la presunta intención del legislador, el argumento a contrario, el argumento analógico, y el argumento de la disociación; así como argumentos constructivos como la existencia de una laguna axiológica, la formulación de normas implícitas, para colmar una laguna, concretar un principio, la solución de una antinomia, inclusión de antinomias entre principios constitucionales que se solucionan mediante ponderación, y la creación de jerarquías axiológicas entre normas.

En conclusión, la justificación interna se centra en resolver el problema de la correcta elección de la norma de entre varias respuestas posibles mediante el silogismo deductivo, lo que marcará el grado de justificación que merece tal o cual elección. La justificación externa aborda problemas del derecho, como los de interpretación, integración, contradicciones, vacíos normativos, ambigüedades, vaguedades, etc.; de problemas de los hechos, argumentos probatorios, justificación, valoración y motivación de la prueba; también de problemas sobre los actos de proposición como acumulación de pretensiones, multiplicidad de sujetos procesales, reconvenciones, etc.; así como problemas de ponderación sobre aplicación de principios y valores.

2. La fundamentación y la motivación

Se ha manifestado que fundamentar es referirse al derecho aplicable al caso bajo juzgamiento mientras que motivar es referirse al análisis argumentativo de los hechos demostrados en la *litis*.

Desde el punto de vista ético “justificar, fundamentar o motivar adecuadamente, consiste en: ‘expresar de manera ordenada y clara razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión’ (artículo 19, Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica)”⁷¹.

Para Riccardo Guastini los jueces tienen la obligación de realizar razonamientos deductivos, entre cuyas premisas al menos una tiene que ser una norma jurídica positiva,

⁷¹ Vigo, *Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional*, 226.

estos razonamientos puestos en la motivación, constituyen parte integral de la sentencia. Establece que en la sentencia existen motivos y razones, siendo los motivos los estados mentales, impulsos y emociones que inducen al juez a sostener una tesis o tomar una decisión; mientras que las razones son enunciados del lenguaje o premisas del razonamiento que se alegan para sostener una tesis o una decisión. Además indica que, por el contexto de descubrimiento, el juez llega a la decisión mediante un proceso psicológico; y, por el de justificación, la decisión se argumenta públicamente a través del discurso.⁷²

Para MacCormick, justificar es una cadena de razonamiento lógico siendo las razones a favor de los principios normativos de dimensión subjetiva, esto es, que contienen cierta naturaleza afectiva, no obstante, esto no impide hablar de una razón práctica puesto que esta debe contener notas de universalidad, llevando a tomar partido por determinado principio antes que por otro.⁷³

Perelman sostiene que en la argumentación jurídica, lograr un acuerdo es muy difícil, lo que logra superarse mediante la imposición de la decisión de la autoridad.⁷⁴

Para Frank, representante del realismo americano, justificar una decisión judicial en caso de jurados es más que una operación deductiva pues, la toman en forma irracional procediendo luego al proceso de racionalización, sostiene que las sentencias son desarrolladas desde la toma de una regla o principio como premisa mayor, luego los hechos como premisa menor para luego arribar a una decisión mediante puro razonamiento, siendo en definitiva los fallos basados en impulsos del juez, descritos como prejuicios políticos, económicos o morales.⁷⁵

De lo expuesto, se concluye que en el proceso de elaboración de la justificación de la decisión judicial, intervienen tanto el razonamiento lógico como las emociones, valores, sentimientos, entre otros, debiendo tener presente que lo importante es tomar una decisión objetiva.

En referencia al juicio de los hechos, Marina Gascón Abellán⁷⁶ presenta el siguiente esquema argumentativo: la versión del testigo antes del proceso tiene distinto contenido del que luego en audiencia lo rinde, la razón de ser de dicha variación

⁷² Guastini, *Interpretar y argumentar*, 31, 105, 231.

⁷³ Atienza, *Las razones del derecho*, 108.

⁷⁴ *Ibíd.*, 62 y 63

⁷⁵ *Ibíd.*, 7.

⁷⁶ Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Prueba y verdad en el derecho* (México: Instituto Federal Electoral, 2004).
<https://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/prueba%20y%20verdad%20en%20el%20derecho.pdf>.

(prescindiendo desde luego de factores ilícitos, como amenazas, ofrecimientos, coimas, etc.), se debe a que una persona que conoce de un hecho, lo reconstruye de una forma cuando está tranquilo en un escenario que le da confianza, del que se crea en audiencia cuando en presencia del juez y de las partes procesales, los abogados intervienen con el interrogatorio y conainterrogatorio. Por ello, sostiene que es necesario atribuir algún predicado en el cual exista argumentación, justificación, valoración y motivación.

Sostiene Gascón Abellán que sobre el juicio de los hechos la búsqueda de la verdad tiene dos tesis: a) la cognoscitiva, es la que utiliza el juez, consiste en encontrar la verdad objetiva, esto es, la verdad como correspondencia; y b) la persuasiva, es usada por los abogados, sostiene que la verdad es una hipótesis, basada en las emociones y prejuicios. Dice que la característica esencial de los hechos es su constatación, siendo la prueba un instrumento de conocimiento que pasa a ser una hipótesis sobre los hechos, la cual debe ser demostrada con el método inductivo.

La autora divide a las pruebas en directas e indirectas: a) prueba directa es la más confiable, es la que versa sobre el hecho principal que surge espontáneamente, como los documentos y los testigos; y b) prueba indirecta es aquella que versa sobre los indicios, sobre los hechos secundarios o circunstanciales, en este tipo de prueba opera la subjetividad del juez. Señala que por el sistema de valoración de la prueba tasada, el legislador asigna valores probatorios predeterminados, en tanto que, en el sistema de la libre convicción, es el juez quien tiene que dar razones suficientes del criterio de valoración.

En tales casos, se trata de juicios de valor probatorios basados en esas “reglas de la sana crítica” (LEC) o del “criterio racional” (LECRIM) o del “criterio humano” (CCiv.), elaboradas sobre la base de razonamientos de síntesis y de inducción que llegarán, en su caso, a producir “la convicción íntima” del juzgador”. *No forman parte del procedimiento, forma externa*, pero sí del razonamiento, que en su modalidad más importante debe manifestarse en la elaboración de la resolución final. Y sobre “reglas” no jurídicas que no son derecho (en ciertos casos, ya lo son: v. gr., ciertas enfermedades profesionales), a él se deben reunir desde el punto de vista de La casación.⁷⁷

Gascón Abellán señala tres modelos del grado de confirmación: a) hipótesis de comprobación confirmada; b) hipótesis no refutada; y, c) hipótesis más probable que cualquier otra, esta es una cuestión de grado. La probabilidad aumenta o disminuye según: a) el fundamento cognitivo y el grado de probabilidad y las máximas de la experiencia; b) las pruebas fijan su solidez, calidad epistémica, así la prueba del ADN tiene gran

⁷⁷ Víctor Fairén Guillen, *Teoría general del derecho procesal*, 1.ª edición (Ciudad de México: UNAM-III, 1992), 493

crédito; c) por el número de pasos inferenciales que hay que dar desde la prueba a la hipótesis, así mientras más números de pasos menor es la probabilidad y mientras menos pasos es mayor la probabilidad (pruebas directas un solo paso inferencial, como cuando se trata del testigo presencial); y, d) la cantidad y variedad de las pruebas aportadas, mientras más número de pruebas, mayor será el grado de apoyo a la hipótesis. Esta maestra indica que la valoración de la prueba es un proceso en el cual se toma la decisión sobre los hechos, dándoles crédito, confianza y valor, y que la motivación probatoria es la justificación de la decisión sobre los hechos.

De lo expuesto, Marina Gascón concluye que si bien es cierto desde el punto de vista ético en el proceso se debe buscar la verdad objetiva, en muchas ocasiones esa presentación es imposible, pues el hecho quedó en el pasado y no es posible que vuelva a suceder a propósito del proceso, por ello lo que se trata es de recrear o reconstruir una verdad que se asemeje a la real. Esa imposibilidad puede darse por el desaparecimiento de los objetos probatorios, o porque por el transcurso del tiempo la memoria del testigo no le permita narrar los hechos tal y como los vio, puesto que un reconocimiento de un lugar mucho tiempo después de ocurrido el hecho puede que no tenga mayor eficacia probatoria, etcétera.

Entonces lo que ocurre en el proceso en realidad es que las partes procesales tratan de convencer al juez que su hipótesis es la que cuenta con la mayor credibilidad, para lo cual utilizan aquellos medios probatorios capaces de alcanzar el mayor grado de probabilidad de que los hechos sucedieron tal y como lo sostienen en su argumento. De manera que, sin adherirse por completo al enfoque persuasivo de la prueba (porque no se trata de demostrar lo que la parte procesal desea probar), como tampoco viéndolo con estrictez desde la tesis objetiva de la prueba (por ser irreal); se debe considerar que el objeto de la prueba cuenta con el siguiente enfoque descriptivo:

- “1. El juez debe apreciar los hechos probados con total objetividad;
2. Las partes procesales deben utilizar los medios probatorios que tengan el mayor grado de probabilidad para demostrar su hipótesis;
3. El alegato final del abogado trata de convencer al juez, que la verdad objetiva se ha alcanzado por haber demostrado que la hipótesis planteada tiene el mayor grado de probabilidad;
4. El convencimiento del juez se alcanza cuando una de las hipótesis por su alta probabilidad de acercarse a la verdad objetiva, ha desplazado a las otras;

5. El juez justifica las razones por las cuales ciertos medios probatorios en relación con otros, tiene mayor grado de probabilidad de acercarse a la verdad objetiva;

6. El juez persuade al auditorio de la corrección entre el argumento probatorio, la prueba practicada, la valoración probatoria y la motivación probatoria”.⁷⁸

3. Naturaleza jurídica de la motivación

La motivación está descrita en el artículo 76, numeral 7, literal 1) de la CRE de 2008,⁷⁹ extrayéndose 2 predicados, uno de sanción y otro de definición:

Primer predicado: Los actos administrativos, resoluciones o fallos de los poderes públicos, deben ser motivados, bajo sanción de nulidad. Predicado que tiene su excepción en el recurso de casación cuando el artículo 273.4 del COGEP, señala: “El Tribunal de la Sala Especializada de la CNJ deberá casar la sentencia o auto, aunque no modifique la parte resolutive, si aparece que en la motivación expresada en la resolución impugnada se ha incurrido en el vicio acusado, corrigiendo dicha motivación”.

Acorde con ello, la parte final del artículo 89 del COGEP, dice que: “La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación”.

De lo cual se concluye que cuando se alegue la nulidad por falta de motivación como causal del recurso de casación, solo puede ser declarada por la Sala de la Corte Nacional, siempre y cuando se modifique la parte resolutive.

Segundo predicado: Motivar es anunciar las normas o principios jurídicos en que se funda el acto administrativo, resolución o fallo del poder público, y explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

Para la Constitución, motivar es realizar un trabajo de subsunción, esta visión se ve ampliada por el artículo 4.9 de la LOGJCC⁸⁰ al disponer que las resoluciones judiciales deben referirse a los argumentos expuestos por las partes en base a las reglas y principios

⁷⁸ Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Prueba y verdad en el derecho* (México: Instituto Federal Electoral, 2004) <<https://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/prueba%20y%20verdad%20en%20el%20derecho.pdf>.

⁷⁹ 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 consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

⁸⁰ La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso.

de la argumentación jurídica; así como por el artículo 89 del COGEP⁸¹ que se refiere a los argumentos sobre interpretación y aplicación del derecho así como las razones sobre valoración de la prueba.

La Corte Constitucional del Ecuador (CCE) desarrolla el concepto de motivación, advirtiendo que un fallo inmotivado vulnera el debido proceso en la garantía de la motivación, pues esta se constituye en la justificación del juez, dando razones suficientes de su decisión, con el propósito de que el justiciable observe, analice y comprenda el *iter* intelectual desarrollado para llegar a la conclusión en el asunto juzgado.

La CCE ha emitido muchas sentencias en las cuales ha declarado el incumplimiento de la garantía de motivación,⁸² como ejemplo de lo que la Corte ha señalado como motivación, se transcribe parte del fallo n.º 222-16-SEP-CC caso n.º 0439-12-EP:

Una vez determinado lo que implica el debido proceso y la garantía de la motivación, es necesario recordar los parámetros establecidos por la Corte Constitucional para verificar el cumplimiento de esta garantía, siendo estos: a) Razonabilidad, el cual implica que la decisión se encuentre fundada en normas constitucionales y legales que sean pertinentes al caso concreto, y que en tal virtud, los argumentos del órgano judicial no contradigan estas; b) Lógica en el sentido de que la decisión debe encontrarse fundada en premisas determinadas sistemáticamente, a partir de las cuales se emita la decisión del caso, y e) Comprensibilidad, requisito que exige que todas las decisiones judiciales sean elaboradas con un lenguaje claro y sencillo, que permita su efectivo entendimiento por parte del auditorio social.

Pamela Aguirre sostiene que la garantía de la motivación opera como derecho de las personas a tener conocimiento de las razones y el camino o itinerario racional, seguido por la autoridad judicial o administrativa para tomar una determinada decisión que les afecta directa o indirectamente, por ello la finalidad de la motivación es limitar la discrecionalidad y excluir la arbitrariedad. Dice que esta garantía se vincula con la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y el debido proceso. Señala que este esquema argumentativo fue enunciado, por primera vez como *obiter dicta*, en la sentencia n.º 227-12-SEP-CC de 21 de junio de 2012. Precisa que el test de motivación consiste en verificar si en la decisión se cumplen los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad,

⁸¹ No habrá tal 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. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho.

⁸² Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n.º 227-12-SEP-CC caso n.º 1212-11-EP; sentencia n.º 020-13-SEP-CC caso n.º 563-12-EP; sentencia n.º 003-13-SEP-CC caso n.º 1427-10-EP; sentencia n.º 004-13-SEP-CC caso n.º 0032-11-EP; sentencia n.º 009-13-SEP-CC caso n.º 0338-11-EP, entre otras.

esquema que es secuencial pues en el primer nivel se verifica la universalidad de las premisas normativas, luego se pasa al segundo nivel que consiste en la coherencia y consistencia de las premisas, para luego verificar la dimensión dialéctica.⁸³

Sobre el parámetro de razonabilidad, como parte del test de motivación, se tiene un buen ejemplo en el fallo emitido por la Corte Constitucional ecuatoriana n.º 036-16-SEP-CC caso n.º 0610-14-EP, que dice:

Para establecer si el fallo impugnado cumple el elemento de razonabilidad, se debe analizar que la misma se encuentre conforme lo determinado en la Constitución de la República y los principios que en ella se incluyen. A estas se suman las normas de derechos humanos que se encuentran contenidas en los Instrumentos Internacionales, que ratificados por el Ecuador, forman parte del ordenamiento jurídico y del llamado bloque de constitucionalidad. Así, diremos que una sentencia cumple el requisito de la razonabilidad en tanto guarde armonía con el derecho constitucional vigente y aplicable a un caso concreto, de modo que se evidencie que la decisión adoptada por el juzgador se fundamenta en normas que son conformes con la Constitución y no en aquellas que contraríen la misma.

En torno a la razonabilidad en los fallos, Pamela Aguirre, señala que en este punto es donde se genera la premisa del silogismo judicial, por lo cual ratifica la transformación de las fuentes del derecho ecuatoriano al determinar que es obligatoria la aplicación del precedente o jurisprudencia obligatoria, cuya inobservancia es desconocer el desarrollo sociológico del derecho, institución o procedimiento.⁸⁴

Sobre el parámetro de lógica, en la sentencia n.º 101-16-SEP-CC caso n.º 0340-12-EP, se sostiene que la lógica “consiste en la coherencia e interrelación que debe existir entre las premisas fácticas del caso concreto, las cuales deben estar estrictamente ligadas a las normas que se aplican con la conclusión final, que forja como resultado la decisión judicial”.

Con relación al parámetro de comprensibilidad, en el fallo n.º 014-17-SEP-CC caso n.º 0678-12-EP, se lo describe del siguiente modo:

De conformidad con lo señalado en párrafos precedentes, la comprensibilidad se refiere a la capacidad de la decisión para ser fácilmente entendida por parte de quienes intervienen en el procedimiento en cuestión y del auditorio social, que es la ciudadanía. Se encuentra relacionada también con la claridad y correcto uso del lenguaje empleado por la autoridad jurisdiccional, así como también con la manera en que esta realiza la exposición de sus ideas.

⁸³ Pamela Juliana Aguirre Castro, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: el precedente constitucional” (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 251-7, <<http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5296>>.

⁸⁴ Aguirre Castro, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano”, 259.

Se añade, la comprensibilidad está dirigida no sólo a los intervinientes en el caso bajo análisis sino a todo sujeto externo al proceso, es por ello que las decisiones deben ser redactadas de manera clara, sencilla, concisa, coherente, concordante y completa, de tal manera que exista un claro mensaje enviado por el órgano decisonal a todas las personas que como destinatarios finales revisen el fallo, pues esto permite legitimar las decisiones de los jueces y de la administración.

En suma, aseverar que motivar es solo anunciar las normas o principios jurídicos y explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, resulta insuficiente; la motivación implica, además, cumplir los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, determinado en el test de motivación, así como referirse a los argumentos expuestos por las partes, basándose en las reglas y principios de la argumentación jurídica, exponer los argumentos sobre interpretación y aplicación del derecho, y describir las razones sobre valoración de la prueba.

Pamela Aguirre advierte que una sentencia inmotivada resulta arbitraria, incongruente, incompleta, oscura, lo que se constata -según la CCE- cuando existe:

“a) Una enunciación dispersa de normas jurídicas que no atienden a los patrones del caso concreto; b) Cuando no existe un ejercicio argumentativo en el cual se fundamente la aplicación de una determinada norma jurídica a un antecedente de hecho y las conclusiones establecidas a partir de ella; c) Cuando no existe concatenación de las premisas normativas, fácticas y la decisión arribada; d) Cuando el lenguaje utilizado ha sido confuso, existiendo contradicciones entre la sintaxis utilizada en la decisión; e. Cuando se ha desconocido los precedentes constitucionales; f) Cuando se ha desconocido la jurisprudencia de la Corte Nacional; g. Cuando no existe un análisis del patrón fáctico, entre otras razones”.⁸⁵

4. La decisión en audiencia y la motivación escrita

Michele Taruffo, en relación con la estructura de la motivación dice que: “el razonamiento decisorio no puede ser visto como el significado del discurso que constituye la motivación”. Se entiende la decisión como “el contexto de enunciados en los cuales están expresadas las elecciones ‘finales’ a las que llegó el juez”, siendo la motivación “un discurso justificativo idóneo para fundar racionalmente los enunciados mismos”.⁸⁶

Taruffo afirma que el razonamiento decisorio y el justificativo constituyen fases del razonamiento del juez quien “intentará, por ejemplo, interpretar las normas

⁸⁵ Pamela Juliana Aguirre Castro, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: el precedente constitucional” (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 262, <<http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5296>>.

⁸⁶ Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, 249.

serviéndose de precedentes, materiales doctrinales, argumentos hermenéuticos, que luego podrá utilizar en el momento en el que tenga que redactar la motivación de la sentencia”.⁸⁷

El maestro sostiene que hay diferencia entre decisión final y motivación, lo que le ha permitido criticar a los defensores de la tesis contraria, y argumenta que si se niega la distinción entre esos dos contextos la motivación no sería más que un registro del procedimiento mental por el cual el juez llegó a la decisión, situación que choca con la realidad y se interroga sobre lo que sucede con las sentencias que son motivadas luego de meses o años o las que provienen de un órgano colegiado, podría pensarse que por la distancia en tiempo se está en mejor posición de tomar la decisión o el juez integrante del cuerpo colegiado será capaz de describir los procesos mentales del resto de jueces, concluyendo que esto es absurdo, insiste que los instrumentos que se usan para decidir no son los mismos que se usan para justificar.⁸⁸

Considero que es necesaria la existencia de una adecuada conexión entre el resultado decisorio y la justificación de dicha elección, desde el marco de la lógica jurídica y de la axiología, y que tomar la decisión en audiencia, luego de un detenido estudio del asunto es lo más adecuado, así como redactar la sentencia para que el transcurso del tiempo no borre de la memoria del juez ciertos detalles que tienen que ser expresados en la motivación escrita.

Michele Taruffo describe como contenido mínimo esencial de la motivación, los siguientes: “1. La enunciación de las elecciones realizadas por el juez en función de: identificación de las normas aplicables, verificación de los hechos, calificación jurídica del supuesto, consecuencias jurídicas que se desprenden de la misma; 2. El contexto de vínculos de implicación y de coherencia entre estos enunciados, siguiendo el esquema (F N) Q C; 3. La calificación de los enunciados particulares sobre la base de los criterios de juicio que sirven para valorar si las elecciones del juez son racionalmente correctas”.⁸⁹ Concluye este autor, para fines de control de la motivación, surgen las hipótesis de inexistencia o nulidad; se observa que la inexistencia surge cuando hay incapacidad de explicar la función extraprocesal, mientras que la nulidad se da cuando solo tiene justificación endoprocesal.

Así, un acuerdo conciliatorio en materia de alimentos, en el cual las partes procesales deciden fijar como pensión un valor que aun siendo alto y cubra en demasía

⁸⁷ Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, 16.

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ *Ibíd.*, 407.

las necesidades del menor, este por debajo de la tabla de pensiones mínimas, estará justificado el control endoprocetal, mas no supera el extraprocetal, por lo que la decisión que lo aprueba, es inexistente.

De lo dicho se puede manifestar que existe un nexo lógico entre la selección que realiza el juez de entre las posibles respuestas, y lo que se diseñó como puntos del debate u objeto de la controversia, a tal punto que una elección errada puede dar lugar a una motivación aparente, puesto que no encadenan las inferencias con la conclusión, en tanto que motivar es justificar que la decisión final fue correcta.

4.1. Pronunciamiento judicial oral

El tema ha traído muchas interrogantes desde la entrada en vigencia del COGEP, pues existen varias normas que probablemente son contradictorias. Así el artículo 79 dice que: “se resolverá de manera motivada en la misma audiencia. Las personas serán notificadas con el solo pronunciamiento oral de la decisión”. Analizada esta norma se puede colegir que se ordena que la resolución se expida en la misma audiencia de manera motivada, mientras que también se dice que se notificará a las partes procesales solo con el pronunciamiento oral de la decisión.

De lo cual surgen las siguientes hipótesis:

1. ¿En audiencia solo se debe notificar la decisión oral, y luego por escrito se expondrá la motivación del fallo?
2. ¿En audiencia se debe motivar el fallo oralmente para luego expresar nuevamente la motivación por escrito?
3. ¿En audiencia se debe decidir motivadamente, aunque no se exprese la motivación oral, pero sí, la decisión?

Para la primera hipótesis se emitirá la decisión oral directa al terminar la audiencia, sin haber realizado la motivación. En la segunda hipótesis, se motiva y decide al terminar la audiencia, y remitir la sentencia escrita que sería una repetición de la expresión verbal. En la tercera hipótesis el juez no tendría que expresar oralmente su motivación, sino solo su decisión oral, esto desde luego, no le exime de realizar antes el proceso interno de motivación (proceso mental de apreciación de la pretensión, las excepciones, la valoración probatoria, el cotejo con el derecho y la subsunción de los hechos probados con el derecho para aplicar al caso concreto), y con posterioridad se remitirá la motivación escrita.

Parece que la última hipótesis es la que de mejor manera se ajusta al sistema procesal de juzgamiento en audiencia.

Los temas pendientes a dilucidar son: si la motivación es un proceso cognitivo del juzgador que luego lo plasmará por escrito o si es proceso de redacción escritural.

Según Fernando De la Rúa, en los procesos orales la regla es que la sentencia sea pronunciada luego de la deliberación que sigue el debate, esto es, que según la ley lo permita, se dará enseguida el veredicto, y luego en pocos días, se leerán los fundamentos.

Si se afirma que la sentencia es proceso de redacción escritural, jamás se podría cumplir con el mandato preceptivo del artículo 333, numeral 5 del COGEP: “en las controversias sobre alimentos, tenencia, visitas y patria potestad de niñas, niños y adolescentes, la o el juzgador para dictar la sentencia no podrá suspender la audiencia para emitir la decisión oral, conforme este Código”. Por el contrario, si se sostiene que la sentencia es un proceso cognitivo que permite tomar una decisión, que se anuncia en forma oral, para luego redactar la sentencia escrita que contendrá la motivación, parecería que es la forma correcta de entender el artículo 79 del COGEP.

En relación con el derecho de impugnación contra las sentencias y autos definitivos no dictados en audiencia, se activa cuando se recibe la notificación escrita, según lo señalados en los artículos 67 y 79, mientras que las sentencias y autos definitivos dictados en audiencia, conforme la Resolución n.º 15-2017 del Pleno de la CNJ⁹⁰, se activa desde el anuncio del fallo oral, entonces, surge la siguiente interrogante:

¿Si para la parte procesal presente la oportunidad de recurrir, es en ese momento, entonces para la parte procesal que no se encuentre en audiencia, será cuando se le notifica la resolución escrita, conforme lo determina el artículo 67 del COGEP, o por el contrario no cuenta con recurso?

Se hace más complejo el asunto cuando al tratar sobre los recursos horizontales (aclaración, ampliación reforma y revocatoria), el artículo 255 del COGEP⁹¹ señala que

⁹⁰ Artículo 1.- El recurso de apelación contra autos definitivos y sentencias se interpondrá de manera oral en la audiencia respectiva conforme lo previsto en la parte final del inciso primero del artículo 256 del Código Orgánico General de Procesos. La o el juzgador tendrá por interpuesto el recurso, que deberá fundamentarse dentro del término legal, que comenzará a transcurrir desde la notificación de la decisión por escrito. Artículo 2.- Por excepción se podrá interponer recurso de apelación de la sentencia escrita o auto escrito, en forma fundamentada, dentro del término de diez días contados a partir de la notificación, en los siguientes casos: a) Cuando una de las partes no hubiere comparecido a la audiencia respectiva, por caso fortuito o fuerza mayor calificado por el Tribunal de Apelación; y, b) Cuando la sentencia o auto escrito, contenga asuntos no resueltos en audiencia o cuando éstos sean distintos a lo expresado en la decisión dictada en la misma, aspectos que deberá puntualizar expresamente [...].

⁹¹ Si se trata de resolución dictada fuera de audiencia o de diligencia se formulará por escrito dentro del término de tres días siguientes a su notificación [...] Si la petición se ha formulado por escrito, se notificará a la contraparte por el término de cuarenta y ocho horas, vencido este término y dentro de las

en la resolución dictada fuera de la misma el recurso horizontal se activa dentro de tres días posteriores a su notificación. Lo que es perfectamente entendible y guarda relación los artículos 67, 79 y 250 del COGEP. Pero qué sucede con las resoluciones dictadas en audiencia, ¿cuál es el momento procesal en que se ejerce el recurso horizontal?, ya que el mismo artículo 250, establece que: “la petición se podrá formular en la audiencia o en la diligencia en que se dicte la resolución”.

Para despejar esta duda se recurrirá al derecho comparado, así el código general del proceso colombiano en cuanto al momento procesal en el cual causan ejecutoria las providencias judiciales dictadas en audiencia y aquellas que no se dictan en audiencia, determina en el artículo 302⁹² que las providencia dictadas en audiencia sólo adquieren ejecutoria si admitiendo recursos estos ha sido ya resueltos, mientras las que se dicten fuera de audiencia causan ejecutoria una vez resueltos los recursos.

Me parece muy adecuada la disposición comentada y sugiero que igual texto se inserte en nuestro COGEP.

En tanto que para nuestro COGEP si la solicitud se ha formulado de manera oral, la o el juzgador confirmará o modificará la providencia impugnada en el mismo acto, previamente escuchará los argumentos de la contraparte. De lo cual se desprende que el legislador le da una facultad al solicitante del recurso horizontal de ejercer este derecho en la audiencia o fuera de ella, es decir, cuando le llegue la notificación de la resolución por escrito; no de otra manera se puede entender cuando se dice que el juez resolverá el recurso en ese mismo momento, previo a escuchar a la contraparte, de haberse formulado la solicitud de manera oral. De manera que, cuando la resolución se la toma en audiencia, es potestad del recurrente ejercer el derecho de impugnación del recurso horizontal, el momento de la audiencia o cuando le llegue la resolución por escrito.

Ahora corresponde verificar el desarrollo del recurso de apelación, así según el artículo 256 del COGEP: “el recurso de apelación procede contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de primera instancia, así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso. Se

veinticuatro horas siguientes, se resolverá lo que corresponda. Si se ha solicitado la aclaración o ampliación de la sentencia o auto definitivo, los términos para interponer los recursos que procedan, correrán a partir del día siguiente al de su notificación.

⁹² Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos. No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud. Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos.

interpondrá de manera oral en la respectiva audiencia”. El inciso final del artículo 250 dice: “los términos para la impugnación de las sentencias y autos definitivos no dictados en audiencia correrán a partir de la notificación por escrito”. Queda claro entonces que, por ejemplo, en relación al auto de inadmisión de la demanda (artículo 147) o el de abandono (artículo 248), autos que sí admiten recurso de apelación y que no son dictados en audiencia, el ejercicio del derecho de impugnación se activa con su notificación por escrito.

Surgiendo las siguientes inquietudes:

1. ¿El recurso de apelación de las resoluciones dictadas en audiencias solo podrá ejercitárselo en audiencia, por tanto, apelará únicamente quien estuvo en ella?

2. ¿Qué ocurriría si el recurso de apelación fue propuesto en audiencia, pero cuando llegue la resolución escrita, es preciso proponer recurso de aclaración o ampliación de la resolución escrita?

3. ¿Qué sucede con la parte procesal que no haya estado presente en audiencia, pero cuando llega la resolución por escrito pide aclaración o ampliación, amparado en que el artículo 255 del COGEP, sí lo permite?

4. ¿Si la parte procesal no estuvo en audiencia, puede adherirse al recurso de apelación propuesto por la contraparte?

Para despejar estas dudas, nuevamente se comparará nuestro derecho procesal en materias no penales, con el artículo 322 del código general del proceso colombiano⁹³, bajo cuya perspectiva se diferencia entre resoluciones que se dictan en audiencia, donde la interposición del recurso de apelación y su resolución debe ser en la misma audiencia; y, aquellas que se emiten fuera de audiencia, donde el ejercicio del derecho de impugnación, será a partir de su notificación, resolviéndose lo que corresponda en forma escrita.

En tanto que, para nuestro COGEP, y lo confirma la Resolución de CNJ n.º 15-2017, la activación del derecho a impugnar las resoluciones judiciales dictadas en audiencia, se genera siempre y cuando la parte procesal recurrente se encuentre en audiencia, quien no estuvo en audiencia pierde todo recurso, inclusive no puede adherirse; salvo que se justifique que existió caso fortuito o fuerza mayor lo que impidió que la parte

⁹³ El recurso de apelación contra cualquier providencia que se emita en el curso de una audiencia o diligencia, deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de pronunciada. El juez resolverá sobre la procedencia de todas las apelaciones al finalizar la audiencia inicial o la de instrucción y juzgamiento, según corresponda, así no hayan sido sustentados los recursos. La apelación contra la providencia que se dicte fuera de audiencia deberá interponerse ante el juez que la dictó, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado.

procesal concurra a audiencia o que la resolución contenga asuntos no resueltos o sean distintos a los expresados oralmente.

Coincido con esta Resolución de Corte Nacional en el sentido de que el recurso de apelación de las resoluciones dictadas en audiencia se activa en audiencia, por lo que la parte procesal que no esté presente en audiencia carece del derecho al recurso, salvo que justifique encontrarse en una de las excepciones del artículo 2 de dicha Resolución. No obstante, considero que debió preverse la posibilidad del ejercicio del derecho horizontal de las resoluciones que se dicten en audiencia cuando la parte procesal que habiendo estado en audiencia no lo ejerció porque consideró que no era necesario, pero que una vez llegada la resolución escrita se verifique la necesidad de su aclaración o ampliación.

Por lo que, a la parte procesal presente en audiencia, se le generan estos derechos:

1. De la decisión motivada oral puede ejercitar los recursos horizontales en audiencia debiendo ser resueltos inmediatamente por el juzgador o puede interponer apelación. 2. Cuando le llegue la resolución motivada escrita, puede impugnarla mediante los recursos horizontales o puede apelarla cuando no exista congruencia entre la decisión oral y la resolución escrita.

4.2. Contenido de las resoluciones dictadas en audiencia

Carla Espinosa Cueva, sistematiza los pasos del proceso de formación de la sentencia, que fueron formulados por el maestro Eduardo Couture, de la siguiente manera:

1. *Apreciación extrínseca*. Una primera operación mental del juez, derivada de los términos mismos de la demanda, consiste en determinar la significación extrínseca del caso que se le propone, una apreciación prima facie de la cuestión, para saber si, en primer plano de examen, la pretensión debe ser acogida o rechazada. Por ejemplo, si se solicitara algo que de plano la legislación lo niega, tal pretensión debería rechazarse sin necesidad de entrar al análisis de los hechos.
2. *Reconstrucción de los hechos*. Una vez que se ha determinado la existencia de una posible admisibilidad del caso, el juez debe hacer un examen crítico de los hechos, partiendo de adoptar la función de un verdadero historiador o investigador que, apartando los elementos inútiles o vanos, pueda reconstruir en su imaginación la realidad pasada, contando con las pruebas del juicio como el medio de verificación de los hechos.
3. *Calificación jurídica*. En este momento, el magistrado ve la necesidad de realizar un diagnóstico concreto, que significa no la mera descripción de los sucesos sino su calificación jurídica, en una especie de “tipo jurídico”. Es decir, se trata de reducir los hechos a especies jurídicas comunes y conocidas, a figuras jurídicas determinadas. Por ejemplo, si se trata de una compra venta, una donación, una relación laboral, etcétera.
4. *Determinación del derecho aplicable*. Consiste en determinar si al hecho reducido a un tipo jurídico le corresponde aplicar tal o cual norma. A este proceso, se le denomina “subsunción”, y constituye el enlace lógico de una situación particular, específica y concreta con la previsión abstracta, genérica e hipotética contenida en la ley. Al respecto, consideramos que, si bien es transversal a todo el proceso, en esta etapa y en la siguiente,

la operación lógica reviste especial importancia, máxime, atendiendo a que el juez es libre de elegir el derecho que cree aplicable según su convicción. Por ello además, en este punto, la motivación del fallo es el único mecanismo para comprobar su actividad reflexiva y basada en el estudio de las circunstancias particulares, y no un acto discrecional producto de su voluntad arbitraria. Consecuentemente, así como la sentencia no es una mera operación lógica, tampoco es un mero acto de voluntad. Insistimos, ambos factores se complementan.

5. *La decisión.* Luego del proceso crítico y valorativo que se ha recorrido, el juez debe resolver si la demanda debe ser aceptada o rechazada, seleccionando una solución favorable o adversa al actor. Como resultado tenemos que la sentencia es una operación intelectual que, luego de un largo proceso crítico en el cual la operación lógica es fundamental, culmina en actos de voluntad, todos debidamente motivados.⁹⁴

Apreciación con la que se comparte ya que confirma el criterio que el juzgador antes de emitir su decisión oral debe seguir ese *iter* cognitivo, que en forma razonada y lógica vaya de la apreciación externa de los hechos narrados por las partes procesales, atravesando por la valoración probatoria de los hechos demostrados, pasando por la inserción del supuesto de hecho probado al supuesto de derecho contenido en la norma, y al aplicar el derecho que corresponda emitir su decisión oral. Esta primera apreciación se verá confirmada o recibirá refutación cuando se analicen los artículos del COGEP que tienen relación con el tema.

En cuanto a los tiempos que dispone el juzgador para tomar una decisión oral luego de terminada la audiencia, existen asuntos en los cuales se ordena que es preciso hacerlo inmediatamente, como ya se dijo, según el artículo 333, numeral 5 del COGEP.

A estos casos *prima facie* se podría catalogar como casos fáciles, sin embargo, queda latente el problema a resolver si en efecto son casos de fácil resolución aquellos que tienen un enorme aporte probatorio.

En tanto que, según el artículo 93 del COGEP, el juez puede eximirse de la obligación de dictar sentencia al finalizar la audiencia, para expedirla en el término de hasta diez días. No obstante, hay que precisar que esta suspensión de audiencia, se la puede hacer cuando concurren estas circunstancias: a) si es excepcional, b) si se trata de un caso complejo, es decir, de los calificados como de difícil solución, o c) si no se trata de los de controversias sobre alimentos, tenencia, visitas y patria potestad de niñas, niños y adolescentes. Sin embargo, se insiste, también en los asuntos de alimentos, tenencia, visitas y patria potestad de niñas, niños y adolescentes, se pueden presentar complejidades que amerite tomar un espacio de tiempo del juzgador para tomar la decisión oral.

⁹⁴ Carla Espinosa Cueva, *Teoría la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral* (Quito: Tribunal Contencioso Electoral / Corte Nacional de Justicia, 2010), 46.

Es afín a este criterio, el texto del artículo 297, numeral 7 del COGEP, cuando refiere: “terminada la intervención de las partes, la o el juzgador podrá suspender la audiencia hasta que forme su convicción debiendo reanudarla dentro del mismo día para emitir su resolución mediante pronunciamiento oral de acuerdo con lo previsto en este Código”. Norma que está prevista para el procedimiento ordinario y que sigue el criterio mantenido en doctrina de la existencia de casos fáciles y casos difíciles de resolver.

Ahora se verá que varias disposiciones abordan el tema en duda, esto es, si en la decisión oral del juzgador debe constar o no la motivación oral o si por el contrario es tema de la resolución escrita. Al respecto, el artículo 93 del COGEP, dice: “la resolución escrita motivada se notificará en el término de hasta diez días”. El artículo 90 señala que: “además del contenido especial que la ley señale para determinados autos o sentencias, todo pronunciamiento judicial escrito deberá contener: “5. La motivación de su decisión”. El artículo 95 indica que la sentencia escrita contendrá: “7. La motivación”. Por otro lado, el artículo 94 del COGEP⁹⁵ describe el contenido de la decisión oral. De lo cual, se colige que en estas normas el legislador establece claramente dos momentos procesales de las resoluciones de fondo: el primero constituido por la decisión oral tomada al finalizar la audiencia (salvo las excepciones previstas); y, el segundo momento cuando en la redacción de la resolución escrita se expresa la motivación.

A manera de comparación normativa, en el COGEP de Colombia, sobre la motivación, se prevé en el artículo 279⁹⁶ la diferencia entre auto de trámite, auto interlocutorio y sentencia, el primero no necesita motivación, pero los autos interlocutorios y sentencias requieren motivación breve y precisa, invocando las citas jurisprudenciales y doctrinales que sean estrictamente necesarias. Esta norma reconoce la existencia de resoluciones que se toman en audiencia, cuya validez parte desde el

⁹⁵ Las resoluciones judiciales de fondo o mérito dictadas en audiencia deberán contener: 1. El pronunciamiento claro y preciso sobre el fondo del asunto. 2. La determinación de la cosa, cantidad o hecho que se acepta o niega. 3. La procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas. La o el juzgador, en el auto interlocutorio o sentencia escrita, motivará su decisión y cumpliendo con los requisitos, respetará y desarrollará los parámetros enunciados en el procedimiento oral.

⁹⁶ Salvo los autos que se limiten a disponer un trámite, las providencias serán motivadas de manera breve y precisa. No se podrá hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente. Las citas jurisprudenciales y doctrinales se limitarán a las que sean estrictamente necesarias para la adecuada fundamentación de la providencia. Cuando deba dictarse por escrito, la providencia se encabezará con la denominación del juzgado o corporación, seguido del lugar y la fecha en que se pronuncie y terminará con la firma del juez o de los magistrados. Las aclaraciones y salvamentos de voto se anunciarán en la audiencia y se harán constar por escrito dentro de los (3) días siguientes, si el fallo fue oral. Cuando la providencia sea escrita, se consignarán dentro del mismo plazo, contado a partir de su notificación. En todas las jurisdicciones, ninguna providencia tendrá valor ni efecto jurídico hasta tanto hayan sido pronunciadas y, en su caso, suscrita por el juez o magistrados respectivos.

pronunciamiento oral, y otras que no se toman en audiencia, siendo válidas desde la suscripción del juzgador. Posibilita, además, el ejercicio de los recursos horizontales desde la decisión oral si la norma ordena que ella es suficiente o desde la notificación de la decisión escrita. El artículo 280 del código adjetivo colombiano⁹⁷, reitera que existen sentencias escritas y otras no, indicando el contenido de la motivación de la sentencia.

Queda claro entonces que para el COGEP el juez arribará a su decisión oral una vez que haya realizado en su mente el proceso cognitivo de la motivación (el juzgador puede sacar un resumen de los hechos, revisar normas, hacer anotaciones puntuales de los hechos, sacar conclusiones de la valoración probatoria, etc.). Es obligatorio pronunciarse oralmente en audiencia sobre el fondo del asunto (en relación al *thema decidendum*), la cosa, cantidad o hecho que se acepta o niega, y si procede o no el pago de indemnizaciones, intereses y costas (materialización de lo reclamado). Lo cual implica que hubo un proceso de análisis del caso planteado, de la pretensión y las excepciones, de las pruebas, de las alegaciones y del derecho aplicable.

4.3. Contenido de la sentencia escrita

Según la doctrina tradicional, la sentencia se estructura en tres partes principales: 1. La exposición de las cuestiones planteadas; 2. La fundamentación o motivación y, por último, 3. La decisión o fallo propiamente dicho. A la primera de ellas se la denomina, comúnmente “resultados”; a la segunda, “considerandos”, y a la tercera parte, “dispositiva” o “fallo”.⁹⁸

Para Atienza y Lozada las partes de la sentencia son: la narración del caso (si se trata de tribunales de apelación: la historia procesal previa); el problema o problemas a los que el tribunal ha de dar una solución; las cuestiones (de prueba, de interpretación, de calificación, etc.) de las que depende la solución del problema; las respuestas a esas cuestiones; las razones en las que se basan esas respuestas; la solución o soluciones.⁹⁹

⁹⁷ La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella. La parte resolutoria se proferirá bajo la fórmula “administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código. Cuando la sentencia sea escrita, deberá hacerse una síntesis de la demanda y su contestación.

⁹⁸ Guzmán, *Derecho a una sentencia motivada*, 86.

⁹⁹ Manuel Atienza, y Alí Lozada, *Cómo analizar una argumentación jurídica* (Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2016), 128.

Ibáñez propone la siguiente estructura de sentencia judicial, referido a los hechos: 1. Antecedentes procesales. 2. Hechos probados. 3. Motivación: a) sobre los hechos, y b) fundamentos de derecho.¹⁰⁰

Al tratar el tema del contenido de la sentencia, Fernando De la Rúa, manifiesta que existen presupuestos externos e internos del fallo. Los externos son los presupuestos procesales como la existencia del tribunal legítimamente constituido, la intervención de las partes, en especial del imputado, garantizando su derecho a la defensa y al debido proceso; y la existencia de una cuestión propuesta o pretensión; y, los presupuestos sentenciales, referidos a la existencia de un procedimiento previo, válido y completo por su forma y grado. Los requisitos internos del fallo, en cambio, tienen que ver con el contenido, la oportunidad y la forma. La forma es externa, como la documentación, publicidad y comunicación de la sentencia; e, interna o estructura formal, como: la individualización de las partes procesales, la enunciación de las pretensiones, la motivación, la resolución, la fecha y firma. Motivación para este autor, es el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho con contenido crítico, valorativo y lógico en que el juez apoya su decisión.¹⁰¹

El artículo 95 del COGEP,¹⁰² contiene los requisitos de la sentencia escrita, a cuya estructura creo se debe incorporar lo siguiente: 1. la identificación de problemas a los cuales se dará solución y sus respuestas razonadas, como lo sostienen Atienza y Lozada, y 2. la motivación sobre los hechos y el derecho, sugerida por Ibáñez.

Los artículos 366 al 369 del COGEP, sobre la forma de dar cumplimiento a las sentencias, se deduce que el legislador ecuatoriano ha tomado como prototipo de sentencia para la ejecución, únicamente a la sentencia de condena.

Así las divide de acuerdo a la pretensión reclamada, en: a) Obligaciones de dar especie o cuerpo cierto, b) Obligaciones de dar dinero o bienes de género, c) Obligaciones de hacer, y d) Obligaciones de no hacer.

¹⁰⁰ Perfecto Andrés Ibáñez, *En torno a la jurisdicción* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007), 247.

¹⁰¹ Fernando De la Rúa, *Teoría General del Proceso* (Buenos Aires: Depalma, 1991), 135.

¹⁰² La sentencia escrita contendrá: 1. La mención de la o del juzgador que la pronuncie. 2. La fecha y lugar de su emisión. 3. La identificación de las partes. 4. La enunciación breve de los hechos y circunstancias objeto de la demanda y defensa de la o del demandado. 5. La decisión sobre las excepciones presentadas. 6. La relación de los hechos probados, relevantes para la resolución. 7. La motivación. 8. La decisión que se pronuncie sobre el fondo del asunto, determinando la cosa, cantidad o hecho al que se condena, si corresponde. 9. La procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas. Además de la emisión en idioma castellano, a petición de parte y cuando una de estas pertenezca a una comunidad indígena, la sentencia deberá ser traducida al kichwa o al shuar según corresponda.

Se confirma esta apreciación, de la redacción del artículo 372, numeral 2 del COGEP, que dice: “La determinación de la obligación cuyo cumplimiento se pretende, adjuntando copia de la liquidación, de ser el caso”.

No obstante, existen sentencias constitutivas que se ejecutan con su inscripción en los registros públicos, como en el caso del divorcio o en las providencias preventivas con inscripción de prohibición de enajenar.

Para concluir este tema, es necesario recalcar la obligación que tienen los jueces en un Estado constitucional de justicia y derechos de suplir las omisiones sobre puntos de derecho en que incurran las partes procesales, en torno a lo cual el artículo 4, numeral 13 de la LOGJCC establece que por el principio procesal *Iura novit curia* “la jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional”. En igual sentido el artículo 91 del COGEP señala que: “la o el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso. Sin embargo, no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes”. En consecuencia, si el actor en su narración no identifica los fundamentos de derecho, el juez debe suplirlo, de manera que no se rechace la demanda por simple equivocación de la acción propuesta, así lo sostiene la CCE, en la sentencia 379-17-SEP-CC, caso 2283-16-EP.¹⁰³

¹⁰³ Los principios de adaptabilidad, la eficacia integradora, la debida diligencia en los procesos de administración de justicia, le permite al juzgador ejercer una tarea o función reconstructiva de los fundamentos fácticos del *ius* litigioso, pues él es un intermediario o traductor que aclara, explica, hace accesible la descripción incompleta imprecisa confusa de los mismos, en una fundamentación ínsita; es decir, sistematiza todo lo que no demuestra visiblemente el demandante, lo cual permitirá resolver adecuadamente el conflicto suscitado. Por tanto, se aparta del modelo formalista, para regirse por el enfoque hermenéutico que constituye una herramienta que faculta analizar, interpretar y comprender la realidad del caso concreto y sus problemas, de ahí construir el o los problemas jurídicos adecuados para dar una respuesta correcta en derecho y justicia, toda vez que, la orientación hermenéutica concibe los casos concretos en el marco de una tensión, reflejada en su naturaleza problemática y en la exigencia de tenerlos que solucionar en justicia. Esto pone de manifiesto que no hay soluciones definitivas, detalladas y tomadas de antemano, sino más bien un conjunto de datos (hechos, acciones, fuentes jurídicas, etc.) que reclaman su comprensión, esto es, la mediación del juez para darles el sentido justo que se reclama. Para decirlo de otro modo, los jueces cumplen un papel esencial porque resuelven problemas y lo hacen además con su decidido concurso y manera de ver el problema a la luz de todas las posibles instancias jurídicas de solución [...] La mediación que hace el juez también implica tomar en consideración la tensión que representa el hecho de estar juzgando en una situación presente, hechos y conductas humanas acaecidas en el pasado, a la luz de fuentes jurídicas producidas también en el pasado o eventualmente inexistentes o poco claras. La tensión manifiesta la presencia de una tradición y un significado que debe ser leído por el intérprete desde el momento actual del caso concreto. El enfoque hermenéutico insiste de modo particular en este punto: el intérprete da lectura del caso y de las fuentes jurídicas desde su momento presente, es decir, desde sus propias precomprensiones y expectativas acerca del significado inicial de los elementos constitutivos del caso. Esto sugiere que los jueces no lleguen al conocimiento de los casos concretos desprovistos de cualquier razón influyente, sino todo lo contrario: el sentido inicial para solucionar un caso se manifiesta en que el intérprete

5. Identificación de los casos fáciles

Es apropiado entender desde el punto de vista pragmático, lo que se considera como casos fáciles y casos difíciles: en el primer escenario existe generalmente una pretensión, una defensa sin excepciones y pocas pruebas, consiste en una justificación deductiva, esto es, aplicar el derecho a los hechos. Mientras que, en los difíciles, existen varias pretensiones, algunas excepciones previas y de fondo, numerosas pruebas, y se plantean problemas como la interpretación y la relevancia (que afectan a la premisa normativa); y, por otro lado la prueba y la calificación (que afecta a la premisa fáctica).¹⁰⁴

Entonces para encasillar el caso como fácil o difícil, lo principal es identificar y definir el objeto de la controversia, ya que en un asunto en el cual esté claramente identificada la norma, al existir certidumbre de su aplicabilidad, dará lugar a tomar inmediatamente la decisión.

Sostiene MacCormick que el identificador entre casos fáciles y difíciles, es el problema que puede surgir en la formulación de las premisas fácticas y normativas, para lo cual realiza una división cuatripartita de casos difíciles, los problemas de interpretación o relevancia que afectan a la premisa normativa; y, los problemas de prueba o de calificación que afectan a la premisa fáctica.¹⁰⁵

Por lo que la identificación del caso fácil dependerá de los hechos discutidos, de la cantidad de pruebas que serán valoradas por el juzgador y del derecho aplicable, de manera que un caso relativamente fácil de resolver y motivar, puede tornarse en uno de difícil solución.

Robert Alexy a los casos difíciles los denomina casos más complicados y precisa que para su fundamentación se necesita una serie de premisas que no pueden ser deducidas de ninguna norma del derecho positivo por su imposibilidad de extraerla, siendo necesario entonces construir la regla, misma que precisa sea justificada externamente.¹⁰⁶

Dworkin indica que los casos difíciles siempre tienen una respuesta correcta y lo que se trata es de evitar la discreción judicial, puesto que en último término el material jurídico se compone de normas, directrices y principios. Señala que para aplicar los

procede a dar lectura de él, de los textos, de las fuentes jurídicas, desde determinadas expectativas, desde sus propias coordinadas históricas.

¹⁰⁴ Duncan Kennedy, *Izquierda y derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2013), 118.

¹⁰⁵ Atienza, *Las razones del derecho*, 112.

¹⁰⁶ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 214-21.

principios hay que balancearlos y decidir por el que tiene más peso, su tesis está sostenida en 2 argumentos: a) cualquier norma se fundamenta en un principio, b) los jueces no pueden crear normas retroactivas. Sostiene que al analizar los principios aparece la relación entre razonamiento moral y razonamiento jurídico.¹⁰⁷

En definitiva, Dworkin piensa que el derecho no sólo se compone de normas, sino de directrices y principios, siendo obligación del juez determinar cuál de ellos aplicar para solucionar el caso en litigio, puesto que los principios se balancean y unos desplazan a otros por su mayor peso.

5.1. Análisis de los casos fáciles

El cobro de una letra de cambio que no ha recibido excepciones de ninguna naturaleza, es un caso de fácil resolución. Es así que el artículo 352 del COGEP, dice: “Si la o el deudor dentro del respectivo término no cumple la obligación, ni propone excepciones o si las excepciones propuestas son distintas a las permitidas en este Código para este tipo de procesos, la o el juzgador en forma inmediata pronunciará sentencia mandando que la o el deudor cumpla con la obligación. Esta resolución no será susceptible de recurso alguno”.

Según el legislador, son casos de fácil resolución los asuntos señalados en el artículo 333.5 del COGEP: “En las controversias sobre alimentos, tenencia, visitas y patria potestad de niñas, niños y adolescentes, la o el juzgador para dictar la sentencia no podrá suspender la audiencia para emitir la decisión oral, conforme este Código”. Aunque sabemos perfectamente que estos casos si pueden transformarse en casos difíciles de resolver, ante los cual el juez en forma motivada puede utilizar el artículo 93 del COGEP.

¹⁰⁸

Rodolfo Vigo señala que en los denominados casos genéricos y fáciles por el iuspositivismo normativista, el trabajo de los juristas se centra en subsumir el caso en la norma, tarea que los jueces y abogados habían estudiado y memorizado en sus estudios superiores, observando los casos como ejemplos concretos de los que en forma genérica había previsto la norma.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1989), 146-208.

¹⁰⁸ Al finalizar la audiencia la o el juzgador pronunciará su decisión en forma oral. Excepcionalmente y cuando la complejidad del caso lo amerite podrá suspender la audiencia por el término de hasta diez días para emitir su decisión oral [...].

¹⁰⁹ Vigo, *Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional*, 163.

5.2. La subsunción

Existen asuntos dentro del derecho que se satisfacen con la mera justificación interna, esto es, el proceso inferencial del juez para enlazar los actos de proposición con los hechos probados y la aplicación de la norma, con lo cual la decisión final constituye en sí motivación, siendo la justificación externa la corrección del silogismo deductivo.

En tanto exista una sola respuesta para el caso, se cumpla con la justificación interna, esto es, la premisa mayor (supuesto de hecho de la norma), sea verificable con la premisa menor (hechos), corresponde asignar una respuesta o resultado (conclusión prevista en la norma), la decisión final estará plenamente justificada, esto es, resistirá el examen de corrección de las inferencias con la elección del juez. Este inter justificativo identifica a los denominados casos fáciles de resolver.

En la justificación externa entran en juego además los principios como el debido proceso, *in dubio pro reo*, favorabilidad, *non reformatio in peius*, etc.; así como valores como el de utilidad, justicia, buena fe, ética, etcétera.

Rodolfo Luis Vigo reconoce que aceptar la práctica argumentativa del derecho no debe conducir a la expulsión de la lógica formal y los silogismos, sin embargo, su importancia se ve reducida debido a que lo importante a ser identificado es más que la justificación interna es la justificación externa, dando soluciones correctas.¹¹⁰

Es evidente que al tratarse de un asunto de resolución relativamente fácil, sea necesaria la justificación externa, como cuando el juez aprueba una conciliación, esto es, si las partes procesales llegan a finiquitar el litigio mediante una solución que los satisfaga, el juez no debe olvidar que el arreglo debe ser aprobado por él. Por tanto, la justificación interna será la verificación de la previsión jurídica prevista en la norma que lo permita, el artículo 233 del COGEP, que manifiesta que la conciliación se regirá entre otros por el principio de legalidad.

Así de acuerdo al artículo 473 del COOTAD, en un asunto de partición judicial de inmuebles, aun cuando las partes procesales lleguen a una conciliación, para aprobarla el juez debe exigir el informe favorable del respectivo concejo municipal, caso contrario el acuerdo será nulo.

Otro asunto que no es posible aprobarlo pese al acuerdo de las partes procesales es la fijación de una pensión alimenticia en un valor menor al establecido como mínimo en la tabla de pensiones alimenticias.

¹¹⁰ *Ibíd.*, 287.

Tampoco se puede aprobar mediante acuerdo conciliatorio una liquidación de haberes de un trabajador discapacitado en la cual no se tome en cuenta la indemnización establecida en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades¹¹¹, desde luego, siempre y cuando el despido intempestivo esté probado.

De manera que, la justificación interna en la conciliación está dada por la ausencia de norma que la prohíba, en tanto que la justificación externa es determinada por los parámetros mínimos a ser considerados para aprobarla, esto es, estándares mínimos que deben observarse. Por tanto, puede haber justificación interna y justificación externa, y esta última estar basada en un argumento persuasivo que conduzca a dar eficacia a la decisión, pero no validez.

Del caso laboral narrado la posibilidad de conciliar está permitida en materia laboral (justificación interna), pero no de todos los rubros, pues hay valores que no está permitida su renuncia y otros que sí, por tanto el juez debe establecer cuáles son los mínimos irrenunciables de los cuales se parte en la negociación (justificación externa), y que si de hecho aprueba un acuerdo que implique renuncia de rubros irrenunciables, deberá justificar por qué las inferencias no son correctas y si la conclusión.

De manera que el contenido de la decisión final, en los casos fáciles y en los acuerdos conciliatorios implica, tanto la justificación interna como la justificación externa o motivación. Tal como se explicó sobre los acuerdos conciliatorios y la sentencia que se emite en procedimiento ejecutivo, de acuerdo al artículo 352 del COGEP.

6. Identificación de los casos difíciles

Dworkin sostiene que el caso difícil aparece “cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución”.¹¹²

Prima facie son identificados como aquellos en los cuales se acumulan pretensiones e inclusive soportan reconvencción inconexa, un ejemplo de esta clase de casos es el señalado en la Resolución sobre fallos de triple reiteración, de la CNJ, el 27 de julio de 2011, donde se lee: “para declarar la reivindicación o la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, se requiere que la existencia de ese derecho sea planteada como demanda o como reconvencción, pero no mediante excepción a la acción”.

¹¹¹ En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente.

¹¹² Dworkin, *Los derechos en serio*, 146.

A continuación se expondrán varios casos difíciles: 1. En procedimiento ejecutivo se presenta una letra de cambio con firma falsa del girado, los garantes admiten que sí suscribieron el documento pero que cuando firmaron en el documento no constaba la firma del girado; 2. En procedimiento sumario se presenta una demanda de daños y perjuicios por mala administración de justicia contra un fiscal, el perito no concurre a sustentar el informe pericial, sin embargo, el juez que conoce la causa advierte que sí bien existió vulneración al derecho a una buena administración de justicia, no cuenta con la base para ordenar la indemnización; 3. En procedimiento ejecutivo se presenta al cobro un pagaré, el cual está próximo a prescribir, se cita a los garantes quienes no contestan la demanda, luego se cita al deudor principal cuando el pagaré ha prescrito y este último alega que la obligación está prescrita, conociendo esta excepción previa alegada por el deudor principal los garantes alegan también prescripción, indicando que por ser el término para contestar la demanda común, ellos pueden aprovecharse del mismo y presentan la contestación la demanda dentro de los 15 días término que tenía el deudor principal; 4. En procedimiento ejecutivo se presenta al cobro un pagaré a 90 días plazo vista y en la calificación de la demanda se lo califica de ejecutivo y contentivo de obligación ejecutiva, el demandado alega las excepciones de falsedad ideológica e inexistencia de la obligación ejecutiva, en la prueba se demuestra que por acuerdo de las partes el documento debía ser destruido sin embargo, esta instrucción no cumplió el actor y lo presentó al cobro, el juez al momento de decidir se da cuenta que en el pagaré falta el visto bueno; 5. Una persona ha suscrito con un constructor un documento privado denominado “reserva de construcción”, por el que se establece la construcción de una vivienda, cancelándose ese momento el 30% del costo total y a los 12 meses se paga el 70% final, el constructor entrega la vivienda terminada al contratante pero se niega a firmar la escritura definitiva de compraventa. El contratante demanda al contratista ante el juez de lo civil la suscripción de la escritura pública de compraventa bajo el entendido que jamás suscribió escritura pública de promesa de compraventa, pero aduce que se cumplieron los requisitos constitutivos del contrato de compraventa, esto es, entrega del bien y pago del precio; el demandado se excepciona con la existencia de una obligación natural que carece de acción pero permite la retención de lo dado o entregado por ella; y, 6. En un procedimiento ordinario de acción pauliana, el demandado se excepciona con prescripción de la acción pero en la audiencia no la expresa oralmente, el juzgador verifica en audiencia que ha transcurrido más de 1 año desde la fecha del contrato que se argumenta suscrito en perjuicio del acreedor y la citación de la demanda, y se pronuncia declarando

de oficio la caducidad de la acción. Al subir la causa en apelación, la Corte Provincial se enfrenta a la disyuntiva de considerar esta expiración del tiempo para ejercitar la acción pauliana como prescripción o como caducidad.

Manuel Atienza sostiene que al aplicar las normas jurídicas se utilizan argumentos jurídicos, correspondiendo diferenciar entre problemas de los hechos o del derecho, que estos últimos se denominarían como problemas de interpretación identificándolos como casos difíciles, sobre los cuales se centra la atención de los órganos superiores de la administración de justicia.¹¹³

6.1. Análisis de los casos difíciles

Rodolfo Luis Vigo sostiene que ya no puede limitarse la justificación judicial en un mero silogismo, pues las teorías de la argumentación jurídica de pensadores como Alexy, Aarnio, Wroblewski, exigen tanto una justificación interna dominada por la lógica como una justificación externa donde el apoyo son los buenos argumentos y razones, a lo cual se incluiría la dimensión retórica o persuasiva, desde luego que el jurista a diferencia del juez estaría más conectado con la justificación externa persuasiva.¹¹⁴

Riccardo Guastini señala que la doctrina de la legalidad enseña que los casos deben ser resueltos por normas generales, aplicables a todos los que entren en su campo de aplicación, sin excepción, por lo cual las decisiones judiciales deben ser previsibles, las normas son inderrotables en tanto no se permite introducir en ellas excepciones implícitas; en contraposición existe la doctrina de la equidad o justicia del caso concreto por la cual la invocación a los jueces es no aplicar las normas generales ciegamente, sino buscar la solución justa caso por caso, privilegiando el espíritu sobre la letra al tratar cada norma como derrotable, sujeta a excepciones implícitas no identificables sino al momento de su aplicación.¹¹⁵

Se puede considerar expresión de una perspectiva “particularista”, también la práctica de los tribunales constitucionales que consiste en resolver los conflictos entre principios sopesando el valor de los principios mismos “*case by case*” antes que de manera estable y definitiva (por lo que en un caso o en una clase de casos el principio P1 prevalece sobre el principio P2, pero es posible que en un caso distinto o en una clase de casos distinta P2 prevalezca sobre P1).¹¹⁶

¹¹³ Atienza, *Las razones del derecho*, 2.

¹¹⁴ Vigo, *Interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional*, 226.

¹¹⁵ Guastini, *Interpretar y argumentar*, 377.

¹¹⁶ *Ibíd.*, 379.

Guastini¹¹⁷ en lo relativo al uso de los principios en la integración del derecho sostiene que existen controversias que no pueden resolverse al invocar una expresa disposición, entonces operan los principios como instrumentos de integración del derecho en presencia de lagunas, “el juez está obligado a apelar a aquellos después de haber inútilmente intentado el argumento analógico”.¹¹⁸

Este autor pone el siguiente ejemplo: en el supuesto que el daño biológico no constituya un daño no patrimonial, por tanto, según el Código Civil, no se disponga resarcimiento, se puede colmar la laguna recurriendo al principio de tutela de la salud, siendo insuficiente tal principio por sí solo, por lo que el problema tendrá que ser resuelto mediante una regla implícita, idónea para colmar la laguna, en el sentido de que el daño biológico debe ser resarcido, la construcción de esta regla puede ser extraída con un razonamiento puramente deductivo, constituyéndose en la concreción del principio.

Lo que Alexy concluye es que siempre que en un sistema jurídico hay casos dudosos, ese sistema jurídico necesariamente contiene principios y que ‘Esto basta como base para la fundamentación de una conexión necesaria entre derecho y moral a través del argumento de los principios’. Esquematicemos su razonamiento: a) hay casos dudosos; b) lo que sirve para resolver los casos jurídicamente dudosos es jurídico; c) los principios son lo que sirve para resolver los casos jurídicamente dudosos; d) Por tanto, los principios son jurídicos; e) como los principios son también morales, queda fundamentada la conexión entre derecho y moral a través del argumento de los principios. Parece todo muy lógico, si no fuera por lo dogmático y arbitrario de las tesis b) y c), de lo que depende la misma condición de las tesis d) y e).¹¹⁹

Hart, en su obra póstuma denominada: *Post Scriptum al concepto del derecho* (2000), ha reconocido que tanto las reglas como los principios jurídicos se identifican por los criterios de la regla de reconocimiento. Su positivismo suave comprende que las reglas de reconocimiento contienen como criterios de validez la conformidad de la norma con principios morales o valores sustantivos. Dice que hay ciertos casos en los cuales el juez aplica el derecho existente, y en otros jurídicamente no regulados “casos difíciles” en los cuales el derecho no da solución, esto es, aquellos en que existe el desacuerdo sobre la respuesta correcta, el juez crea derecho, es cuando se ejerce la restringida función jurídica creadora que se denomina “discreción judicial”.¹²⁰

¹¹⁷ *Ibíd.*, 201.

¹¹⁸ *Ibíd.*, 202.

¹¹⁹ Juan Antonio García Amado, *Iusmoralismos: Dworkin. Alexy. Nino* (Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2015), 179.

¹²⁰ H.L.A. Hart, *Post scriptum al concepto de derecho* (Ciudad de México: UNAM- III, 2000), 28-54.

Según la tesis de los derechos de Dworkin, en los casos difíciles, generalmente las decisiones judiciales se toman en base a principios.¹²¹

En conclusión, para Dworkin la característica de los casos jurídicos controvertidos es la multiplicidad de respuestas, el papel del juzgador consistirá en buscar la respuesta correcta que dé solución al problema, misma que nace del propio derecho (normas y principios). El planteamiento de Hart es que existe una discreción jurídica creadora del juez, señala que las reglas jurídicas tienen textura abierta (zona de penumbra), por la cual ante la ausencia de norma el juez es llamado a solucionar el caso con una solución creadora. A criterio de Alexy, por la justificación interna se aplica la norma mediante el silogismo jurídico deductivo, y por la justificación externa se dan razones y se ponderan principios en colisión.

6.2. Interpretación de la norma jurídica y argumentación del derecho

Guastini sostiene que interpretar un hecho en forma general significa hacer conjeturas sobre su evento causal, si ese hecho es humano se conjetura sobre los propósitos o intenciones del agente; que interpretar en el ámbito jurídico significa atribuir sentido a un texto, así como subsumir el acto en otra clase de actos o calificarlo según el esquema que ofrezca la norma.¹²²

Este autor manifiesta que existe ambigüedad en el contenido del acto jurídico al menos en cuatro aspectos: Primera ambigüedad: proceso vs. producto, si se refiere a una actividad o proceso, y por otro lado si es el producto de dicha actividad. Segunda ambigüedad: abstracto vs. concreto, es primero es asimilable a la traducción, se orienta a identificar el contenido implícito o sentido de la norma; el concreto se orienta a los hechos, esto es, subsumir el caso concreto en el campo de aplicación de la norma. Tercera ambigüedad: cognición vs. decisión, por la cognición se averigua los distintos significados posibles de la norma; por la decisión se elige un significado determinado. Y cuarta ambigüedad: interpretación en sentido estricto vs. construcción jurídica, la interpretación en sentido estricto es un producto literal que puede expresarse mediante interpretación en abstracto, en concreto, cognitiva o decisoria; en tanto que la interpretación creadora consiste en dotarle a la norma de un significado nuevo.

Guastini precisa que una cosa es el significado adscrito a la norma, y otra el enunciado interpretativo capaz de dar significado a la misma. Sobre el significado dice

¹²¹ Dworkin, *Los derechos en serio*, 166.

¹²² Guastini, *Interpretar y argumentar*, 31, 105, 369.

que puede ser: a) significado objetivo o a-contextual, cuando el significado es lingüístico, textual o incluso literal, se colige aplicando las reglas semánticas y sintácticas de la lengua, sin tomar en cuenta otros elementos; significado subjetivo o contextual, cuando corresponde al significado intencional de la autoridad normativa, se atribuye de elementos extra-textuales, como son los trabajos preparatorios de la norma; b) significado *Prima facie*, resulta de la comprensión inmediata e irreflexiva del texto normativo; todo significado, es el resultado de la problematización del significado *prima facie*, por ser oscura o insatisfactoria; y, c) significado original, es el que tenía el texto normativo a su entrada en vigor; significado actual, es al momento de su interpretación o aplicación.

En cuanto a los tipos de interpretación señala que son los siguientes:

1. *Interpretación literal*. Que comprende tres sentidos: a) la interpretación *prima facie* o de primera vista, que no requiere argumentación; se opone la interpretación todo considerado, en la que la argumentación es una necesidad; b) la interpretación no-contextual, es aquella que no recurre más que a las reglas semánticas o sintácticas; c) la interpretación declarativa, es el supuesto propio, natural, objetivo, sin extensiones ni restricciones.
2. *Interpretación declarativa/correctora*. La primera se abstiene de corregir el significado del texto normativo, se limita a declararlo; la segunda tiene por fin corregir o constatar un significado intrínseco pre-constituido, como se lo hace en la teoría cognoscitiva.
3. *Interpretación extensiva/restrictiva*. La extensiva utiliza el argumento analógico para producir una nueva norma (cláusula de excepción); la restrictiva no aplica la norma por analogía, en tanto la excluye si no está en el predicado usado por la autoridad normativa del supuesto de hecho.
4. *Interpretación originalista/evolutiva*. La primera atribuye a un texto normativo un significado originario (lingüístico, histórico o intencionalista); la evolutiva, atribuye un significado nuevo, distinto del original o consolidado.

Sobre la ideología de la interpretación, Guastini señala que a veces se expresa como discurso prescriptivo consistente en elaborar reglas, directivas o métodos de correcta interpretación, y otras como discurso valorativo, cuando se verifica la corrección de una interpretación. En ese orden de ideas según la doctrina literalista, los textos normativos deben ser entendidos al pie de la letra, según las reglas sintácticas y semánticas de la lengua; en cambio que por la doctrina intencionalista, se debe atribuir a los textos normativos el significado conforme a la intención de la autoridad normativa,

no obstante, fue ampliamente refutada por cuanto es imposible conocer la intención de un cuerpo colegiado, puesto que la intención es un estado mental individual, y lo que existe en realidad, es una ficción para cubrir las propias intenciones de cada uno de los intérpretes, elegida de las preferencias que se atribuye a la autoridad normativa.

Sobre la doctrina estática recomienda que cualquiera sea el método utilizado en la interpretación, su producto sea estable, propone que la estabilidad de la interpretación, garantiza la certeza del derecho, esto es, la previsibilidad de las decisiones judiciales; la doctrina dinámica por el contrario trata de adaptar el derecho a nuevas circunstancias de la vida social, evoluciona el producto de la interpretación, esto es, el significado adscrito al texto normativo.

Guastini dice que doctrina literalista puede admitir variantes, así unida con la doctrina estática, se obtiene como resultado un originalismo (literalidad histórica); en tanto que, junto a la doctrina dinámica, los textos normativos adquieren un significado literal actual, que junto a la interpretación evolutiva, se logra el uso efectivo actual del lenguaje. La doctrina intencionalista también puede admitir dos variantes, con la estática da como resultado un originalismo (intención de la autoridad normativa en su creación); con la dinámica, en el texto normativo está subyacente la ratio, el principio o valor ético-político de la autoridad normativa, y evoluciona adaptándose a las cambiantes circunstancias sociales mediante el argumento analógico o del contrafáctico.

En cuanto al enfoque argumentativo del derecho, Atienza¹²³ indica que el cambio de paradigma se da a partir de Dworkin, y que autores como MacCormick, Alexy, Raz, Nino o Ferrajoli, en el fondo no se diferencian mucho de las tesis de Dworkin, Este autor señala que en la teoría de la argumentación jurídica se debe tomar en cuenta el análisis estructural del derecho así la teoría de los enunciados jurídicos, la vinculación de los procesos argumentativos con el comportamiento de los jueces, las relaciones del razonamiento jurídico y el de la naturaleza moral y política, las relaciones entre el derecho y el mundo de los valores, los límites formales del razonamiento jurídico, los elementos ideológicos y de poder entre el derecho y el razonamiento jurídico. Indica que la concepción dinámica del derecho parte desde la noción del conflicto cuya decisión tiene que estar sustentada en razones o argumentos, tal el caso del juez que argumenta al tomar una decisión motivada, el abogado cuando persuade al juez de su tesis, el abogado que asesora a su cliente o que negocia con el abogado contrario para zanjar una disputa, o el

¹²³ Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho* (Ciudad de México: UNAM-IIIJ, 2011), 73-87.

legislador cuando defiende cierto proyecto de ley; por tanto, no hay práctica jurídica que se encuentre excluida de la obligación de argumentar.

7. Propuesta de estructura de las resoluciones judiciales

La siguiente es una sugerencia que tiene como propósito contar con una muy breve referencia de los elementos que el juez no debe descuidar el momento de pronunciar su decisión oral y cuando estructure la sentencia escrita.

La decisión judicial en audiencia consiste en un proceso cognitivo, fisiológico, racional y coherente que contiene una justificación interna oral, esto es, la expresión hablada del enlace subsuntivo entre los hechos probados y la norma aplicable, así como el pronunciamiento sobre los presupuestos determinados en el artículo 94 del COGEP, esto es, el fondo del asunto; la cosa, cantidad o hecho que se acepta o niega; y, la procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas.

En la sentencia motivada escrita se debe identificar los problemas y dar la solución razonada a la controversia, para cuyo propósito, a más de cumplir con la estructura del artículo 95 del COGEP, se debe hacer constar tanto la justificación interna consistente en la expresión del silogismo deductivo como la justificación externa consistente en el cumplimiento del test de motivación (razonabilidad, lógica y comprensibilidad); así como referirse a los argumentos expuestos por las partes en base a las reglas y principios de la argumentación jurídica; la exposición de los argumentos sobre interpretación y aplicación del derecho; la descripción de las razones sobre valoración de la prueba; y, la explicación de las razones y motivos que llevaron al juez a tomar una determinada decisión.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La visión tradicional de los principios procesales, traía a nuestra mente un drama en el cual dos partes se enfrentaban con sus respectivos requerimientos, pretendiendo que un tercero (Estado) resolviera la disputa, garantizando los derechos de las partes, como el de igualdad, bilateralidad, contradicción. Mas, la evolución del derecho procesal tiende a desarrollar más dichos principios, a la luz de los derechos humanos, con el fin de evitar las rigideces en su aplicación y se amplían como los principios de favorabilidad, pro humano, retroactividad de las leyes laborales, entre otros, con el fin de alcanzar justicia.

SEGUNDA. La decisión judicial debe contener dos presupuestos imprescindibles, el primero se denomina justificación interna que tiene que ver con la adecuación entre los hechos, la norma jurídica y la consecuencia extraída de su aplicabilidad, esto es, la creación de un silogismo deductivo; y, el segundo llamado justificación externa que se refiere a la exteriorización de las razones o motivos que condujeron al juez a tomar la decisión, utilizando criterios de argumentación del derecho y de los hechos.

TERCERA. Se considera que para cumplir el criterio de completitud del derecho en un Estado legal de derechos (entendida la ley), era suficiente referirse a lo dispuesto en el artículo 18 del CC; mas en un Estado constitucional de derechos es insuficiente solucionar los problemas jurídicos con los criterios de interpretación de la norma jurídica, es por ello que en el artículo 3 de la LOGJCC se incluyen como métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria a la ponderación, interpretación evolutiva, interpretación teleológica, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.

CUARTA. Las decisiones judiciales deben ser motivadas, entendida esta como un derecho y garantía, es por ello que las sentencias inmotivadas tienen el predicado de ser arbitrarias, como por ejemplo, 1. Cuando no tiene justificación interna (si en el silogismo jurídico deductivo hay la ausencia de la premisa mayor, la premisa menor o la conclusión), 2. Cuando las normas invocadas no se refieren al caso concreto, 3. Si se han desconocido los precedentes constitucionales o la jurisprudencia de la Corte Nacional, 4. Por ausencia de concatenación entre las premisas y la conclusión; y, 5. Cuando la decisión es confusa, enredada o no entendible, entre otros.

QUINTA. Tanto la Constitución como el COGEP obligan al juez a suplir las omisiones de derecho en que hayan incurrido las partes procesales, por lo tanto, no debe

ser obstáculo para el acceso a la justicia la falta de invocación del derecho, siendo suficiente que el justiciable narre detalladamente los hechos. El juez pasó de desempeñarse como un sujeto procesal meramente espectador a ser un ente de derecho claramente proactivo.

SEXTA. Se había planteado como uno de los objetivos de la investigación la aplicabilidad de los principios procesales con la motivación, lo cual quedó suficientemente explicado al haber entendido de que la teoría tradicional de los principios procesales, reducidos al actuar dentro del proceso de las partes procesales, resulta insuficiente pues, hoy se ven fortificados con los principios constitucionales y los contenidos en los instrumentos internacionales. Luego, se cuestionó si era suficiente para un Estado Constitucional de justicia y derechos, la estructura de motivación que se ha diseñado en la Constitución, en el COGEP, en la LOGJCC, y en las sentencias de la Corte Constitucional, concluyendo que su articulación sistemática sí es óptima con el fin, esto es, el todo si es capaz de definir cada uno de sus predicados, considerados individualmente; en definitiva, conseguir que los jueces dicten sentencias efectivamente motivadas.

Para concluir resta afirmar que en la definición de la justificación interna que involucra principalmente un silogismo deductivo normativo, que parte de una premisa mayor (norma), atraviesa por una premisa menor (hechos), para desencadenar en una conclusión (consecuencia jurídica), está plenamente relacionada con la decisión motivada oral; luego, la justificación externa está constituida por la exposición escrita, en donde se expresan las razones o explicaciones, sustentadas de todo el proceso, que condujeron al juez a tomar determinada decisión, para lo cual es imprescindible la invocación de los parámetros del test de motivación (razonabilidad, lógica y comprensibilidad), la utilización de las reglas y principios de la argumentación jurídica, la interpretación y aplicación del derecho, los criterios axiológicos y la valoración de la prueba.

ABREVIATURAS

CRE	Constitución de la República del Ecuador
COGEP	Código Orgánico General de Procesos
COFJ	Código Orgánico de la Función Judicial
COMF	Código Orgánico Monetario y Financiero
CPC	Código de Procedimiento Civil
CC	Código Civil
CCOM	Código de Comercio
CCE	Corte Constitucional del Ecuador
CNJ	Corte Nacional de Justicia
LAM	Ley de Arbitraje y Mediación
LN	Ley Notarial
LOGJCC	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Social

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007).
- Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón, 1963.
- Atienza, Manuel. *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: Universidad Nacional de Autónoma de México (UNAM)-Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), 2005.
- Atienza, Manuel, y Alí Lozada. *Cómo analizar una argumentación jurídica*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2016.
- Atienza, Manuel, y Luigi Ferrajoli. *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. Ciudad de México: UNAM-IIJ, 2011.
- Barrios de Angelis, Dante. *Teoría del proceso*, 2.^a edición. Montevideo: Edit. IB de F, 2005.
- Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3.^a edición. Buenos Aires: Roque de Palma, 1958.
- De la Rúa, Fernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1991.
- Devis Echandía, Hernando. *Estudios de derecho procesal*, t. I. Buenos Aires: Ed. ABC, 1979.
- _____. *Nociones generales del derecho procesal civil*, 2.^a edición. Bogotá: Temis, 2009.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.
- Eisner, Isidoro. *Planteos procesales: Ensayos y notas sobre el proceso civil*. Buenos Aires: La Ley, 1984.
- Espinosa Cueva, Carla. *Teoría la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral*. Quito: Tribunal Contencioso Electoral / Corte Nacional de Justicia, 2010.
- Fairén Guillen, Víctor. *Teoría general del derecho procesal*, 1.^a edición. Ciudad de México: UNAM-IIJ, 1992.
- García Amado, Juan Antonio, *Iusmoralismos: Dworkin. Alexy. Nino*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2015.
- Guastini, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

- Guzmán, Leandro. *Derecho a una sentencia motivada: Integración del debido proceso legal y la tutela judicial efectiva*. Buenos Aires: Astrea, 2014.
- Hart, H. L. A. *Post scriptum al concepto de derecho*. Ciudad de México: UNAM-III, 2000.
- Ibáñez, Perfecto Andrés. *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007.
- Kennedy, Duncan *Izquierda y derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.
- López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. 2.^a edición. Bogotá: Legis, 2013.
- Mejía Salazar, Alvaro. *La oralidad y los principios del procedimiento*. 1.^a edición. Ecuador: Ius et Historiae Ediciones, 2018.
- Palacio, Lino Enrique. *Manual de derecho procesal civil*. 17.^a edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.
- Prieto Sanchís, Luis. *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Traducido por Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011.
- Véscovi, Enrique. *Teoría general del proceso*, 2.^a edición. Bogotá: Temis, 2006.
- Vigo, Rodolfo Luis. *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de derecho constitucional*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015.

Documentos electrónicos

- Gozáini, Alfredo Osvaldo. “El desplazamiento de los principios procesales hacia las garantías que consolidan un derecho nuevo: el derecho procesal constitucional”, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, 2015. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3824/15.pdf>.
- https://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/bibliotecaVirtual/tecnicasJudiciales/5_B%2033688%20Teor%C3%ADA%20Gral%20del%20proceso.pdf.
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Prueba y verdad en el derecho* (México: Instituto Federal Electoral, 2004) <https://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/prueba%20y%20verdad%20en%20el%20derecho.pdf>.
- Picó I Junoy, Joan. “El principio de oralidad en el proceso civil español”. <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip25esp.pdf>.

Ruíz, Ramón. “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho”, *Derecho y Realidad*, No. 20 (II semestre de 2012): 143-66.
⟨http://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/viewFile/4860/3952/⟩.

Resoluciones

Corte Constitucional

Sentencia 004-14-SCN-CC, caso 0072-14-CN.

Sentencia 142-14-SEP-CC, caso 0007-12-EP.

Sentencia 040-13-SEP-CC, caso 0010-12-EP.

Sentencia 222-16-SEP-CC, caso 0439-12-EP.

Sentencia 379-17-SEP-CC, caso 2283-16-EP.

Corte Nacional de Justicia

Resolución 7-2017 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

Resolución 12-2017 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

Resolución 15-2017 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

Resolución sobre fallos de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia de 27 de julio de 2011.