

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Procesal

El principio de inmediación en la segunda instancia

Andrea Isabela Izquierdo Tacuri

Tutora: Pamela Juliana Aguirre Castro

Quito, 2018



Cláusula de Cesión de Derecho de Publicación de Tesis

Yo, Andrea Isabela Izquierdo Tacuri, autora de la tesis intitulada “El principio de inmediación en la segunda instancia”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

Quito, 19 de diciembre de 2018

Andrea Isabela Izquierdo Tacuri

CI: 010390994-1

Resumen

El proceso por audiencias fue adoptado por la legislación ecuatoriana a través del Código Orgánico General de Procesos, garantizando la observancia de la inmediación en la audiencia de juicio, mas no en la segunda instancia, lo que conlleva un problema de constitucionalidad dado que los principios procesales que deben regir la transformación del sistema de justicia fueron señalados por el constituyente en los art. 168 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

En este sentido, se explora la configuración procesal de la segunda instancia, a través del recurso de apelación, mediante el método inductivo-deductivo, con el fin de dilucidar si el principio de inmediación se observa en la sustanciación de la segunda instancia del proceso o si, por el contrario, su inobservancia torna a esa fase del proceso en inconstitucional por infringir el mandato del constituyente de incluir la inmediación y la oralidad en todas las materias e instancias.

Así, se evaluó el esquema procesal en contraste con las características del modelo de proceso por audiencias reseñadas en la doctrina, considerando a los principales exponentes de la oralidad y al proyecto de código propuesto por el Instituto de Derecho Procesal de Iberoamérica en 1988.

Por otra parte, con el fin de verificar la hipótesis trazada, se realizó un ejercicio de simulación de control constitucional, en el que se examinó si la sustanciación de la segunda instancia trastocaba principios procesales-constitucionales, principalmente el de la inmediación; ello permitió arribar a la conclusión de que, efectivamente, en la segunda instancia el tribunal de apelación actúa sin inmediación y que la realización obligatoria para todos los casos de una audiencia en esta fase del proceso incumple los principios de celeridad y economía procesal.

Para solventar la inobservancia de principios procesales-constitucionales se formulan propuestas de reformas al COGEP en lo relativo a la segunda instancia, dirigidas a reservar la realización de la audiencia para aquellos casos en que se deba debatir sobre materia probatoria y practicar pruebas.

Palabras claves: Oralidad, inmediación, proceso por audiencias, segunda instancia, apelación.

Tabla de Contenido

Introducción.....	11
Capítulo Primero: Oralidad e Inmediación.....	13
1. Oralidad e intermediación.....	13
1.1. El modelo de proceso por audiencias según el COGEP.....	19
1.2. La oralidad frente al principio de intermediación.....	25
1.3. Intermediación y su relación con los principios procesales que informan al proceso oral	32
Capítulo Segundo: Intermediación en el Recurso de Apelación	37
2. El recurso de apelación y la segunda instancia.....	37
2.1. Marco normativo de la segunda instancia en el COGEP.....	49
2.2. ¿Quebrantamiento de la intermediación?	63
Capítulo Tercero: Análisis de Constitucionalidad.....	73
3. Planteamiento del problema.	74
3.1. Simulación de control de constitucionalidad.....	77
3.1.1. Formulación y desarrollo del problema jurídico.....	79
3.2. Necesidad de una reforma normativa	85
3.2.1. Sobre la necesidad de la audiencia en segunda instancia	88
3.2.2. Acercamiento al principio de intermediación.....	89
3.3. Propuesta de reforma normativa.....	93
3.3.1. Otras reformas pertinentes.....	95
Conclusiones Finales.....	101
Bibliografía.....	105

Índice de Gráficos

Diagrama del procedimiento de segunda instancia según el COGEP	51
Diagrama del procedimiento de segunda instancia, según propuesta de reforma normativa	98

Introducción

La promulgación de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 (en adelante, CRE) implicó, no sólo el cambio de paradigma constitucional, sino también la evolución de principios tradicionalmente entendidos como propios de la materia procesal hacia el plano constitucional, enfocados a propiciar la transformación del sistema judicial.

Así, se impuso al legislador ecuatoriano la obligación constitucional de formular un nuevo modelo de proceso, para lo cual se decantó por el proceso por audiencias o proceso mixto, esto es aquel que conjuga exitosamente la escritura y la oralidad, en sus justas medidas.

Para comprender cabalmente el proceso por audiencias, y teniendo a la inmediación como principio procesal-constitucional, se analizó el esquema establecido en el Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP) para el recurso de apelación, a partir del método inductivo-deductivo, con el fin de corroborar la hipótesis propuesta en torno a la inobservancia del principio de inmediación en la segunda instancia, lo que conlleva su inconstitucionalidad.

Respecto a la trascendencia del principio de inmediación, específicamente, se encontró que se constituía como pilar fundamental del proceso por audiencias, en tanto permite al juzgador relacionarse directamente con las partes procesales y con el objeto de la *litis*.

En lo relativo a la segunda instancia, se cuestionó que el tribunal de apelación, al igual que en el proceso escrito, se enfrente con una narración del proceso contenida en los registros escritos o audiovisuales y sin inmediación, pese a la realización de una audiencia obligatoria para la sustanciación del recurso de apelación, insertada en el proceso por el legislador ecuatoriano para justificar la adopción de la oralidad.

En este escenario, fue necesario realizar un examen de constitucionalidad, emulando la labor de la Corte Constitucional del Ecuador, toda vez que no existe un pronunciamiento de este organismo respecto a la problemática que se explora.

De ello se advirtió que en la segunda instancia se infringe el principio de inmediación y que, al no determinarse en la legislación una finalidad concreta para la audiencia que se desarrolla en esta fase del proceso, ésta carecía de contenido trascendental para la resolución de la causa, salvo que en ella se diera lugar a debates o se practicaren pruebas que puedan ser valoradas directamente por el tribunal.

Por ello, se plantean reformas puntuales al COGEP con miras a eliminar las incongruencias encontradas en la sustanciación del recurso de apelación, cuando se torna en la vía de apertura de la doble instancia, con las que se aspira realizar un aporte más allá de la investigación académica *per se*.

Capítulo Primero: Oralidad e Inmediación

A partir de la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008, en la que se establece la oralidad procesal¹ como el sistema mediante el cual se sustanciarán los procesos judiciales, en todas sus materias e instancias; y más aún con la entrada en rigor del COGEP el 23 de mayo de 2016, que implanta² el modelo de proceso por audiencias, el sistema judicial ecuatoriano sufre una histórica e irreversible transición hacia la oralidad procesal.

En este escenario, es imprescindible esbozar en la primera parte de esta investigación, qué comprende un modelo de proceso por audiencias y, a partir de tal idea, determinar la forma en que se desarrolla la oralidad en el proceso judicial que propone el COGEP y cuáles son los principios procesales que forman la base para asegurar el éxito de aquel modelo.

Así, se torna pertinente explorar a los principales exponentes de la oralidad, como Klein y Chiovenda, con el fin de contrastar sus aportes para lograr un proceso eficiente y justo con el resultado del desarrollo doctrinario alcanzado posteriormente sobre la oralidad, así como analizar la relación entre esta y la inmediación.

1. Oralidad e inmediación

Enseña la historia del derecho,³ que la forma escrita de los procesos judiciales se adoptó desde los tiempos de máximo esplendor del derecho canónico, caracterizado por la abundancia de solemnidades y de registros escritos de las actuaciones. De forma concomitante surgió la excesiva ritualidad y formalismos, tanto para el inicio de una causa como para la práctica de las pruebas, lo que sin duda se trasladó y prevaleció en el derecho feudal, como en el derecho germánico y francés, vale decir, en todos los sistemas jurídicos occidentales.

¹ Constitución de la República del Ecuador (CRE) [2008], tít. IV, “Participación y organización del poder”, cap. cuarto, “Función judicial y justicia indígena”, art. 168, num. 6. ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017), 130.

² Ecuador, Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP), en *Registro Oficial Suplemento* (en adelante, *ROS*), No. 506 (10 de mayo de 2015), art. 4.

³ Cfr. Harold Berman, *La formación de la tradición jurídica de Occidente* (México DF: Fondo de Cultura Económica, 1996), 263.

De allí el origen de la máxima *quod non est in actis, non est de hoc mundo*,⁴ pero también que se advirtieran las dificultades procesales creadas por aquella forma escrita, principalmente la demora en el despacho de las causas y la falta de publicidad, de concentración y de inmediación.

Prieto Monroy asegura sobre la escritura que: “si bien se logra seguridad en las actuaciones, también es cierto que lo que se elabora es un proceso formal, en el cual el asunto en litigio se abstrae de la realidad para pasar a ser un acervo documental que ilustra una verdad formal”.⁵

En esta misma línea, Miguel Carbonell⁶ y Enrique Ochoa Reza exponen que “la confección del expediente se ha vuelto la tarea central de los órganos judiciales, demeritando la búsqueda de la verdad, que con frecuencia se encuentra extraviada dentro de los cientos o acaso miles de fojas ilegibles que integran los expedientes judiciales.”

Las críticas al modelo escritural de proceso giran, entonces, en torno a la formación de un expediente inerte a partir de la compilación de registros escritos de los actos de proposición, de la actividad probatoria, de los alegatos y de la propia decisión judicial. Así, al reducirse tales diligencias y actuaciones a una mera constancia documental se genera, sin duda, distanciamiento entre el juez y el objeto del proceso, así como entre el juez y las partes procesales; a la vez que se dificulta el contacto e interacción con la persona del juez, quien es sustituido por auxiliares y actuarios que fungen como *medio* entre los recaudos procesales y el juzgador.

Ante las falencias de la forma escritural, la oralidad se presenta como solución, tornándose indispensable estructurar el nuevo marco normativo procesal, para lo cual el constituyente ecuatoriano de 2008 estableció un catálogo de principios para regir el proceso y la administración de justicia, a saber: simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad, economía procesal y garantías del debido proceso.⁷ Ello, fungió más tarde como el marco dentro del cual el legislador desarrolló el nuevo Código

⁴ Mauro Cappelletti, *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad: Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil. Parte primera*, trad. por Tomás A. Banzhat (La Plata: Librería Editora Platense, 2002), 28.

⁵ Carlos Adolfo Prieto Monroy, “El constitucionalismo contemporáneo: El Estado social de derecho y el derecho laboral”, en Carlos Álvarez y Angélica Molina, edit., *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, t. 2 (Bogotá: Temis, 2010), 477.

⁶ Miguel Carbonell y Enrique Ochoa Reza, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?* (México DF: Porrúa, 2015), 118.

⁷ CRE [2008], tít. IV, “Participación y organización del poder”, cap. cuarto, “Función judicial y justicia indígena”, art. 169. ([Quito]: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017): 131.

Orgánico General de Procesos, vigente desde el 23 de mayo de 2016, en el que se adopta la oralidad a través del modelo de proceso por audiencias.

Uno de los más importantes estudiosos y promotores de la oralidad, Giuseppe Chiovenda, proponía tal modelo resumido⁸ así:

- a) Predominio de la palabra hablada, salvo los escritos de preparación y documentación del pleito.
- b) Inmediación entre el juzgador y las personas cuyas declaraciones aquel tiene que valorar.
- c) Identidad de las personas físicas que constituyen el tribunal durante todo el juicio.
- d) Concentración de la sustanciación de la causa en un período único, audiencia única o menor número posible de audiencias próximas.
- e) Inimpugnabilidad autónoma de las interlocutorias.

Chiovenda⁹ consideraba que el proceso oral no es aquel que se desarrolla enteramente por medio de expresiones orales, sino aquel en el que predomina esta forma de manifestación frente a la forma escrita. Es más, para Chiovenda no existían los procesos puros, sean orales o escritos, como tampoco concebía los llamados procesos *mixtos*, lo que justificaba diciendo que al ser todos los procesos ya en la época mixtos, debía decidirse entonces si primaba en ellos la oralidad o la escritura para encontrar la denominación acertada; teniendo por sentado, además, que en ningún modelo procesal cabía dejar de lado totalmente a la escritura por la certeza y precisión que esta presta.

De allí que el modelo oral deba denominarse, con mayor exactitud técnica, como un proceso predominantemente oral; o, como lo ha definido la norma procesal¹⁰ con más propiedad aún, proceso oral por audiencias, en razón de que las audiencias, dirigidas y presenciadas enteramente por el juzgador, propician un diálogo procesal en el que se desarrolla el proceso *per se*. En consecuencia, sobre el paradigma de la oralidad, el juez se erige como el protagonista¹¹ del proceso, alrededor del cual este se desarrolla de principio a fin y en cuya ausencia carece de sentido, validez y eficacia.¹²

⁸ Andrea Meroi, “Oralidad y proceso civil”, en Leonardo López Escobar, edit., *Oralidad y proceso: Una perspectiva desde Iberoamérica* (Medellín: Universidad de Medellín, 2009), 30.

⁹ Giuseppe Chiovenda, *Instituciones del derecho procesal civil*. trad. por E. Gómez Orbaneja. (México DF: Editorial Jurídica Universitaria, 2002), 478.

¹⁰ COGEP, art. 4.

¹¹ Enrique Vescovi, *Teoría general del proceso* (Bogotá: Temis, 2006), 52.

¹² COGEP, art. 6 y 81.

Rodrigo Jijón Letort¹³ anota, sobre la importancia del rol del juzgador en un proceso oral, lo siguiente: “El proceso oral requiere del juez una actitud distinta. Es necesario un magistrado activo que dirija el proceso, conduzca las audiencias con destreza, que sea firme en sus decisiones, tenga capacidad técnica para tomar resoluciones sobre la marcha, cuente con una personalidad fuerte para evitar los excesos de las partes y posea tacto y equilibrio”.

La oralidad se manifiesta en las actuaciones de más trascendencia para la sustanciación y resolución del proceso, a saber: actos y diligencias probatorias, alegatos de inicio y de cierre y el pronunciamiento de la decisión judicial; todo lo cual, debe llevarse a cabo en las respectivas audiencias a las que hubiere lugar, según los distintos tipos de procedimiento¹⁴ prescritos por el legislador en función de la naturaleza de la acción.

Es por ello que se resaltó en líneas previas que el modelo oral propicia el diálogo procesal *sin intermediarios*, lo que permite al juez conocer directamente tanto a las partes, como al objeto del proceso. Así, el juez adquiere dominio sobre la problemática y autoridad sobre la causa, por lo tanto, es el único suficientemente calificado para dictar una resolución justa y eficaz, precisamente con base en lo que ha percibido –cara a cara¹⁵– de su contacto con las partes.

Para consolidar todo lo anotado, Franz Klein apuntaba a un modelo de proceso por audiencias como la fórmula que logra conjugar eficazmente los principios ante mencionados, a la vez que permite llevar a cabo una transformación profunda en el sistema de administración de justicia. Ello hace necesario profundizar en Klein y su obra, la Ordenanza Austriaca de 1895.

A decir de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo,¹⁶ el modelo austriaco debió su éxito a la habilidad de Klein para descubrir en qué puntos del proceso se afincaban los principales problemas a erradicar, siendo estos: la promoción de incidentes, la interposición de recursos y la existencia de etapas muertas.

¹³ Rodrigo Jijón Letort, *Apuntes sobre la oralidad en el proceso civil ecuatoriano* (Quito: Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, 1995), 46.

¹⁴ Según los art. 294 y 297 del COGEP el procedimiento ordinario debe tener dos audiencias, una preliminar y otra de juicio; en tanto que los procesos de tipo sumario, ejecutivo y monitorio tienen una sola audiencia dividida en dos fases, según los art. 332, num. 4; y los art. 335 y 354.

¹⁵ Augusto Morello, *El proceso civil moderno* (La Plata: Librería Editora Platense, 2001), 197.

¹⁶ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)* (México DF: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992), 19.

Para cada una de tales problemáticas, Klein propuso¹⁷ acertadamente, en su proyecto de código de procedimiento civil, las debidas soluciones, así: una audiencia preliminar o de saneamiento; condicionamientos para la procedencia de recursos, y la implementación de audiencias, respectivamente.

Para Roberto Omar Berizonce¹⁸ la implementación de un modelo procesal por audiencias tiene, además, su razón de ser en la necesidad de agilizar la marcha y acortar la duración del proceso, lo que se logra a través de la aplicación del principio de la concentración, que comprende la práctica y evacuación de la mayor cantidad de actos procesales en un mismo momento.

Con el fin de acercar a la cultura jurídica iberoamericana tal propuesta de proceso por audiencias, el Instituto de Derecho Procesal de Iberoamérica ideó un proyecto modelo de código de procedimiento civil, que fue discutido en las XI Jornadas de 1988 de Río de Janeiro. Los profesores Gelsi, Torello y Véscovi advertían, en la exposición de motivos de aquel proyecto modelo, que:

Además el proceso oral (por audiencia), como se plantea, es el único que permite el efectivo acceso a la justicia, que hoy se reclama insistentemente para el cumplimiento del fin social de dicho proceso. En especial el acceso de aquellos que por su condición económica y cultural no están en condiciones de afrontar costos, los formalismos, y la duración excesiva de un proceso “escrito”. Buscamos de esta manera revertir el sistema actual de proceso escrito en Iberoamérica, “desesperadamente escrito” como lo calificara Couture, lento, pesado, burocrático, alejado de la realidad.

Véscovi, por su cuenta, describe el proceso por audiencias diciendo que “tiene[n], en general, una fase de proposición escrita, una o dos audiencias orales (prueba y debate; a veces, inclusive la sentencia dictada al final de la última) y luego recursos de apelación o casación, también escritos. Son, por lo tanto, mixtos. Más correctamente deberíamos llamarlos procesos por audiencia”,¹⁹ tal como se señaló antes.

Por su parte, Augusto Morello²⁰ agrega que el proceso por audiencias “es una variante o modalidad del proceso oral” y que de igual forma se incluirán en él tanto actos

¹⁷ Para abundar en la obra de Franz Klein, se recomienda revisar la obra de Morello, *El proceso civil*, 289-95.

¹⁸ Roberto Omar Berizonce, “Bases y principios que informan el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica de 1988”, en Andrés de Oliva Santos y Diego Iván Palomo Vélez, coord., *Proceso civil: Hacia una justicia civil* (Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 2007), 57.

¹⁹ Véscovi, *Teoría general*, 51.

²⁰ Morello, *El proceso civil*, 200.

o fases con predominio sobre lo escrito, como audiencias en las que predominará la comunicación de forma oral.

En ello consiste, entonces, un proceso por audiencias, en el que se evidencia el predominio de la expresión oral, principalmente en la fase probatoria,²¹ y la interacción eficiente de las partes con el juez, por lo que se trata también de un proceso con sujeción a la inmediación, contradicción y concentración. A partir de lo anotado, y siguiendo a Chiovenda, se adopta la definición de proceso oral en tanto es esta la forma de expresión que predomina en las fases procesales más trascendentales del proceso por audiencias, que facilitan también la inmediación y la concentración, en definitiva.

Así, a más de la inmediación, se pone de relieve que, como principio de concurrencia necesaria para la realización de la oralidad, se requiere también a la concentración, cuya trascendencia en el modelo de proceso por audiencias radica, según explica Juan Gabriel Rojas López,²² en que:

es fundamental que este se ventile en el menor número de audiencias posibles, y de manera adicional, estas no deben estar separadas por lapsos de tiempo considerables, para evitar que debido a la acumulación de trabajo y al gran número de asuntos manejados por los jueces, las impresiones y percepciones de todo cuanto ocurra en las audiencias –valor agregado del sistema– se desvanezca, haciendo nugatorio el esperado aporte de la oralidad para la consecución de una pronta y cumplida justicia.

No obstante, la oralidad no está exenta de críticas por parte de doctrinarios más escépticos que resaltan principalmente el alto costo burocrático²³ que demandaría un sistema oral y la premura con la que los juzgadores deben emitir su fallo.²⁴ Al respecto, debe enfatizarse que la finalidad perseguida por el modelo de proceso por audiencias, puede verse intrincada, ciertamente, dado lo previsto en el artículo 93²⁵ del COGEP sobre la referida premura.

²¹ Cappelletti, *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*, 42.

²² Juan Gabriel Rojas López, “Los principios de la oralidad procesal”, en Escobar, edit., *Oralidad y proceso*, 85.

²³ Jordi Nieva Fenoll, “Los problemas de la oralidad” en la obra del mismo autor *Jurisdicción y proceso, Estudios de Ciencia Jurisdiccional* (Madrid: Marcial Pons, 2009), 91. Con esta posición coincide Rodrigo Jijón Letort, para ello ver Jijón Letort, *Apuntes sobre la oralidad*, 19.

²⁴ Jijón Letort, *Apuntes sobre la oralidad*, 19. Para abundar en el tema puede leerse también a Rojas López, “Los principios de la oralidad procesal”, en López Escobar, edit. *Oralidad y proceso*, 81-89.

²⁵ COGEP, art. 93: Pronunciamiento judicial oral. 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. Al ordenar la suspensión determinará el día y la hora de reinstalación de la audiencia. La resolución escrita motivada se notificará en el término de hasta diez días. El incumplimiento del término para dictar sentencia será sancionado conforme con lo dispuesto por la ley.

Autores como Meroi²⁶ van más allá y consideran que la oralidad no es justificable en litigios relativos a cuestiones de puro derecho; a lo que agrega que aquella “puede incidir en la calidad epistemológica del conocimiento que adquiriera el juez, según el tipo de conflicto y su grado de complejidad, a partir de la simplificación, la instantaneidad, la superficialidad y alta dosis de emotividad” que aporta la oralidad.

1.1. El modelo de proceso por audiencias según el COGEP

Ahora bien, contando con los elementos analizados de forma precedente, se puede contrastar aquel modelo procesal por audiencias con el proceso adoptado por la legislación procesal ecuatoriana en el COGEP, lo que debe partir de una necesaria aproximación a la definición de proceso por audiencias, en función de lo analizado anteriormente.

Pues bien, si un proceso es un conjunto de actos ordenados y sucesivos, vale decir que un proceso por audiencias es aquel comprendido precisamente por actos predominantemente orales, que se suceden unos a otros, en un orden determinado y con un objetivo definido para cada uno, desarrollados ante un juez con la finalidad de probar de forma suficientemente fundada la procedencia de las pretensiones y excepciones planteadas por las partes procesales, con base en el cual el juez –y no otro– deberá promulgar su decisión.

En la definición aquí ensayada se ha omitido intencionalmente la mención a la forma escritural que se aplica para el inicio del proceso en razón de lo determinado en el COGEP para los actos de proposición²⁷ –que son precisamente aquellos con los que las partes se presentan al proceso y plantean sus posturas frente a la contraria– y en los que se mantiene la escritura como medio de expresión.

Adicionalmente, para tales efectos, vale tener presente lo explicado por Mauro Cappelletti²⁸ sobre la formulación de definiciones absolutistas de la oralidad, así:

El fracaso de las tentativas de poner en ejecución un concepto demasiado absoluto de oralidad, ha tornado a los estudiosos cada vez más conscientes del hecho de que la oralidad, aunque entendida como “principio” procesal, a la par de los otros principios elaborados por la doctrina procesalística (inmediación, libre convicción, principio

²⁶ Meroi, “Oralidad y proceso civil”, 40.

²⁷ COGEP, art 142, 151 y 155.

²⁸ Cappelletti, *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*, 28.

dispositivo y de justicia rogada, etc.) no tiene en sí nada de verdaderamente absoluto, de “eterno e inmutable” y por ende de siempre válido para toda sociedad y todo tipo de organización judicial.

Cappelletti, para completar su explicación, agrega también lo que no puede ser confundido con la oralidad en referencia a la simple oratoria forense o a la incorporación de una fase para debate oral en la estructura del proceso, pues las considera formas mezquinas²⁹ de oralidad procesal.

En aquella concepción sistematizada de proceso se origina el esquema de proceso por audiencias emulado por el proyecto modelo de Código Procesal para Iberoamérica³⁰ y –con varias décadas de retraso– por el legislador ecuatoriano en el COGEP, que concentra su diseño en la realización de audiencias para la sustanciación del proceso. Así, se persigue que las actuaciones y diligencias de mayor importancia en la sustanciación del proceso se efectúen dentro de tales audiencias, de forma oral, célere y concentrada ante el órgano juzgador, dando lugar al referido diálogo entre las partes, entre ellas y el juez, y entre el juez y las pruebas.

Con tales audiencias, el juez logra evacuar en un primer momento, aquellas cuestiones que tengan que ver con la procedibilidad de la causa, así:

Artículo 294.- La audiencia preliminar se desarrollará conforme con las siguientes reglas:
[...]

2. La o el juzgador resolverá sobre la validez del proceso, la determinación del objeto de la controversia, los reclamos de terceros, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso, con el fin de convalidarlo o sanarlo. La nulidad se declarará siempre que pueda influir en la decisión del proceso o provocar indefensión. Toda omisión hace responsables a las o los juzgadores que en ella han incurrido, quienes serán condenados en costas.³¹

De cualquier modo, al tener el proceso una primera audiencia en que las cuestiones preliminares, bajo la dirección del juzgador y en ejercicio del principio de inmediación, puedan ser conocidas y analizadas con la finalidad de prevenir la sustanciación de una causa inútil, se hace factible la plena realización del principio de la concentración que,

²⁹ *Ibíd.*, 28.

³⁰ Cfr. Para profundizar en el estudio del proyecto modelo de Código de Procedimiento Civil para Iberoamérica, se recomienda la lectura del texto del anteproyecto disponible en <http://iibdp.org/images/C%C3%B3digos%20Modelo/IIDP_Codigo_Procesal_Civil_Modelo_Iberoamerica.pdf>, cuya exposición de motivos fue redactada por los profesores Adolfo Gelsi, Luis Torello y Enrique Véscovi; así como del autor Roberto Omar Berizonce, “Bases y principios que informa el código modelo procesal civil para Iberoamérica de 1988”.

³¹ COGEP, art. 294.

para Chiovenda, también constituía uno de los pilares necesarios para el éxito de la oralidad.

Mediante la celebración de audiencias se evacúan diligencias procesales que en el esquema escritural requerirían de más tiempo y número de actuaciones, como ya se anotó respecto a la audiencia preliminar, según prescribe el artículo 292 y siguientes del COGEP, en la que se da oportunidad a la conciliación entre las partes; y en caso de no ser ello posible, se abre la fase de saneamiento del proceso, lo que evita el desgaste de la administración de justicia en la sustanciación de causas viciadas procesalmente, y por tanto, inútiles.

De proseguir con la causa, las partes harán su respectivo anuncio de prueba en relación precisa con el objeto de la litis y con la posibilidad de arribar a acuerdos probatorios. Todo ello en un solo momento en el que deben materializarse los principios de concentración, intermediación, celeridad y economía procesal.

Meroi³² justifica la necesidad de esta primera audiencia diciendo que, aunque con algunas variaciones insertadas por el legislador, su esquema general incluye:

1. El intento del juez de lograr una conciliación entre las partes que termine el pleito.
2. Caso contrario, la continuación de la audiencia con la resolución judicial de las excepciones procesales (cuestiones de procedibilidad) que hubiere planteado alguna de las partes respecto de la otra, o el saneamiento de irregularidades procesales advertidas por el propio juzgador.
3. La fijación del objeto del proceso, con indicación de los hechos admitidos, la precisión de aquellos controvertidos o de demostración necesaria.
4. El ofrecimiento de prueba de las partes.
5. La admisión judicial de tales pruebas, con énfasis en la justificación de su pertinencia, esto es, la conducencia de los medios probatorios según los hechos controvertidos que deban probarse.

De lo descrito anteriormente, se aprecian tres momentos procesales a desarrollarse en la primera audiencia con finalidades plenamente identificadas, es decir: la conciliación, si las partes dieran lugar a ello; la identificación y determinación del objeto de la litis; y el tratamiento de la cuestión probatoria (qué probar y cómo probarlo).

³² Meroi, "Oralidad y proceso civil", 32.

Según se explica en la exposición de motivos del proyecto modelo de Código Procesal para Iberoamérica, esta primera audiencia cumple con las funciones de sanear y abreviar el proceso, dado que al atender cuestiones preliminares distintas al fondo *per se*, se evita que el juzgador resuelva –recién en sentencia– sobre nulidades o falta de presupuestos procesales.

Y en efecto, se verifica que aquella primera audiencia no es otra cosa que la oportunidad para la depuración de las cuestiones que puedan ser resarcidas como requisito *sine quanon* para la continuación del proceso o que, por el contrario, alerten sobre una causa de anulabilidad del proceso en el evento de no ser ello corregido; incluso, al dar oportunidad para la conciliación, bien puede terminarse el proceso si las partes alcanzaren una fórmula de solución, lo que se debe sin duda al contacto directo que se propicia con esta diligencia.

Sobre la importancia de la asistencia personal de las partes a la audiencia, Pereira Campos³³ resalta que: “La comparecencia personal es esencial para asegurar el contacto directo del juez con las partes sustanciales, verdaderos interesados en la cuestión litigiosa”, con lo que el autor justifica también la sanción que impone el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, emulada en el art. 87³⁴ del COGEP, para las partes procesales que inasistieren a ella.

Pero el proceso no finaliza con aquella primera audiencia, ya que debe discutirse aún sobre su parte medular, para lo cual habrá lugar en una segunda audiencia en la que se practicarán las diligencias probatorias igualmente bajo el amparo de los principios de inmediación y de contradicción, misma que el art. 297³⁵ del COGEP denomina audiencia de juicio.

En la audiencia de juicio, según el COGEP, se evacúan las diligencias probatorias ya anunciadas en la audiencia preliminar, ya sea recepción de testimonios, presentación de peritajes, exhibiciones documentales, entre otras admisibles y pertinentes para el caso;

³³ Santiago Pereira Campos, “El principio de inmediación en el proceso por audiencias: Mecanismos legales para garantizar su efectividad”, *Revista Internauta de práctica jurídica*, No. 11 (2002), <<http://desa1.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1907/Principiodeinmediacionenlasaudiencias.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, consulta: 26-06-2017.

³⁴ COGEP, art. 87.- Efectos de la falta de comparecencia a las audiencias.- En caso de inasistencia de las partes se procederá de acuerdo a 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...

³⁵ COGEP, art. 297: La audiencia de juicio se realizará dentro del término máximo de treinta días contados, a partir de la culminación de la audiencia preliminar, conforme a las siguientes reglas...

y concluye con los alegatos de las partes para dar paso a la resolución judicial. Igualmente, todo ello se efectúa en una sola diligencia, con la presencia de partes procesales y el juzgador, quien percibe en primera persona las impresiones respecto de la prueba, con el fin de adoptar una decisión sin interpretaciones ajenas o interferencias de los intermediarios.

Como se evidencia, el diseño de proceso por audiencias contenido en el COGEP se acerca a los ideales descritos por la doctrina, pero además refleja que la oralidad no relega de forma absoluta a la escritura; en el modelo procesal ecuatoriano las constancias escritas se conservan, aunque únicamente para los actos de proposición,³⁶ la notificación³⁷ de las providencias jurisdiccionales y la fundamentación de los actos de impugnación,³⁸ por cuanto ello requiere quedar sentado con precisión y exactitud.³⁹

Al respecto, vale anotar que la escritura es valiosa –según explica Chiovenda–⁴⁰ en tanto permite preparar adecuadamente, con la cautela debida, la sustanciación de la causa y, adicionalmente, para el registro de las actuaciones desarrolladas en audiencia con la finalidad de ser revisadas posteriormente, tanto por el juez para la toma de su decisión, como por las instancias superiores para la revisión de esta. Es más, se afirma⁴¹ que no existe un proceso puro y absolutamente oral, salvo el proceso que se sustancia ante el centenario Tribunal de las Aguas de Valencia.⁴²

Este es el punto propicio para advertir que, de conformidad con el COGEP, las causas que correspondan al trámite ordinario⁴³ son las únicas que comprenderán propiamente las dos audiencias antes señaladas ya que, para los procedimientos restantes, el legislador ha previsto una sola audiencia que abarca las dos fases:⁴⁴ de saneamiento y de juicio.

³⁶ COGEP, art. 142, 151 y 155.

³⁷ COGEP, art. 65, art. 67 y 93.

³⁸ COGEP, art. 257, art. 267 y 280.

³⁹ José Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil* (México DF: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1990), 149. Para contrastar esta posición, se recomienda ver la obra de Carbonell y Ochoa Reza *¿Qué son y para qué sirven...?*, 118.

⁴⁰ Chiovenda, *Instituciones del derecho*, 479.

⁴¹ Vescovi, *Teoría general*, 51.

⁴² Para profundizar en los modelos procesales de oralidad pura, se recomienda la lectura de Víctor Fairén Guillén, “Breve examen del tribunal de las aguas de Valencia y de su proceso”, *Arbor* 175, No. 691 (julio de 2003). <<http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/viewArticle/701>>, consulta: 19-06-2017.

⁴³ COGEP, art. 292 y 297 sobre la audiencia preliminar y la audiencia de juicio en el procedimiento ordinario.

⁴⁴ COGEP, art. 332, num. 4 sobre la audiencia única en procedimiento sumario; 335 sobre audiencia única en procesos voluntarios; 354 sobre audiencia única en procedimiento ejecutivo.

En aquel aspecto se evidencia una importante diferenciación entre el proceso por audiencias adoptado en el COGEP y aquel idealmente descrito y analizado de forma abundante por la doctrina y que podría constituirse en una grave vulneración al derecho al debido proceso, concretamente en lo relativo al derecho a la defensa en cuanto ello implica “contar con el tiempo y con los medios adecuados para su preparación”.⁴⁵

Para entender aquello, debe ponerse de relieve que la segunda audiencia se encuentra reservada, según el esquema planteado doctrinariamente, para la práctica de las diligencias probatorias, según hayan sido admitidas y fijadas en la primera audiencia. A partir de ella, las partes gozan del mismo tiempo y condiciones para preparar la correcta producción de tales pruebas según sea más conveniente para los intereses que defienden; pero si la parte demandada comparece a dicha primera audiencia, en la que ya debe contar con los medios probatorios a su favor y, además, haberlos preparado adecuadamente para su presentación –como es el caso de pruebas testimoniales– se denota entonces claramente una diferencia de condiciones y de tiempo para preparar su defensa, en comparación con la parte actora⁴⁶.

Ello se verifica fácilmente si consideramos que el actor ha preparado su demanda y sus pruebas con mayor antelación y, vale decir, detenimiento que el demandado, a quien se le estaría otorgando únicamente el lapso comprendido entre la citación y la contestación a la demanda, momento éste en que se anuncian los medios probatorios de conformidad con lo establecido en el art. 152 del COGEP.

Por el contrario, al separar las fases de saneamiento del proceso y de juicio propiamente en dos audiencias, a celebrarse en días distintos y solo una vez que las partes hayan determinado en la primera los medios probatorios a practicar, y en consecuencia, los que debe preparar para su reproducción en la etapa de juicio, se materializa la garantía del debido proceso antes mencionada, contenida en el art. 76, num. 7, lit. b) de la CRE.

⁴⁵ CRE [2008], tít. II, “Derechos”, cap. Octavo “Derechos de protección”, art. 76, num. 7, lit. b).

⁴⁶ Otro caso de diferencia de condiciones de las partes procesales y afectación al derecho a la defensa que se puede encontrar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es el procedimiento establecido en el art. 35 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y el Reconcimiento del Trabajo en el Hogar (en ROS, No. 483 de 20 de abril de 2015) para la acción por despido ineficaz, implementado para la protección de la mujer trabajadora en estado de gestación o maternidad, según el cual el empleador demandado debe contestar la demanda y anunciar las pruebas en el plazo de 48 horas contadas desde la citación.

1.2. La oralidad frente al principio de inmediación

Para la dirección y sustanciación del proceso, la norma procesal prescribe la aplicación de principios procesales elementales para la realización de la oralidad, por ser aquellos que se encuentran realizados transversalmente en cada una de las actuaciones y a lo largo de todo el proceso.

En este punto y, para los fines de la presente investigación, es necesario distinguir plenamente la naturaleza de la oralidad y de la inmediación, para lo cual vale considerar la explicación que, al respecto, ofrece Juan Montero Aroca,⁴⁷ así:

Realmente la oralidad, con sus consecuencias la concentración y la inmediación, no llega a constituir un verdadero principio del proceso, pues no pasa de ser una regla técnica de conformación de la forma de los actos, esto es, del procedimiento, y como tal debe ser considerada.

El mismo criterio lo comparte Andrea Meroi,⁴⁸ que refiere: “Sin elevarlo a la categoría de principio –línea directriz sin la cual no existe proceso, pues cabe concebir procesos escritos– el derecho procesal ha consolidado una preferencia axiológica de la oralidad por sobre la escritura como método de enjuiciamiento”.

Se torna también pertinente establecer una distinción entre formas y principios procesales. Para identificar de forma efectiva a un principio procesal, vale considerar el test propuesto por Carlos Adolfo Prieto Monroy,⁴⁹ así:

El test del principio. Dicho lo anterior, sometamos la oralidad a un test para efectos de determinar si efectivamente se trata de un principio, o si es una regla técnica. Traigamos a colación las características que hace un rato exponíamos como propias del principio:

- a) Constituir la naturaleza del ser del que se predica [...]. La oralidad como tal no determina la naturaleza del proceso judicial laboral, así como la determina del proceso judicial en términos generales. La actividad judicial que es el proceso, no deja de serlo por ser oral o escrita.
- b) Ser un criterio integrador de la disciplina que fundamenta. La oralidad no se constituye como un criterio integrador del derecho procesal laboral, se trata, como ya se dijo, de una forma de sustanciación procesal, que puede, y de hecho se hace, ser modificada conforme con las necesidades de un momento histórico.
- c) Tener un carácter general, de lo que se sigue que no admite excepciones ni en su aplicación ni en su interpretación.

⁴⁷ Juan Montero Aroca, “La oralidad en el modelo garantista del proceso civil”, en Andrés de Oliva Santos y Palomo Vélez, coord., *Proceso civil*, 257.

⁴⁸ Meroi, “Oralidad y proceso civil”, 27.

⁴⁹ Prieto Monroy, *El constitucionalismo contemporáneo*, 476.

- d) Ser un criterio vinculante, poseer fuerza normativa en tanto se trata de un criterio ordenador. Por tratarse de una forma de sustanciación, eminentemente formal, no tiene un carácter vinculante.
- e) No ser un juicio de valor, por cuanto su contenido es ontológico necesario y no accidental [...] es accidental en relación con el *Onthos* del proceso en sí, y del procedimiento en general.
- f) Constituir un criterio diferenciador, en la medida en que encarna la diferencia específica entre el “ser” que sustenta y otros.

A decir de Prieto Monroy, el principio cumple dos funciones dentro del ordenamiento jurídico: “una axiológica, como dirección hacia la realización de la dignidad humana cual fundamento esencial de cualquier construcción jurídica; y una lógica, como criterio ordenador del régimen legal positivo”,⁵⁰ lo que se dilucida de forma clara de la aplicación del test de principio propuesto por el prenombrado autor sobre la oralidad,⁵¹ dejando en evidencia que ella no constituye un principio del proceso.

De allí que se considere válido y pertinente poner de relieve el citado ejercicio teórico del test de principio, a más de destacarlo por la aplicación de parámetros sólidos e indispensables para determinar la estructura esencial de un principio jurídico.

Precisamente por ello, es menester también aplicar el test respecto a la inmediación, para determinar su naturaleza jurídica a partir de los sólidos elementos teóricos aportados por Prieto Monroy, así:

- a) Constituir la naturaleza del ser del que se predica: En virtud de la advertencia consagrada en el art. 81⁵² del COGEP sobre la nulidad de la audiencia que se desarrollare sin la presencia del juzgador, debe entenderse que sin intermediación no existe proceso.

⁵⁰ *Ibíd.* 471.

⁵¹ Debe aclararse que, si bien Prieto Monroy desarrolla el test para verificar la oralidad aplicada al proceso laboral, no se advierten razones técnico-jurídicas de fondo para considerar que ello no puede ser considerado respecto al proceso en general, tanto más si el COGEP establece el modelo procesal por audiencias para todas las materias.

⁵² COGEP, art. 81.- Presencia ininterrumpida de la o del juzgador en las audiencias.- La o el juzgador que inicie una audiencia debe dirigirla y permanecer en ella. Su ausencia injustificada dará lugar a la nulidad no subsanable de la diligencia. Las audiencias se desarrollarán en forma continua hasta su conclusión. La audiencia podrá reiniciarse con una o un juzgador distinto al que inició la diligencia, cuando se demuestre la existencia de caso fortuito o fuerza mayor.

- b) Ser un criterio integrador de la disciplina que fundamenta: De conformidad con el mandato constitucional contenido en los art. 75⁵³ y 169,⁵⁴ la inmediación constituye un elemento primordial de la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, debe ser un principio rector del proceso y encontrarse presente de forma transversal a través del ordenamiento jurídico procesal.
- c) Tener un carácter general: Ciertamente, al encontrarse plasmado el principio de la inmediación procesal desde la Norma Fundamental, que constituye el pilar del ordenamiento jurídico y, más adelante, desarrollado en el COGEP como norma que regula la sustanciación de las causas en todas las materias, salvo la penal, electoral y constitucional, puede asegurarse que se trata entonces de un mandato procesal de carácter general, sin perjuicio de que en las materias especificadas anteriormente también se aplique el principio de inmediación.
- d) Ser un criterio vinculante, poseer fuerza normativa en tanto se trata de un criterio ordenador: Como consecuencia directa de la adopción del modelo de proceso por audiencias, la inmediación debe estar comprendida intrínsecamente en todas las fases e instancias procesales, a más de ser ello un mandato constitucional y procesal ineludible, so pena de nulidad del proceso.
- e) No ser un juicio de valor, por cuanto su contenido es ontológico necesario y no accidental: Dada la estrecha relación de interdependencia entre oralidad e inmediación, lo que se evidencia de forma clara en el modelo de proceso por audiencias, se pone de relieve que la inmediación no constituye un elemento accidental ni referencial respecto del proceso, es por el contrario un elemento integrante y necesario para su desarrollo y eficacia, sin el cual no se concibe válido dentro del marco jurídico procesal ecuatoriano.
- f) Constituir un criterio diferenciador, en la medida en que encarna la diferencia específica entre el “ser” que sustenta y otros: Para distinguir entre el modelo de proceso por audiencias, entiéndase por ello, el sistema de la oralidad

⁵³ CRE, art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

⁵⁴ CRE, art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

procesal para efectos del presente ejercicio, sin duda alguna se recurre a la inmediación como criterio diferenciador e identificador de tal carácter, alejándolo de otros modelos procesales ajenos al adoptado en el COGEP.

En ese contexto, la escritura y la oralidad deben considerarse únicamente formas procesales por las que el legislador puede optar –tal como sucedió en la formación del COGEP– para la sustanciación de las causas judiciales, es decir, la oralidad no es un principio procesal *per se*, en tanto que la inmediación sí constituye un principio jurídico-procesal de necesaria realización para el modelo oral.

Ahora bien, una vez determinado que se trata de un principio, vale profundizar en el significado de la inmediación que, en concreto, es concebida por Chiovenda⁵⁵ como la relación directa del juez con la práctica de las pruebas y el objeto del juicio de forma que pueda pronunciar su sentencia con base en su propia impresión inmediata y no en referencias de los funcionarios judiciales, que operan como intermediarios.

Cappelletti⁵⁶ entiende plenamente la relación estrecha entre oralidad e inmediación y lo explica así: “en mi opinión, en el hecho de que la oralidad significa principalmente contacto personal e inmediato del juez con las partes; y ese contacto, como se verá, no puede dejar de perder su significado principal”.

Por su parte, y en referencia a lo prescrito en la Ley de Enjuiciamiento Civil española promulgada en el año 2000, Juan Montero Aroca⁵⁷ distingue a la inmediación de la mera presencia del juez durante la diligencia o acto procesal y concluye que aquel principio se hace plausible cuando el juez que dicta sentencia es el mismo que presenció la audiencia de juicio y la práctica de las pruebas.

Ello conlleva la necesaria referencia de las diferentes concepciones de inmediación que pueden ser entendidas desde el punto de vista del juzgador, para lo cual vale extraer de la obra de Rosario Herrera Abián⁵⁸ la siguiente distinción:

- Inmediación en sentido amplio (*lato sensu*): presencia del juzgador con el fin de verificar el cumplimiento de las garantías del proceso.
- Inmediación en sentido estricto (*strictu sensu*): ubicación del juzgador en la mejor condición para conocer y valorar el objeto del proceso de forma que le

⁵⁵ Montero Aroca, “La oralidad en el modelo garantista”, 261.

⁵⁶ Cappelletti, *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*, 14.

⁵⁷ Montero Aroca, “La oralidad en el modelo garantista”, 277.

⁵⁸ Rosario Herrera Abián, *La inmediación como garantía procesal* (Granada: Comares, 2006), 4 y 7.

sea posible aplicar las reglas de la sana crítica sin interferencias o intermediarios.

- Inmediación en sentido subjetivo: el juez que dicta sentencia es el mismo que presencié la práctica de las pruebas y de los alegatos.
- Inmediación en sentido objetivo: requiere que los medios de prueba tengan una estrecha vinculación con aquellos hechos a probar.

En este punto, se torna pertinente contrastar el art. 6 del COGEP con tales clasificaciones conceptuales aportadas por Herrera Abián, para lo cual citamos el precepto en su tenor textual:

Artículo 6.- Principio de inmediación. 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.

Del examen al texto de la norma procesal ecuatoriana se aprecia que ella concibe, únicamente, la inmediación en sentido amplio, en tanto solo importa para la validez del proceso que el juez se encuentre presente de forma personal durante las diligencias o audiencias, mas no atiende a la finalidad del principio de inmediación *per se*. Ello se refuerza si, adicionalmente, se considera lo prescrito en el art. 81⁵⁹ del COGEP sobre la presencia física del juzgador, de principio a fin de la diligencia.

De otro lado, el legislador ecuatoriano dejó sentado precisamente en el art. 81 que el mismo juzgador que dio inicio a la *audiencia* debe concluirla, pero omitió precisar y más aún establecer como causa de nulidad del proceso que el juzgador que inició la *causa* debe ser el mismo que la concluya, es decir, quien presencié la práctica de las pruebas debe ser necesariamente quien dicte sentencia,⁶⁰ ello hubiere comprendido la adopción

⁵⁹ COGEP, art. 81.- “Presencia ininterrumpida de la o del juzgador en las audiencias. La o el juzgador que inicie una audiencia debe dirigirla y permanecer en ella. Su ausencia injustificada dará lugar a la nulidad no subsanable de la diligencia. Las audiencias se desarrollarán en forma continua hasta su conclusión. La audiencia podrá reiniciarse con una o un juzgador distinto al que inició la diligencia, cuando se demuestre la existencia de caso fortuito o fuerza mayor”.

⁶⁰ Aquella omisión del legislador ecuatoriano no se verifica en materia penal, puesto que se incluyó expresamente en el art. 610 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP), el principio de identidad física del juzgador, entre los principios rectores de la audiencia de juicio, según el siguiente texto: “En el juicio regirán, especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observarán los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física de la o el juzgador

de la inmediación en sentido estricto y en sentido subjetivo, las cuales comprenden la realización del principio de inmediación en su máxima expresión.

En el escenario descrito, se advierte la problemática que puede ocasionar la exigencia legal de la permanencia del juzgador en lo relativo a la audiencia, más no a lo largo de la sustanciación de la causa, considerando que por circunstancias ajenas o no a la voluntad del juez, la conformación de la judicatura o tribunal puede variar de un momento procesal a otro. Al respecto, para efectos de contar con la perspectiva organizacional del Consejo de la Judicatura sobre estas potenciales circunstancias extra procesales que pueden afectar la inmediación en momentos procesales distintos a la audiencia, se realizó una entrevista⁶¹ a la gerente de implementación del COGEP, del Consejo de la Judicatura, abogada Daniela Bolaños Cedeño.

Sobre la posibilidad de que los juzgadores que emiten sentencia no sean quienes presenciaron las audiencias respectivas, la funcionaria entrevistada explicó que “habiendo detectado este posible escenario, se trabajó de manera conjunta con la Corte Nacional de Justicia, misma que emitió la Resolución No. 18-2017⁶² de 22 de noviembre de 2017”, según la cual se torna imperativo para el juez que intervino en la diligencia oral emitir la sentencia escrita; y, adicionalmente, dispone la suspensión de términos mientras dure la ausencia temporal del juzgador, por lo que el cambio de juez pasaría a darse sólo de forma excepcional, si su ausencia fuere definitiva.

Con lo anotado se evidencia que la conformación legal de la inmediación contenida en el art. 81 del COGEP resultó ciertamente insuficiente, por lo que la Corte Nacional de Justicia debió extender los efectos de la presencia del juzgador, no solo de forma física durante la audiencia, sino hasta el momento mismo de emitir y suscribir la decisión por escrito, con lo que se intenta evitar -desde el ámbito jurisprudencial y administrativo- que la modificación en la integración de los órganos jurisdiccionales afecte a la materialización de la inmediación, aunque ello amerite sacrificar la celeridad a través de la suspensión del término establecido en el art. 93 del COGEP de diez días para la notificación de la sentencia por escrito.

y presencia obligatoria de la persona procesada y de la o el defensor público o privado, con las salvedades del juzgamiento en ausencia previstas en la Constitución.

⁶¹ Ver en Anexo II la transcripción de la entrevista realizada el 07 de marzo de 2018.

⁶² RO No. 151 de 02 de enero de 2018

Roland Arazi⁶³ entiende a la inmediación como un sistema procesal por el que “la relación del juez con las personas y cosas que interesan al proceso sea inmediata, lo más próxima posible y sin intermediarios, exigiendo por tanto que el magistrado se halle en estrecha vinculación personal con las partes y reciba sus alegaciones y aportaciones probatorias desde el principio del proceso”, de lo que se advierte que el juzgador debe involucrarse por completo con el objeto del proceso, comprender a cabalidad la esencia de la *litis* y llegar a tener el dominio sobre su objeto, lo que le permitirá adoptar una decisión debidamente motivada y legítima.

Por su parte, Enrique Véscovi⁶⁴ advierte que la inmediación es uno de los principios que debe servir, como contexto, para el estudio de la oralidad y enfatiza su importancia señalando que “supone, además, la participación del juez en el procedimiento, convirtiéndose, también, en un protagonista, lo cual lo hace intervenir directamente en su desarrollo”.

Desde una óptima más pragmática, Rodrigo Jijón Letort⁶⁵ relaciona la inmediación con la forma en que los partícipes del proceso se comunican; así, expone que “el principio de inmediación se refiere a la comunicación inmediata entre el juez y las personas que obran en el proceso; los medios que en él deban constar y los recursos de prueba que utilicen”.

Rescatando aquellas características que son comúnmente recogidas por los doctrinarios procesalistas en torno a la inmediación, es pertinente practicar una definición propia que apunte a poner de relieve a la inmediación como un principio que garantiza la cercanía del juzgador con los sujetos y objeto del proceso, tanto en los actos de proposición como en las actividades probatorias, pero siempre de forma permanente hasta la conclusión del juicio.

Con tales premisas, cabe realizar una aproximación conceptual afirmando que la inmediación es un principio procesal general, que se erige como principio rector y requisito de validez de los procesos predominantemente orales o procesos por audiencias, y que exige que la causa sea conocida –desde los actos de proposición– por un mismo juzgador, quien por haber presenciado el despacho de la prueba, se encuentre dotado de elementos de convicción suficientes para dictar una sentencia motivada.

⁶³ Ronald Arazi, *Derecho procesal civil y comercial, parte general y especial* (Buenos Aires: Astrea, 1995), 150.

⁶⁴ Véscovi, *Teoría general*, 52.

⁶⁵ Jijón Letort, *Apuntes sobre la oralidad*, 16.

Para Nicolás Cabezudo Rodríguez⁶⁶ el principio de inmediación resulta ser simplemente trascendental para el proceso dado que “la convicción judicial fundada en datos percibidos directamente gozará de una fiabilidad comparativamente mayor que la obtenida por cualquier otra vía de adquisición de esas informaciones”.

Así, en definitiva, el principio de inmediación se constituye en el verdadero eje del proceso por audiencias, sin el cual la oralidad no desarrolla plenamente su propósito de ubicar al juez en la mejor posición frente al conflicto procesal.

1.3. Inmediación y su relación con los principios procesales que informan al proceso oral

Retomando la definición y análisis de los principios procesales, debe decirse que aquellos se caracterizan por comprender una pauta o criterio orientador para la conformación de las normas procesales y del sistema judicial⁶⁷. Ello adquiere aún más sentido si consideramos que, en el caso ecuatoriano, los principios que deben regir el sistema procesal-judicial se encuentran consagrados en la CRE de 2008, así:

Artículo 168: La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: [...]

6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo a los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Artículo 169: El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

A partir de los citados enunciados constitucionales, cabe poner de relieve que el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentra transversalmente influenciado por principios jurídicos, mismos que a decir de Ronald Dworkin “orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no

⁶⁶ Nicolás Cabezudo Rodríguez, “Aproximación a la teoría general sobre el principio de inmediación procesal de la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto”. En Federico Carpi y Manuel Ortells Ramos, edit., *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, vol. 2 (Valencia: Universidad de Valencia), 4, <<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp4cab.pdf>>, consulta: 23-06-2017.

⁶⁷ Ramiro Podetti J., *Derecho procesal civil, comercial y laboral: Doctrina, legislación y jurisprudencia* (Buenos Aires: Ediar, 1949), citado por Eisner, *La intermediación en el proceso*, 33.

prevalezcan”,⁶⁸ lo que se acerca más al planteamiento antes esbozado respecto de la inmediación que a aquel relativo a la oralidad.

Oswaldo Gozaíni,⁶⁹ por su parte, diferencia entre principios y reglas procesales diciendo que los primeros “son imperativos que guían el procedimiento de jueces y abogados”, en tanto que las reglas sirven “para ordenar el debate dialéctico entre las partes”; de igual forma, Eisner⁷⁰ sostiene que la inmediación “se trata de un principio porque se trata precisamente de una pauta o criterio orientador que procura conformar las normas procesales y de organización judicial de modo tal que obtenga las finalidades que persigue”.

Acorde con tales explicaciones en el caso ecuatoriano se denotan aquellas pautas o criterios orientadores en la Norma Fundamental, a manera de imposición del constituyente del año 2008 para lograr, adicionalmente, la transformación del sistema de administración de justicia.

En ello encontramos plenamente el sustento para ratificar que la inmediación se trata de un principio procesal mientras que la oralidad o la escritura son formas o reglas, pero no los únicos a considerar para la formación de un proceso oral, vale decir, de un proceso por audiencias, aunque sí el pilar sobre el cual este se sostiene, como lo afirma Santiago Pereira Campos⁷¹ al analizar el modelo de Código Procesal Civil para Iberoamérica, así: “El principio de inmediación, por su interdependencia con los demás principios, es a nuestro juicio, el pilar esencial de la reforma”.

Para ubicar en contexto y llegar al pleno entendimiento de la conjugación de principios procesales que exige la oralidad, se precisa retomar la lectura de Chiovenda, quien ya desde el año 1906 hacía énfasis en el concurso de los principios de la inmediación y la concentración, como el fundamento de los modelos procesales predominantemente orales. Así, para Chiovenda,⁷² oralidad es sinónimo de concentración, en tanto que la inmediación es la esencia misma del proceso oral.

⁶⁸ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1995), 89.

⁶⁹ Oswaldo Gozaíni, “El corrimiento de los principios hacia las garantías y reglas procesales”, en Juan Pablo Pampillo y Manuel Alejandro Munive coord., *Derecho procesal civil y mercantil* (México DF: Porrúa, 2012), 75 y 76.

⁷⁰ Isidoro Eisner, *La inmediación en el proceso* (Buenos Aires: Depalma, 1963), 33.

⁷¹ Pereira Campos, “El principio de inmediación”.

⁷² Chiovenda, *Instituciones del derecho*, 480.

No obstante, Véscovi,⁷³ Jijón Letort,⁷⁴ Montero Aroca,⁷⁵ Eisner⁷⁶ y el propio Chioventa⁷⁷ coinciden en que el proceso por audiencias se cimienta también sobre las bases de la concentración y la publicidad, aunque bien cabe anotar que otros principios como la economía procesal y la celeridad pueden categorizarse como una suerte de principios secundarios, pero igualmente coadyuvantes para lograr el éxito del modelo de proceso oral.

La referida categorización comprende, entonces, principios de ineludible aplicación como lo son aquellos enumerados en primer lugar, dado que, sin su confluencia en el proceso este dejaría de serlo, se desnaturalizaría y perdería su eficacia y sentido.

En tanto que, los principios secundarios son de realización consecuente respecto de los primeros porque se verifican precisamente a partir de tal confluencia. Así, de la aplicación de la inmediación, de la concentración y de la publicidad, se advierte el valor que aporta la oralidad al desarrollo de la causa por cuanto, como consecuencia directa de ello, se obtiene la plena observancia de las garantías del debido proceso, procesos con jueces imparciales, sin trabas u obstáculos que impidan el avance expedito de una fase procesal a la siguiente, hasta su conclusión con decisiones judiciales motivadas.

Juan Montero Aroca⁷⁸ explica, con referencia a Alcalá-Zamora y Castillo, al respecto de la relevancia de los principios de concentración y publicidad para los procesos por audiencias, que: “Decir oralidad es también decir concentración, y lo es tanto que se ha sostenido que lo que caracteriza a un procedimiento oral es más la concentración que la mera oralidad de los actos procesales” y agrega también que “la concentración supone que los actos procesales deben desarrollarse en una sola audiencia, o en todo caso en unas pocas audiencias próximas temporalmente entre sí”.

De otro lado, sobre el aporte de la publicidad Montero Aroca afirma que “sin oralidad no hay publicidad” y hace especial énfasis en la materialización de la publicidad entendida desde la perspectiva pública que permite “la fiscalización popular del funcionamiento de la justicia”.

Así, se colige entonces que el proceso por audiencias, a más de sustentarse en la oralidad como forma predominante de actuación de las partes ante el juzgador,

⁷³ Véscovi, *Teoría general*, 52.

⁷⁴ Jijón Letort, *Apuntes sobre la oralidad*, 13.

⁷⁵ Montero Aroca, “La oralidad en el modelo garantista”, 262, 275 y 279.

⁷⁶ Eisner, *La inmediación*, 75.

⁷⁷ Chioventa, *Instituciones del derecho*, 486.

⁷⁸ Montero Aroca, “La oralidad en el modelo garantista”, 275.

especialmente para la práctica de pruebas, debe contar primordialmente con los principios de inmediación, concentración y publicidad para lograr su propósito de brindar más celeridad y eficiencia en la tarea jurisdiccional.

Por otro lado, se evidencia la conexión entre los principios enumerados por cuanto uno no puede cumplirse plenamente sin la materialización del otro, a la vez que existe una interdependencia entre todos ellos que conlleva su verificación de forma simultánea en el proceso.

Arazi⁷⁹ resume de forma muy clara y concisa esta relación de interdependencia de principios procesales que se produce en el proceso por audiencias, diciendo que:

un proceso oral requiere de inmediación, pues al no quedar constancia de las declaraciones en actas, el juez tendrá que presidir fatalmente de la o las audiencias; de concentración, de modo tal que se reúna en una sola audiencia, o en pocas fijadas sucesivamente y próximas entre sí y con relación al momento del dictado de la sentencia, toda la prueba oral; de inmutabilidad del juez que presidirá la o las audiencias y que dictará la sentencias, pues de no mediar la identidad la prueba oral no podría considerarse.

En ello radica, precisamente, el éxito de un proceso oral por audiencias: “ser sustanciado de principio a fin por el mismo juzgador, de manera que aquel que presenció la fase probatoria sea quien dicte sentencia gracias a la cercanía con el objeto de la *litis* que cultivó en virtud de la inmediación”. Concomitantemente, el proceso oral debe efectuarse con apego a la publicidad, ya desde la perspectiva de las partes del proceso como para el público que realiza su escrutinio respecto de la labor jurisdiccional, y adicionalmente, porque la forma de comunicación oral no guarda consonancia con el secretismo ocasionado por la escritura.

Finalmente, al celebrar audiencias ante el juzgador con la presencia de las partes en litigio para evacuar la mayor cantidad de diligencias judiciales posible y con aplicación del principio de inmediación, se verifica el principio de concentración que debe cumplirse de forma obligatoria dada la valiosa oportunidad que presta la celebración de una audiencia y los recursos humanos y materiales que ello exige del aparato judicial para brindar la debida atención y tutela judicial.

A manera de conclusión, y con miras a establecer una primera premisa para el presente trabajo de investigación, debe dejarse en claro que el COGEP plantea un modelo de proceso por audiencias o proceso mixto, que exige la realización plena del principio

⁷⁹ Arazi, *Derecho procesal civil y comercial*, 152.

de inmediación, entendido como un principio general del proceso que se constituye como eje rector en la oralidad y como requisito de validez procesal, por el cual un mismo juzgador debe conocer a profundidad el proceso, de principio a fin, pero especialmente en su fase probatoria, con lo cual adquiere la convicción necesaria para formarse un criterio y promulgar una sentencia con suficiente motivación.

Capítulo Segundo: Inmediación en el Recurso de Apelación

A partir de las conclusiones elaboradas en el capítulo anterior, el segundo acápite de la presente investigación se situará en el análisis del recurso de apelación, tras estudiar y lograr un pleno entendimiento de los aspectos que lo identifican con la segunda instancia, y específicamente, cuestionando la sustanciación de aquella sin apego al principio de la inmediación, constitucionalmente prescrito como uno de los pilares del proceso por audiencias.

Para ello, se ha considerado pertinente explorar el régimen establecido en el COGEP para el desarrollo del recurso de apelación, cuando este se torna en la vía de acceso a la segunda instancia, determinándose los aciertos y falencias de su conformación legislativa y advirtiendo, en consecuencia, la necesidad de revisar tal régimen procesal.

Finalmente, se revisan las posiciones doctrinarias respecto al quebrantamiento de la inmediación en la segunda instancia del proceso, considerando las atribuciones del tribunal de apelación de revisar la sentencia de primer nivel, de practicar nuevas pruebas e incluso disponer la práctica de diligencias probatorias de oficio, y en definitiva, de realizar un nuevo juzgamiento sin haber presenciado la práctica de la prueba, lo que preocupa de forma especial en cuanto a las pruebas testimoniales y periciales.

2. El recurso de apelación y la segunda instancia

Una vez que se ha establecido que el modelo procesal acogido en el Código General de Procesos corresponde a aquellos en los que predomina la oralidad como forma de expresión, o también denominados *procesos por audiencias*, que se practican con apego a los principios de inmediación, concentración y publicidad, corresponde fijar el objeto del presente capítulo en el primero de ellos, por ser el de mayor trascendencia para el éxito del nuevo formato procesal, según quedó explicado en el primer capítulo.

Dando por sentado que la audiencia de juicio se efectúa con total garantía de inmediación al celebrarse ante el juez que dictará sentencia, corresponde examinar qué sucede en la segunda instancia si tales diligencias probatorias se practicaron anteriormente, ante el juzgador de primer nivel; razón por la cual la referida audiencia de juicio y la primera instancia del proceso no conforman el escenario en el que se encuentra la problemática que interesa.

El aspecto que preocupa de manera especial radica en la sustanciación de la segunda instancia de los procesos regulados en el COGEP, específicamente corresponde dilucidar de qué forma el tribunal de apelación arriba a su decisión sobre el caso concreto, y si en ello se aplicó efectivamente el principio de inmediación; o si, por el contrario, tal instancia se lleva adelante sin inmediación⁸⁰ considerando que la audiencia de juicio se celebra en la primera instancia.

Para el efecto, es necesario profundizar en el estudio de la segunda instancia, partiendo de su origen, sobre lo cual Chiovenda⁸¹ reseña que “con la formación de la jerarquía propia de los regímenes monárquicos, pareció cosa natural que la sentencia del funcionario subordinado fuese impugnada ante el superior, llegándose así hasta el rey, ante quien todos eran responsables”. Agrega también respecto de la relación entre la segunda instancia y el recurso de apelación que:

La apelación al juez inmediatamente superior es la manera de realizar el principio del doble grado. Pero como la apelación no es ya, según hemos dicho, la reclamación contra el juez inferior, sino simplemente el trámite para pasar de un examen de la causa a otro, la causa en el doble examen conserva su unidad; uno solo es el fallo: aquel que se dicte en grado de apelación.⁸²

En este contexto, es pertinente situar a las instituciones jurídicas de la segunda instancia y del recurso de apelación en el ordenamiento jurídico nacional, a fin de comprender sus respectivos alcances y diferencias.

El marco constitucional ecuatoriano se ha ocupado de consagrar, en el art. 76,⁸³ num. 7, lit. m), el derecho a recurrir como elemento del derecho al debido proceso, y aún más específicamente, como uno de los pilares del derecho a la defensa; tal consagración constitucional mereció ser resaltada durante las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal⁸⁴ por parte de los profesores Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Adrian Simons Pino, al advertir que la Norma Fundamental ecuatoriana “se trata de la única Constitución que no hace depender de la legislación procesal la consagración del derecho

⁸⁰ Cfr. Herrera Abián, *La intermediación como garantía*, 175.

⁸¹ Chiovenda, *Instituciones del derecho*, 298.

⁸² *Ibíd.* 299.

⁸³ CRE, art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...]. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

⁸⁴ Santiago, Chile, 26, 27 y 28 de agosto de 2010.

de los recursos incluidos los de orden civil”,⁸⁵ consecuencia de lo cual se torna mandatorio para el legislador establecer mecanismos de impugnación para todas las materias, con el fin de que un juez distinto y de rango superior a aquel que dictó la decisión pueda revisarla.

El acierto del constituyente ecuatoriano guarda consonancia con lo enseñado por Chioventa,⁸⁶ en cuanto considera que el doble grado “representa una garantía de los ciudadanos”, lo que fundamenta así:

- a) En cuanto que un juicio reiterado, hace por sí, posible la corrección de los errores;
- b) Acerca de que los dos juicios se confían a juicios distintos,
- c) En cuanto que el segundo juez aparece con más autoridad que el primero (el pretor, respecto del conciliador); el tribunal, en referencia al pretor; el tribunal de apelación respecto del tribunal de primera instancia.

En observancia al mandato constitucional contenido en el art. 76, num. 7, lit. m) relativo al derecho a recurrir como componente del derecho a la defensa y del debido proceso, la Corte Constitucional del Ecuador ha implantado el recurso de apelación en procesos en los que el legislador no lo había previsto, como es el caso del juicio por cobro de honorarios profesionales de abogados, a través de la sentencia No. 246-12-SEP-CC⁸⁷ dictada en la acción extraordinaria de protección No. 0402-10-EP; y más recientemente, en el proceso de juzgamiento por comercialización ilegal de mercancías, según la sentencia No. 004-17-SEP-CC⁸⁸ dictada dentro de la acción extraordinaria de protección No. 0611-13-EP.

En lo relativo a la falta de recurso de apelación en el juicio de honorarios profesionales de abogados, la Corte Constitucional para el período de transición sostuvo que:

Por tal razón, en aplicación del principio de Supremacía de la Constitución y del orden jerárquico de aplicación de las normas, dispuestos en los art. 424 y 425 de la Norma Fundamental, en concordancia con el deber de los servidores judiciales de aplicar directa

⁸⁵ Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Adrian Simons Pino, “Los recursos en el proceso civil. Una mirada desde Iberoamérica”. En Raúl Tavorari Oliveros, coord., *Derecho procesal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (Santiago: Puntolex, 2010), 689.

⁸⁶ Chioventa, *Instituciones del derecho*, 574.

⁸⁷ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia No. 246-12-SEP-CC], 24 de julio de 2012. *ROS*, No. 797 de 26 de septiembre de 2012.

⁸⁸ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia No. 004-17-SEP-CC], 11 de enero de 2017. *RO*, Edición Constitucional No. 7 de 2 de mayo de 2017.

e inmediatamente los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, de acuerdo a los art. 11, num. 3 y art. 426 de la Constitución, y la prohibición de que ninguna norma jurídica restrinja el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, contenido en el art. 11, num. 4 de la Norma Suprema, esta Corte Constitucional considera que en el caso concreto, la disposición legal que se analiza, esto es, el segundo inciso del art. 847 del Código de Procedimiento Civil, impide a la actora la presentación de un recurso de apelación del juicio de honorarios que planteó en la vía verbal sumaria y dentro del cual se discuten derechos; por lo que, de conformidad con las concepciones y precedentes analizados anteriormente, dicha norma le obstaculiza el derecho a obtener una revisión por parte de otro juez de la resolución que presuntamente le afecta, vulnerando de esta manera el debido proceso y específicamente el adecuado ejercicio de su derecho a la defensa y de su derecho a la doble instancia.

En este sentido, se advierte que la Corte Constitucional identificó dentro del proceso judicial en mención, regulado por el Código de Procedimiento Civil, la vulneración al derecho a recurrir, de conformidad con la configuración legal de tal juicio, lo que debía ser rectificado a fin de adecuarlo a las garantías del debido proceso establecidas en el art. 76, num. 7 de la CRE, específicamente en el lit. m), en tanto el derecho a la revisión de un fallo judicial debe prevalecer por sobre el diseño legislativo y por sobre la aplicación legalista de las normas por parte de los juzgadores.

Asimismo, en el caso relativo al proceso para el juzgamiento de la contravención de comercialización ilegal de mercancías, el organismo constitucional determinó:

En el presente caso, la negativa del ejercicio de un derecho por parte de la doctora Paola Dávila López, en calidad de jueza del Juzgado de Contravenciones Especializado en el Combate Contra la Comercialización Ilegal de Mercancías del Guayas, fue respecto de la potestad del legitimado activo de recurrir el fallo o resolución en el procedimiento en donde se decidía sobre su derecho de propiedad.

Lo que derivó en el impedimento, que tenga lugar una nueva revisión por parte de otra autoridad jurisdiccional de todo lo actuado, atendido, resuelto y en consecuencia que se realice una valoración correspondiente a si existió una debida o indebida interpretación y aplicación de las prescripciones normativas reglamentarias correspondientes.

Vale también traer a colación decisiones constitucionales en las que la Corte Constitucional *prima facie* parecería inclinarse por conservar la configuración legal del derecho al recurso de apelación, como por ejemplo en la sentencia No. 017-10-SCN-CC⁸⁹ dictada dentro de la consulta de constitucionalidad de norma No. 0016-10-CN, así como

⁸⁹ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia No. 017-10-SCN-CC], 05 de agosto de 2010. ROS, No. 272 de 06 de septiembre de 2010.

en la No. 125-15-SEP-CC⁹⁰ dictada dentro de las acciones extraordinarias de protección acumuladas No. 1279-11-EP y No. 1280-11-EP.

En el primer escenario anotado, la Corte Constitucional atiende la consulta planteada por los jueces de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del art. 498 del Código de Procedimiento Civil, que establecía que la resolución que se adoptare en torno al incidente de tercería excluyente dentro de un juicio ejecutivo, al momento de ordenarse el secuestro de bienes muebles, causaría ejecutoría; es decir, no admitía recurso de apelación.

En aquella decisión constitucional se establece que “el principio de la doble instancia no tiene carácter absoluto en el sentido de que necesariamente toda sentencia o cualquier otra providencia judicial sea susceptible de ser apelada o consultada”, premisa de la que parte el análisis de la Corte Constitucional respecto de la naturaleza del proceso -juicio ejecutivo- en el que el legislador ejerció su libertad de configurar el derecho a recurrir desde la dimensión legal, y sin embargo, no infringe el derecho constitucional, lo que se explica así:

el derecho a recurrir las resoluciones judiciales en un proceso ejecutivo no se encuentra prohibido, sin embargo, se encuentra limitado en atención a la naturaleza de dicho juicio y al principio de celeridad en la administración de justicia.

Con lo mencionado, es sencillo colegir que en ningún momento se ha dejado a la tercerista en indefensión o se le ha privado de sus derechos constitucionales, razón por la cual, el procedimiento seguido en el juicio ejecutivo materia de nuestro estudio no contraría norma constitucional alguna; más aún, tomando en cuenta que la resolución dictada por el Juez Primero de lo Civil de Tungurahua, por medio del cual rechaza el reclamo de tercero perjudicado no es definitivo, puesto que el presunto propietario puede impugnar en la vía ordinaria el reconocimiento de los derechos...

En tanto que en la sentencia No. 124-15-SEP-CC, la Corte Constitucional se pronuncia en el marco de un juicio de nulidad de laudo arbitral, en el que los jueces de segunda instancia niegan los recursos de casación interpuestos por las partes litigantes en razón de haber considerado erróneamente que se impugnaba el laudo arbitral *per se*. Vale agregar que las acciones extraordinarias de protección resueltas en la sentencia mencionada alegaban la vulneración del derecho a la defensa, por lo que el análisis

⁹⁰ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia No. 124-15-SEP-CC], 22 de abril de 2015. ROS, No. 516 de 05 de junio de 2015.

constitucional radica en aquel derecho, más no en el derecho a recurrir propiamente; en tal sentido, el pronunciamiento se dio así:

a criterio de la Corte Constitucional, los autos expedidos el 26 de abril, 30 de mayo y 06 de junio de 2011, han denegado injustificadamente los recursos de casación solicitados por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y la Procuraduría General del Estado más aún cuando las partes intentaron activar el recurso de hecho o recurso de queja para que tal petitorio sea atendido...

Por todas estas consideraciones, la Corte Constitucional ha llegado a la conclusión de que los jueces provinciales negaron de modo reiterado, irrazonable e injustificado los recursos de casación a través de la expedición de las providencias del 26 de abril, 30 de mayo y 06 de junio de 2011, restringiendo así el derecho de las partes a la garantía de hacer valer sus derechos ante el órgano de casación...

De lo anotado, trasciende el interés de la Corte Constitucional en poner de relieve el derecho a recurrir, entendido como una segunda oportunidad de juzgamiento que permite la revisión por parte de un juzgador de mayor jerarquía de la decisión adoptada en la primera instancia; así como también se profundiza en el alcance de tal revisión puesto que ella se enfocaría no solo a la actuación y decisión de un órgano judicial inferior, sino también a la debida aplicación e interpretación de las normas.

Desde la perspectiva contraria, Montero Aroca y Flors Matíes⁹¹ consideran que el derecho a recurrir debe ser interpretado en un sentido mucho más restrictivo, en tanto los recursos y su admisibilidad se encuentran prescritos en la ley, por lo que su criterio se torna mucho menos garantista que el antes anotado, y más bien conservan una esencia legalista al manifestar:

El primero de los preceptos que la LEC dedica a los recursos (art. 448) se acompaña de una rúbrica alusiva al derecho a recurrir, y al delimitar, en la redacción del mismo, su posible contenido, se refleja en él la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional acerca de la naturaleza de tal derecho en el ámbito procesal civil, de lo que se deriva la consecuencia de que no existe propiamente un derecho al recurso en cuanto tal, sino un derecho a interponer los recursos previstos en la ley.

Tal óptica de análisis ciertamente refleja resistencia frente a la ampliación del derecho a recurrir hacia el espectro supra legal, y siendo que ello es ajeno al paradigma constitucional ecuatoriano debe descartarse cualquier opinión doctrinaria según la cual

⁹¹ Juan Montero Aroca y José Flors Matíes, *Tratado de recursos en el proceso civil* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), 38.

los derechos de los litigantes dentro del proceso se vean limitados o condicionados únicamente a las prescripciones normativas infraconstitucionales.

Ya en el ámbito procesal, el Código General de Procesos ecuatoriano, formulado y promulgado de forma posterior a la CRE de 2008, en el desarrollo de su libro tercero título IV, establece al recurso de apelación como uno de los medios de impugnación; sin embargo, no se hace mención en él a la segunda instancia, lo que obliga a fijar una primera cuestión a dilucidar respecto del objeto de estudio del presente capítulo, esto es: si existe una diferencia de fondo entre el recurso de apelación y la segunda instancia.

Al respecto, Montero Aroca y Flors Matíes⁹² explican que “no es lo mismo apelación que segunda instancia”, así:

se trata de dos realidades jurídicas diferentes en tanto que la apelación es el recurso y por su medio se puede o no dar lugar a la segunda instancia, según se regule esta. Además, si la apelación puede formularse tanto contra resoluciones procesales como resoluciones de fondo, la segunda instancia solo es posible cuando se trata de estas segundas.

De esta manera en sentido jurídico estricto cuando se habla de doble grado o de doble instancia se hace referencia a un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos.

En este mismo sentido, Víctor de Santo⁹³ considera que la “existencia de diferentes grados de jurisdicción responde a fundamentos de política institucional, es decir según el criterio que sustente el legislador en cuanto a la mejor forma de obtener justicia”, lo que –según este autor– se traduce en que la doble instancia permite suponer que la “posibilidad de reducir el error humano será mayor”.

Vale traer a colación que el derogado⁹⁴ Código de Procedimiento Civil distinguía⁹⁵ entre la primera instancia y la segunda instancia del proceso en los párrafos primero y segundo respectivamente del título II del libro segundo; en tanto que el recurso de apelación se encontraba regulado por separado en el párrafo primero de la sección décima del título I del mismo libro. De esta forma implícita, se entendía que el recurso de apelación, como medio de impugnación, no conducía indefectiblemente a la formación

⁹² Montero Aroca y Flors Matíes, *Tratado de recursos*, 287.

⁹³ Víctor de Santo, *La prueba y los recursos en los procesos ordinario y sumarísimo* (Buenos Aires: Edit. Universidad, 2010), 289.

⁹⁴ Ecuador, Codificación del Código de Procedimiento Civil, en *ROS*, No. 58 (12 de julio de 2005). Derogado según la disposición derogatoria primera del Código General de Procesos.

⁹⁵ Cfr. Código de Procedimiento Civil, art. 323 y 408.

del segundo grado de juzgamiento, sino que ello dependía de la decisión judicial que se impugne.

Con ello queda plenamente entendido que, si bien el recurso de apelación es el medio de impugnación que provoca la revisión de una determinada decisión judicial por parte del órgano judicial superior, este se constituye en la vía para alcanzar el doble grado de juzgamiento si tal decisión comprende la sentencia o auto resolutorio.

En tal sentido, la primera observación que procede respecto de la regulación del recurso de apelación y la segunda instancia en el COGEP gira en torno a la dificultad para diferenciar el alcance de uno y otro⁹⁶ en razón de la omisión del legislador para tratar por separado tales instituciones, de forma que se entienda a la segunda instancia como el objeto del recurso de apelación cuando se ha impugnado la sentencia o resolución definitiva de primer nivel.⁹⁷

Las diferencias técnicas del recurso de apelación, según se interponga en contra de una sentencia de primer nivel o de otro tipo de providencia judicial, apenas puede inferirse de la lectura de los art. 256 y 259 del COGEP, que prescriben:

Artículo 256.- Procedencia. 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 interpondrá de manera oral en la respectiva audiencia.

Las sentencias adversas al sector público se elevarán en consulta a la respectiva Corte Provincial, aunque las partes no recurran, salvo las sentencias emitidas por los Jueces de lo Contencioso Administrativo y Tributario. En la consulta se procederá como en la apelación.

Artículo 259.- Resolución de la o del juzgador de primer nivel. Interpuesta la apelación, la o el juzgador la admitirá si es procedente y expresará el efecto con que la concede. A falta de expresión se entenderá que el efecto es suspensivo. Si el recurso no es admitido, la parte apelante podrá interponer el recurso de hecho.

Se advierte, entonces, de los preceptos anotados que el legislador restó importancia a los aspectos que permiten distinguir entre el recurso de apelación que permite obtener una revisión del superior sobre las actuaciones jurisdiccionales encaminadas a dirigir la causa, cuyo efecto no involucra gravamen para alguna de las partes, de aquel reproche que pueden hacer estas sobre cuestiones de fondo y de

⁹⁶ Cfr. José Garberí Llobregat, *El recurso de apelación en la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Barcelona: Bosch, 2014). 71.

⁹⁷ Chioyenda, *Instituciones del derecho*, 299.

trascendencia en tanto versan sobre la decisión principal del litigio y causan dicho gravamen para la parte perdedora de la contienda.

Ahora bien, si se profundiza en el ámbito del recurso de apelación, como vía⁹⁸ para la transición entre la primera y la segunda instancia, la doctrina distingue entre apelación plena y limitada,⁹⁹ según el legislador haya concebido a la decisión del tribunal de alzada como una *novum iudicium* o como una *revisio prioris instantiae*.

Así, si la esfera de acción del juez de segundo grado es una verdadera nueva instancia en la que se efectúa –nuevamente– la valoración probatoria y el juzgamiento respectivo, las partes están habilitadas para proponer nuevas pretensiones y pruebas, sin limitación respecto a lo que fue conocido en la instancia previa; por el contrario, si la segunda instancia se concibe como una apelación limitada, las partes no tienen permitido presentar nuevas alegaciones o proponer nuevas pruebas, salvo excepciones prescritas de forma expresa en la ley, en razón de lo cual la labor del tribunal se concibe únicamente como una revisión de la legalidad de la primera resolución.¹⁰⁰

En este último supuesto se encuentra la segunda instancia según el COGEP, lo que se infiere de la regulación del recurso de apelación contenida en los incisos segundo y tercero del art. 258,¹⁰¹ en tanto se limita la posibilidad de presentar pruebas ante el tribunal *ad quem* únicamente si se trata de acreditar hechos nuevos o sobre elementos probatorios obtenidos de forma ulterior a la sentencia apelada.

No obstante, para Montero Aroca y Flors Matíes pese a que el recurso de apelación haya sido concebido como limitado, “la función del tribunal superior no consiste únicamente en revisar lo hecho por el inferior, sino que ha de realizar un nuevo examen. Gómez Orbaneja lo explicaba muy gráficamente diciendo que el tribunal de la apelación

⁹⁸ Teresa Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal civil, proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 246.

⁹⁹ Cfr. Montero Aroca y Flors Matíes, *Tratado de recursos*, 289. Ver también, Garberí Llobregat, *El recurso de apelación*, 81.

¹⁰⁰ José Garberí Llobregat, *Derecho procesal civil, procesos declarativos y procesos de ejecución* (Barcelona: Bosch, 2014), 541.

¹⁰¹ COGEP, art. 258.- Procedimiento. Con la fundamentación se notificará a la contraparte para que la conteste en el término de diez días. En materia de niñez y adolescencia el término para contestar será de cinco días. Tanto en la fundamentación como en la contestación, las partes anunciarán la prueba que se practicará en la audiencia de segunda instancia, exclusivamente si se trata de acreditar hechos nuevos. También podrá solicitarse en las correspondientes fundamentación o contestación la práctica de prueba que, versando sobre los mismos hechos, solo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia. La apelación y la adhesión no fundamentada serán rechazadas de plano, teniéndose por no deducido el recurso.

no comprueba el resultado como se comprueba una operación matemática, sino que la hace otra vez con los mismos datos".¹⁰²

En efecto, si bien en segunda instancia no es factible presentar nuevas pretensiones y excepciones, así como también se evidencia la restricción en la actividad probatoria, es preciso advertir que el carácter limitado del recurso se refiere a tales aspectos, no así a las atribuciones del juzgador, quien podrá analizar nuevamente la causa, no solo para verificar la justicia del fallo impugnado sino para realizar *per se* el nuevo examen de que se trata la segunda instancia.

Al respecto, vale advertir que aquello puede implicar la adopción de una decisión distinta o contraria a la sentada en la sentencia de primer nivel, incluso con base a un razonamiento jurídico conformado por premisas y conclusiones distintas a las del primer juzgador, lo que deberá contar con una motivación¹⁰³ adecuada y suficiente.

Por otro lado, resulta valioso también anotar el criterio de Garberí Llobregat,¹⁰⁴ dado que confronta las ideas adversas así:

El hecho de que el recurso de apelación, debido a su carácter ordinario (y porque a través del mismo se posibilita la consecución de una verdadera segunda instancia), permita al órgano judicial funcionalmente competente para resolverlo, no solo un control y depuración sobre la aplicación del ordenamiento jurídico llevada a cabo por el tribunal *a quo*, sino también un nuevo examen y valoración de los resultados probatorios producidos con la práctica de la prueba en la primera instancia, es un axioma que ha de quedar fuera de toda duda.

Piense el lector que si así no fuera, ni el recurso de apelación merecería el calificativo de recurso ordinario (pues estarían limitados los motivos de oposición a la sola esfera de las infracción al ordenamiento positivo), ni, desde luego, con su formalización podría lograrse el propósito de obtener una verdadera segunda instancia (pues una parcela tan importante del enjuiciamiento como lo es la de la valoración de la prueba en el primer grado jurisdiccional, quedaría fuera de las potestades de revisión y control de los órganos judiciales de apelación.

Un amplio sector de la jurisprudencia, de forma y manera inequívoca, así lo ha declarado, al considerar que la interposición del recurso de apelación sitúa al órgano *ad quem* en una posición análoga a la que se encontraba el órgano *a quo* a la hora de afrontar la resolución definitiva de la controversia, lo que hace posible que aquél pueda desplegar sus potestades revisoras a cualesquiera extremis del enjuiciamiento recaído en la primera instancia que las partes, a través de la alegación de los diferentes motivos de oposición dirigidos contra la decisión apelada hayan podido trasladar a su conocimiento, incluido, por supuesto el error en la valoración de la prueba.

¹⁰² Montero Aroca y Flors Maties, *Tratado de recursos*, 290.

¹⁰³ Herrera Abián, *La inmediación como garantía*, 71.

¹⁰⁴ Garberí Llobregat, *El recurso de apelación*, 78.

Por su parte, Chiovenda considera que el juzgador de segundo grado se encuentra plenamente, ante el litigio traído a su conocimiento, en la misma posición del primer juzgador, pues bien, puede confirmar, modificar parcialmente o revocar su decisión y dictar otra en su lugar, que será la definitiva e inapelable.

Sin embargo, Montero Aroca y Flors Matíes advierten que “la sentencia de apelación ha de resolver sobre las peticiones oportunamente deducidas por las partes en el recurso, incurriendo en incongruencia la que conceda cosa distinta, o más de lo pedido, o por causa diferente”,¹⁰⁵ en consecuencia, tales atribuciones del tribunal de segundo nivel no deben observarse sin considerar los parámetros exigidos por la congruencia.

Diego Palomo Vélez,¹⁰⁶ al explorar la idealización del sistema oral, muestra su criterio afín expresando que:

En aquellos sistemas que recogen la oralidad e inmediación judicial comienza a producirse el argumento de que no resulta posible revisar la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal de la instancia, porque el que conoce a través del recurso “no ha oído con sus oídos ni visto con sus ojos la prueba testifical”. [...] Se centra todo en un problema de credibilidad y de fiabilidad, según el cual la intermediación existente en la recepción probatoria se convierte, bien se ha dicho, en una suerte de blindaje del juicio, esquivándose una motivación más consistente y exhaustiva que de efectivamente cuenta de la racionalidad de la decisión adoptada y consagrándose una noción subjetivista de la prueba, que termina vinculándola con la creencia del tribunal, desconociendo las exigencias propias de un sistema de valoración de la prueba libre, conforme a las reglas de la sana crítica derivando así la libertad de una valoración irracional, en arbitrariedad en sacrificio de la motivación del denominado “juicio de hecho” y en una extendida renuencia de los tribunales superiores a revisar la valoración probatoria, incluso tratándose del recurso de apelación.

En el sentido contrario existen pronunciamientos doctrinarios que se decantan por la tesis de restringir la capacidad de revisión del tribunal de segundo nivel sobre la valoración probatoria realizada por el juzgador *a quo*, como es el caso de María Pía Calderón Cuadrado¹⁰⁷ quien sostiene:

¹⁰⁵ Montero Aroca y Flors Matíes, *Tratado de recursos*, 512.

¹⁰⁶ Diego Palomo Vélez, “Apelación, doble instancia y proceso civil oral”, en Tavolari Oliveros coord., *Derecho procesal contemporáneo*, 1225.

¹⁰⁷ María Pía Calderón Cuadrado, “Sobre la exigencia de la intermediación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y su compatibilidad con los recursos ordinarios”. *Revista de Derecho Universidad de Valencia*, No. 1 (noviembre de 2002): 13. <<http://www.uv.es/revdret/archivo/num1/pia.htm>>, citando a la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 28 de junio de 1993 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 3 de junio de 1994.

Consecuentemente aunque el recurso de apelación tenga carácter ordinario y puede realizarse en él una nueva valoración de la prueba practicada en primera instancia, tal revisión ha de limitarse, por lo general, cuanto tal prueba es la testifical, a examinar su regularidad y validez procesal, y en cuanto a su valoración, a verificar si las conclusiones que el juez ha obtenido resultan congruentes con sus resultados, y se ajustan a los criterios generales del razonamiento lógico, según las reglas de experiencia comúnmente admitidas. De este modo, solo cabrá apartarse en esta instancia, sin haber presenciado la prueba testifical, de la valoración de que ella obtuvo el Juez ante quien se practicó, si se declara como probado basándose en algo distinto de lo que dijo el testigo, si la valoración del testimonio conduce a un resultado ilógico o absurdo y, de modo excepcional, si concurren otras circunstancias de las cuales se desprenda de modo inequívoco la falsedad de un testimonio acogido como cierto o la certeza de uno no tenido en cuenta por el Tribunal, bajo los principios de inmediación y contradicción, habrá de tenerse en cuenta, entre otros elementos, su coherencia interna, su persistencia y, en su caso, su confirmación o contradicción con otras pruebas.

De igual forma, se encuentra la postura de Joan Picó I Junoy y Elisabeth Cerrato Guri,¹⁰⁸ quienes evidencian la existencia de un dilema a partir de la oralidad y la segunda instancia, en tanto se debate entre “la amplitud de control del material probatorio practicado en primera instancia, y por otro lado, la necesidad de respetar la valoración probatoria realizada por el juez a quo”. El prenombrado autor precisa dos situaciones en las cuales fija el límite para tal criterio, siendo la primera plenamente coincidente con el criterio de Calderón Cuadrado respecto a contar con otros elementos probatorios que permitan desechar la prueba testimonial, o cuando se hayan grabado las actuaciones probatorias, respecto a lo cual reconoce que aunque “la inmediación lograda en primera instancia no será la misma” el tribunal dispone de tal material audiovisual para contrastar las declaraciones efectuadas en la audiencia de juicio con la motivación contenida en la sentencia apelada.

Los escenarios anotados por Picó I Junoy y Elisabeth Cerrato Guri bien pueden servir de parámetro al juzgador frente a casos en los que considere que debe apartarse del criterio de la primera instancia en cuanto a la valoración de una determinada prueba, sin embargo, ciertamente el tribunal de apelación precisará de un arduo ejercicio de argumentación y motivación en su fallo para justificar su decisión. Tal motivación deberá apoyarse precisamente en los demás elementos probatorios aportados, así como en los registros procesales sobre su práctica, toda vez que este tribunal no presenció el juicio.

¹⁰⁸ Joan Picó I Junoy y Elisabeth Cerrato Guri, “El control de la valoración judicial de las pruebas personales en la segunda instancia civil”, en Carpi y Ortells Ramos, edit., *Oralidad y escritura*, 4, <<https://studylib.es/doc/4724516/el-control-de-la-valoraci%C3%B3n-judicial-de-las-pruebas-perso...>>, consulta: 15-10-2017.

Tratándose precisamente de una nueva instancia, el tribunal de apelación adquiere las mismas atribuciones que en su momento tuvo el primer juzgador, por lo que la revisión del proceso puede hacerse integralmente, ya sea que la impugnación se base en la valoración probatoria o en infracciones procesales, pues si el juzgador encuentra lo uno al analizar lo otro, no podría dejar de pronunciarse al respecto. Por ello, se trata de un nuevo juzgamiento en el que se resuelve nuevamente sobre los mismos hechos y alegaciones ya presentados en el primer nivel, y por supuesto, sobre el mismo material probatorio¹⁰⁹ desplegado en la audiencia de juicio.

En este punto es en donde se presentaría el distanciamiento entre el principio de inmediación y el recurso de apelación como segunda instancia, pues el tribunal *ad quem* que emitirá la decisión definitiva para la causa no es aquel juzgador que presenció la audiencia de juicio, y dicha audiencia tampoco se celebra nuevamente ante el tribunal, lo que supone un quebrantamiento de la inmediación.¹¹⁰

Con esta aproximación, procede examinar el marco legal que el COGEP prescribe para el recurso de apelación desde la perspectiva de la segunda instancia, a fin de dilucidar si el legislador planteó la sustanciación de esta fase del proceso con miras a precautelar el principio de inmediación, o si en este nivel de juzgamiento, el principio primordial para el proceso oral por audiencias se omite.

2.1. Marco normativo de la segunda instancia en el COGEP

A la luz de lo establecido constitucionalmente en el art. 76, num. 7, lit. m), como derecho integrante del debido proceso, el legislador ecuatoriano debía observar el derecho a “recurrir del fallo o resolución”, por lo que en el COGEP se procuró el acceso a tal derecho por medio del recurso de apelación, entre otros medios de impugnación de las resoluciones judiciales.

En consecuencia, el recurso de apelación fue reglado por el legislador ecuatoriano en el COGEP, desde el art. 256 al 265, estableciéndose el procedimiento que se grafica¹¹¹

¹⁰⁹ Según el segundo y tercer inciso del art. 258 del COGEP, la prueba se admitirá dentro del recurso de apelación “exclusivamente si se trata de acreditar hechos nuevos” o “prueba que, versando sobre los mismos hechos, solo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia”.

¹¹⁰ COGEP, art. 81 y 93.

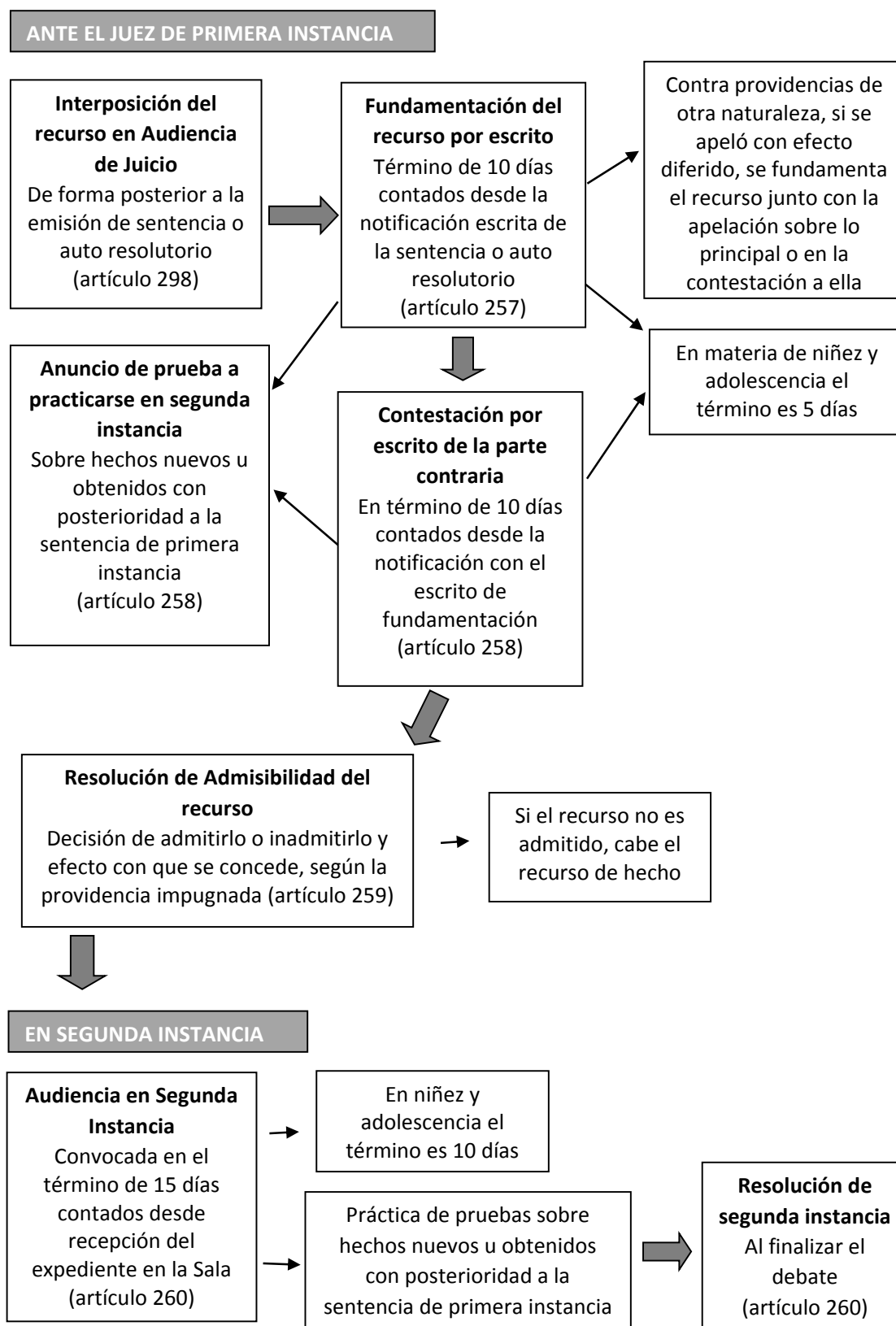
¹¹¹ El gráfico propuesto, de conformidad con lo que se señalará más adelante en este capítulo, permite advertir adicionalmente que las fases más trascendentales del procedimiento a seguir dentro de la sustanciación del recurso de apelación recaen en conocimiento del juzgador de primer nivel, en tanto

a continuación, que comprende fases de obligatoria consecución¹¹² que se desarrollan en el orden explicado, así como ciertas variantes¹¹³ aplicables a juicios de materia de niñez y adolescencia, principalmente:

el tribunal de apelación conoce únicamente la audiencia de segunda instancia y las actuaciones previas registradas en el respectivo expediente judicial o en archivos audiovisuales.

¹¹² Las fases de obligatoria consecución se encuentran precedidas por la flecha rellena de color gris, mismas que demarcan el orden en que deben sucederse.

¹¹³ Las variantes que puede tener la interposición y sustanciación del recurso de apelación aparecen precedidas por una flecha lineal sin relleno, que indica a la vez la fase del proceso en que puede presentarse.



Cuadro de elaboración propia

Fuente: COGEP

Montero Aroca y Flors Matíes definen al recurso de apelación –visto como segunda instancia– en las siguientes líneas:

La apelación es, pues, un recurso ordinario y devolutivo cuyo objeto puede ser material o procesal, por virtud del cual se solicita al órgano jurisdiccional, de orden jerárquico superior al que dictó la resolución recurrida, que examine su corrección y regularidad con relación a lo que constituye la materia que haya sido objeto de decisión de ella, y dicte otra favorable o más favorable para el recurrente, o la anule.¹¹⁴

[...] cuando se habla de doble grado o doble instancia se hace referencia a un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero.¹¹⁵

Sin embargo, para los propósitos que persigue la presente investigación, resulta más precisa la definición que se encuentra en José Garberí Llobregat,¹¹⁶ quien expone que el recurso de apelación:

constituye un medio de impugnación ordinario, devolutivo, suspensivo y, en ocasiones, subsidiario del recurso de reposición, dirigido por la parte gravada frente a autos definitivos y sentencias dictadas en primera instancia por los órganos jurisdiccionales unipersonales [...] y mediante el que, en atención al mismo material instructorio que sirvió de base para la emisión de la resolución recurrida, ampliable tan solo en casos excepcionales tasados en la Ley, se pretende obtener del órgano judicial superior un pronunciamiento que revoque aquella resolución y corrija los errores en que haya podido incurrir, tanto *in iudicando* cuanto *in procedendo*, bien dejándola sin efecto sin más, bien sustituyéndola por otra, o bien retrotrayendo las actuaciones al objeto de que sea dictada una nueva decisión por el órgano de primera instancia.

De esta forma, el citado autor parece describir la regulación para la segunda instancia prescrita en el COGEP, con la única salvedad de que, en el sistema de doble grado jurisdiccional ecuatoriano, el propio tribunal de segundo nivel dictará la decisión que corresponda si su criterio difiere de aquel sentado en la decisión judicial examinada, sin que en ningún caso devuelva la competencia al primer juzgador para dictar una nueva resolución, como refiere Garberí Llobregat.

¹¹⁴ Montero Aroca y Flors Matíes, *Tratado de recursos*, 287.

¹¹⁵ *Ibíd.* 288.

¹¹⁶ Garberí Llobregat, *El recurso de apelación*, 69.

De igual forma, al determinarse en el art. 257 la necesidad de fundamentar el recurso, surge una aparente contradicción respecto de una de las características inherentes a la apelación, esto es tratarse de un recurso ordinario por excelencia.¹¹⁷

Julio Picatoste Bobillo¹¹⁸ explica sobre la característica principal de los recursos de aquella índole que “la admisión del recurso no está subordinada a la invocación de alguno de los motivos previamente determinados por la ley; a la parte recurrente le basta con la alegación del perjuicio (gravamen) que la resolución le causa”.

En coherencia con lo anotado, cabe enfatizar que la doctrina¹¹⁹ ha ejemplificado al recurso de apelación como un recurso ordinario, en tanto que el recurso de casación, ha sido siempre señalado como ejemplo de un recurso extraordinario, y por tanto, sujeto a causales previamente definidos por la ley que el recurrente debe sustentar al momento de su interposición.

Siendo, entonces, que por tratarse de un recurso ordinario la ley no prescribe causales para la admisibilidad ni para la procedibilidad del recurso de apelación, vale formular una segunda inquietud: ¿Qué debe fundamentar el recurrente para cumplir el requerimiento del art. 257 del COGEP?

En este punto, con el fin de plantear una respuesta acertada a tal interrogante, es menester considerar la sanción prescrita en el último inciso del art. 258 para aquellos recursos de apelación carentes de la fundamentación exigida, así:

Artículo 258.- Procedimiento. Con la fundamentación se notificará a la contraparte para que la conteste en el término de diez días. En materia de niñez y adolescencia el término para contestar será de cinco días.

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

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

La apelación y la adhesión no fundamentada serán rechazadas de plano, teniéndose por no deducido el recurso.

¹¹⁷ *Ibíd.* 539.

¹¹⁸ Julio Picatoste Bobillo, *Los recursos y otros medios de impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Barcelona: Bosch, 2009), 28.

¹¹⁹ *Ibíd.*

Es importante considerar que el objeto de la segunda instancia debe verse reflejado en la fundamentación del recurrente dado que la misma fija precisamente el ámbito de la labor jurisdiccional, como explica Teresa Armenta Deu:

El objeto en segunda instancia resulta delimitado por las alegaciones objeto de recurso y, en su caso, además por el contenido de la impugnación independiente. Este objeto sometido puede variar según recurra solo una parte, las dos o el apelado formule impugnaciones independientes [...]. Esa impugnación independiente integra también el objeto del proceso en segunda instancia, incorpora un objeto contingente que amplía el objeto inicial y produce importantes efectos en la prohibición de *reformatio in peius*...

Vale resaltar también que, del proyecto inicial¹²⁰ del COGEP remitido a la Asamblea Nacional por parte del Consejo de la Judicatura y la Corte Nacional de Justicia en enero del año 2014 para su tratamiento, se desprende que el texto original de aquel precepto ya contemplaba el requerimiento de fundamentación del recurso de apelación, así:

Artículo 316.- Fundamentación de la apelación contra sentencia o auto interlocutorio.- Todo recurso de apelación y la adhesión a la apelación contra una sentencia o un auto resolutorio o interlocutorio se interpondrá en escrito fundamentado, dentro del término de diez días de notificado, del cual se correrá traslado a la contraparte para que lo conteste en un término igual.

La apelación y la adhesión no fundamentada será rechazada de plano, teniendo por no deducido el recurso.

Así se evidencia, que el legislador inició la discusión del COGEP con el presupuesto de que el recurso de apelación, específicamente planteado en contra de la decisión final del juzgador de primer nivel, debía ser fundamentado como requisito *sine quanon* para su admisión; de forma ulterior, según consta del informe para el segundo debate¹²¹ desarrollado por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura

¹²⁰ Cfr. Proyecto Código Orgánico General de Procesos, remitido por el doctor Gustavo Jalkh Röben, presidente del Consejo de la Judicatura y por el doctor Carlos Ramírez Romero, presidente de la Corte Nacional de Justicia, el 20 de enero de 2014 a la señora Gabriela Rivadeneira Burbano, presidenta de la Asamblea Nacional. <<http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/16373714-8924-42ec-96bd-384ec7a8c36e/Proyecto%20de%20C%C3%B3digo%20Org%20E1nico%20General%20de%20Procesos%20165843.pdf>>, consulta: 19-10-2017.

¹²¹ Cfr. Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, Informe para el segundo debate del proyecto de Código General del Procesos, 2015, <<http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/22409574-d3a4-42d3-8504-2b9dcbf728eb/Informe%20Segundo%20Debate%20Tr.%20203894.pdf>>. Consulta: 19-10-2017.

del Estado de la Asamblea Nacional, durante el proceso legislativo de formación y aprobación del COGEP, la exigencia de fundamentación del recurso de apelación se amplió a todos los presupuestos en los que cabe su interposición independientemente del tipo de decisión judicial que se impugne, y su finalidad era obligar al recurrente a motivar su reproche para efectos de evitar que los medios de impugnación sean utilizados para dilatar innecesariamente el proceso, especialmente considerando el efecto suspensivo que la apelación conlleva.

No obstante, la exigencia de fundamentación del recurso no es suficiente para aseverar que, según el nuevo ordenamiento, el recurso de apelación ha abandonado su naturaleza de recurso ordinario. En este sentido, Julio Picatoste Bobillo sostiene que el escrito de fundamentación del recurso de apelación “no es sino su formalización”¹²², mismo en el que el apelante debe sentar su motivación del recurso, es decir las alegaciones sobre las que basa su impugnación, lo que puede hacerse por escrito o en forma oral. El autor resalta la importancia de dicha fundamentación realizando un contraste con el derecho a la defensa, de modo que es necesario fundamentar el recurso de apelación para brindar a la parte contraria de oportunidad y elementos para contradecirlo.

Es menester enfatizar que el requisito de la fundamentación del recurso de apelación interpuesto en contra de una sentencia definitiva como requisito para su admisión no es una idea propia del legislador ecuatoriano, toda vez que consta también en el anteproyecto¹²³ de Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica, a través del siguiente precepto:

Artículo 223. (Trámite). 223.1. Todo recurso de apelación contra una sentencia definitiva se interpondrá en escrito fundado dentro del plazo de quince días, sustanciándose con un traslado a la contraparte con plazo similar.

Al evacuar el traslado, la contraparte podrá adherir al recurso fundando a la vez sus agravios, en cuyo caso se correrá traslado al primer apelante por el plazo de quince días.

La apelación y la adhesión no fundadas se rechazarán de plano, teniéndose por no deducido el recurso.

¹²² Picatoste Bobillo, *Los recursos y otros medios de impugnación*, 254.

¹²³ Cfr. Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en Montevideo, 1988. <http://iibdp.org/images/C%C3%B3digos%20Modelo/IIDP_Codigo_Procesal_Civil_Modelo_Iberoamerica.pdf>. Consulta: 19-10-2017.

Así las cosas, Montero Aroca y Flors Matíes explican claramente en qué consiste la fundamentación del recurso, así:

El escrito de interposición del recurso debe ser motivado y en él se habrán de exponer las alegaciones en las que la parte recurrente fundamente la impugnación de la resolución recurrida, sobre la base de la delimitación efectuada en el propio escrito acerca de cuál sea esta u cuál o cuáles los pronunciamientos de la misma que se impugnan. Según dijimos anteriormente, el escrito de interposición cumple la función de delimitar el objeto de la apelación, tanto en lo que se refiere a la resolución y pronunciamientos que se impugnan, como en lo concerniente a lo que deba ser objeto de debate entre las partes, a propuesta del apelante, y de decisión por el órgano jurisdiccional *ad quem*.

Sin embargo, en función de la importancia que José Garberí Llobregat concede a aspectos relativos a la parte procesal que no impugna la resolución, como es su derecho a la defensa, y por cuanto se infiere también de sus acotaciones la observancia a los principios de publicidad del proceso y buena fe y lealtad procesal, es menester resaltar la postura de este autor, en cuanto asevera:

La exigencia de que la apelación quede debidamente fundamentada desde el mismo momento inicial de su interposición se justifica, de manera obvia, tanto en la necesidad de dar a conocer a las partes recurridas las razones en las que se sustenta el recurso y qué se pretende con el mismo, a fin de que las mismas puedan oponerse con pleno conocimiento de causa, cuanto en la necesidad de dar a conocer al tribunal *ad quem* las infracciones jurídicas que justifican la petición de que se revoque la resolución judicial apelada, a fin de que dicho órgano pueda resolver debidamente la impugnación.¹²⁴

Ahora bien, habiendo determinado el origen primigenio de la obligación de fundamentación del recurso de apelación en contra de una sentencia de primer nivel, es menester profundizar en el espíritu de tal precepto para lo cual se debe acudir a la doctrina.

En primer lugar, Véscovi, como coautor del proyecto modelo de código de procedimiento civil, respecto a los recursos y su relación con el principio dispositivo explica:

Los recursos, en especial la apelación, solo pueden ser deducidos por las partes que han sido agraviadas (perjudicadas) y el tribunal superior no tendrá más facultades de revisión que aquellas que han sido objeto del recurso [...]. El límite de la sentencia es, en este caso, lo pedido por el apelante: *tantum devolutum quantum appellatum*.¹²⁵

¹²⁴ Garberí Llobregat, *El recurso de apelación*, 160.

¹²⁵ Véscovi, *Teoría general*, 46.

Para Véscovi, entonces, el recurso de apelación deberá ser concedido solo respecto a lo que hubiere impugnado el recurrente, con el fin de evitar la configuración de vicios de incongruencia que pudieran invalidar la decisión judicial de apelación, lo que explicaría la necesidad de fundamentar el recurso para ser admitido, conocido y resuelto, de forma que el recurrente delimite el ámbito de revisión del tribunal de apelación y precise, como se anotó anteriormente, los puntos sobre los cuales dirige su reproche y aquellos con los que guarda conformidad.

Desde una perspectiva más flexible, Montero Aroca y Flors Matíes,¹²⁶ al referirse al axioma *tantum devolutum quantum appellatum*, exponen:

Con todo, normalmente la determinación del objeto de la segunda instancia consistirá, por lo general, en una reducción de lo que fue materia de la primera, de modo que el apelante limitará la impugnación a uno o varios pronunciamientos de la sentencia apelada, o a parte de alguno de ellos, en la medida que le resulten gravosos.

Ahora bien, si todos los pronunciamientos de la sentencia lo fueren, podrán, obviamente, las partes impugnarla sin limitación alguna, en cuyo caso las facultades del tribunal serían plenas para el conocimiento de todas las cuestiones que suscite el tema debatido.

Así, la fundamentación del recurso de apelación procura evitar el abuso del derecho a recurrir y la mala utilización de los medios de impugnación como formas de retardo de la ejecución del fallo judicial, toda vez que la apelación tiene efecto suspensivo sobre aquel; así como también se fijan los aspectos de la decisión sobre los que no existirá tal efecto suspensivo al dar a entender que las partes se conforman respecto de lo no impugnado; y, finalmente, servirá para justificar la configuración de los requisitos para su admisibilidad.

Con ello se descarta que la naturaleza ordinaria del recurso de apelación haya sido soslayada en el COGEP, al ser interpuesto en contra de una sentencia definitiva de primer nivel, dado que la fundamentación exigida no representa limitación alguna para la revisión del juez *ad quem*, según queda definido en el art. 264 del COGEP que establece la posibilidad de plantear el recurso de apelación de forma parcial, así:

¹²⁶ Montero Aroca y Flors Matíes, *Tratado de recursos*, 326.

Artículo 264.- La parte legitimada para presentar el recurso podrá apelar parcialmente de la resolución, en cuyo caso se ejecutará la parte no impugnada.

Como se desprende claramente del citado precepto, se entenderá la conformidad con la parte del fallo que no sea impugnado expresamente, y corresponderá al juez de instancia ejecutar su decisión en aquella parte, por lo que solo ante la impugnación integral de la sentencia el recurso de apelación cobra efectos suspensivos sobre todos los puntos decididos.

El recurrente, en ejercicio del principio dispositivo establecido en el art. 5¹²⁷ del COGEP, puede formular una impugnación total o parcial respecto del fallo, lo que de ninguna manera comprende desconocer su naturaleza de recurso ordinario y libre de condicionamientos o causales preestablecidas; en este sentido la fundamentación no implica limitación de las atribuciones del juzgador de segunda instancia,¹²⁸ especialmente en lo concerniente a realizar una revisión de todo aquello puesto a consideración del juez de primer nivel y delimitado únicamente por las impugnaciones realizadas, de igual forma que aquel juzgador estuvo limitado por las pretensiones y excepciones inicialmente propuestas por las partes procesales.

Sin perjuicio de lo anotado respecto de la finalidad de la fundamentación del recurso de apelación, el requerimiento de hacerlo por escrito debe ser considerado un desacierto del legislador ecuatoriano, cuando también ha previsto –en el art. 260¹²⁹ del COGEP– la realización de una audiencia ante el órgano juzgador de segunda instancia, respecto de la cual no precisa finalidad, contenido o actuaciones a realizar¹³⁰.

Ello conlleva a realizar un tercer cuestionamiento respecto a aquella audiencia prevista en el art. 260, dado que el recurso de apelación fue interpuesto previamente “de

¹²⁷ COGEP, art. 5.- Impulso procesal. Corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo.

¹²⁸ Giuseppe Chiovenda. *Curso de derecho procesal civil* (México DF: Oxford University Press, 1999), 523.

¹²⁹ COGEP, art. 260.- Recibido el expediente, el tribunal convocará a audiencia en el término de quince días, conforme con las reglas generales de las audiencias previstas en este Código. En materia de niñez y adolescencia la audiencia se convocará en el término de diez días. Una vez finalizado el debate, el tribunal pronunciará su resolución.

¹³⁰ Al respecto, la Corte Nacional de Justicia a través de la Resolución 15-2017 de 02 de agosto de 2017 complementó los aspectos observados.

manera oral en la respectiva audiencia”¹³¹ de juicio y la fundamentación se tendría formulada por escrito; todo lo cual se efectuó ante el órgano judicial de primera instancia y de forma previa a la admisión del recurso,¹³² mas no dentro de tal audiencia; lo que denota una falta de congruencia entre las distintas actuaciones procesales que impide materializar la celeridad y la inmediación que persigue el proceso oral por audiencias.

Como permite apreciar el gráfico precedente, la interposición del recurso de apelación e incluso su fundamentación son conocidas por el juzgador de primera instancia, en tanto que el tribunal de apelación inicia su actuación en segunda instancia solo luego de haber sido analizada la fundamentación del recurso y su correspondiente contestación, y con el único propósito¹³³ de celebrar la audiencia prescrita en el art. 260 del COGEP.

Vale también poner de relieve que, si en tal audiencia no se practicaren las pruebas anunciadas en el escrito de interposición del recurso de apelación y en la respectiva contestación de la parte no apelante, no habría lugar a un debate *per se* según lo referido de forma escueta en el inciso final del art. 260, sino a una mera exposición verbal de los argumentos expuestos anteriormente por escrito, lo que conllevaría un acto de oratoria forense que obligaría al tribunal de segunda instancia a valerse del expediente de la causa o de otro tipo de registro de las actuaciones previas para adoptar su decisión.

Una postura más radical al respecto, se encuentra en Álvaro Mejía Salazar, quien al analizar la aplicación de la oralidad en la legislación procesal española sostiene que la segunda instancia bien puede prescindir de la realización de una audiencia, así:

Tres aspectos adicionales destaco de la implementación de la oralidad en el contencioso civil español. El primero, la comprensión de que la aplicación de la forma oral vincula fundamentalmente a la primera instancia y no a las demás fases o grados del proceso, donde el procedimiento puede regularse de manera enteramente escrita sin que ello

¹³¹ COGEP, art. 256.- El recurso de apelación procede contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de la primera instancia así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso. Se interpondrá de manera oral en la respectiva audiencia.

¹³² COGEP, art. 259.- Interpuesta la apelación, la o el juzgador la admitirá si es procedente y expresará el efecto con que la concede. A falta de expresión se entenderá que el efecto es suspensivo. Si el recurso no es admitido, la parte apelante podrá interponer el recurso de hecho.

¹³³ Ello ha sido puesto de relieve también por la Corte Nacional de Justicia, en su Resolución No. 15-2017 de 2 de agosto de 2017, publicada en el ROS, No. 104 de 20 de octubre de 2017, que en la parte pertinente al procedimiento en segunda instancia expone: “Considerando que el procedimiento de admisión del recurso de apelación debe cumplirse ante la o el juzgador de primera instancia, el procedimiento en segunda instancia debe iniciar por la convocatoria a la audiencia respectiva”.

colisione con derecho alguno ni con principio alguno, dado que la materia y características de tales fases y grados, difieren con las de la primera instancia¹³⁴.

En el escenario establecido por el legislador ecuatoriano, y contenido en el proyecto inicial del Código General de Procesos de 2014, al no identificarse una finalidad puntual para la audiencia¹³⁵, esta parecería no tener otro propósito que otorgar al recurrente la oportunidad de repetir la fundamentación de su impugnación, tal como sucedía con las audiencias en estrados establecidas en el art. 1016¹³⁶ del Código de Procedimiento Civil; cuando procedería, en consonancia con la naturaleza y propósitos del proceso oral por audiencias, que la fundamentación y la decisión sobre el recurso se realizará en tal audiencia ante el tribunal de segunda instancia, de forma que se garantice la aplicación de los principios de celeridad, economía procesal e inmediación al reunir al recurrente y al órgano juzgador en la audiencia referida.

De allí que, en el proyecto de Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica no se haya considerado¹³⁷ la realización de una audiencia ante el juzgador de segunda instancia, aunque sí se incluyó la fundamentación por escrito del recurrente, conforme se analizó anteriormente; lo que permite aseverar, en forma de una segunda observación a la norma procesal ecuatoriana, que la audiencia contemplada en el art. 260 del COGEP, sumado a los términos que deben transcurrir entre la interposición del recurso, su fundamentación escrita y la admisión por el juzgador de primer nivel, a más de la espera por el señalamiento de fecha y la realización *per se* de tal audiencia ante el tribunal

¹³⁴ Alvaro Mejía Salazar. *La oralidad y los principios del procedimiento*. (Quito: Ius et Historiae Ediciones, 2018), 223.

¹³⁵ De conformidad con el número 3 de la parte resolutive de la Resolución No. 15-2017 expedida por la Corte Nacional de Justicia, en la audiencia de segunda instancia se deberán resolver los asuntos relativos a la nulidad del proceso y al recurso de apelación con efecto diferido, cuando ello se hubiere planteado, y solo después, el tribunal de segunda instancia pasará a conocer sobre las pruebas en segunda instancia y sobre el fondo del recurso de apelación interpuesto contra la decisión judicial.

¹³⁶ Código de Procedimiento Civil, art. 1016.- En los juicios contenciosos que se siguen ante los jueces de lo civil, pedidos autos para sentencia, o concluido el término probatorio en lo principal, cualquiera de las partes tiene derecho a solicitar que se le permita alegar, verbalmente, en estrados. Presentada la solicitud, el juez señalará día y hora para la audiencia, que será pública, en decreto que se notificará a las partes, quienes podrán intervenir en ella si lo quisieren. El día señalado, el juez y su secretario oírán a la parte que solicitó la audiencia. La otra parte podrá replicar, pero ninguna de las partes podrá hablar sino una vez. No se suscribirá acta alguna. El secretario sentará en el proceso una razón que indique solamente que la audiencia tuvo lugar y quienes hicieron uso de la palabra en ella. El juez puede, en la audiencia, pedir a las partes los informes y explicaciones verbales que estime conveniente.

¹³⁷ Cfr. Art. 226 del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en Montevideo, en 1988. <http://iibdp.org/images/C%C3%B3digos%20Modelo/IIDP_Codigo_Procesal_Civil_Modelo_Iberoamerica.pdf>.

superior, solo contribuyen a una demora injustificada que se contrapone con el propósito del proceso oral por audiencias y opaca la celeridad que pudo haberse obtenido en el desarrollo de la primera instancia.

Adicionalmente, debe considerarse que la mentada fundamentación está dirigida al análisis y resolución del juez de segundo nivel, mas no al juez de primera instancia como refiere el art. 259 del COGEP; de tal modo que, para decidir sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de casación, el juez de primer grado bien puede limitarse a verificar únicamente los requisitos propios para el efecto¹³⁸, quedando por tanto la formulación y estudio de la fundamentación del recurso de apelación para la audiencia del art. 260 del COGEP, en la que se decida sobre su aceptación o rechazo.

Así, el juzgador de primera instancia se centraría únicamente en los presupuestos consensuados por la doctrina,¹³⁹ como requisitos para la admisibilidad del recurso de apelación:

1. Recurribilidad de la resolución que se impugna.
2. Competencia del órgano judicial y legitimación del recurrente.
3. Gravamen para el recurrente.
4. Debida oportunidad para la interposición del recurso.

Los requisitos anotados pueden ser verificados por el juez de instancia y, de su resolución, cabe el recurso de hecho según lo prescribe el segundo inciso del art. 259, por lo que no existe razón técnica procesal para encargar a este juzgador la revisión de la fundamentación¹⁴⁰ *per se* del recurso de apelación, correspondiendo plenamente ello al juez de segundo grado en tanto los argumentos esgrimidos por el recurrente serán la base y el límite de su decisión, como se analizó en líneas anteriores.

Revierte especial importancia el requisito de la debida oportunidad para la interposición del recurso debido a la estrecha relación de la observancia de los términos establecidos en la ley, con el principio de preclusión procesal y el derecho a la seguridad jurídica. Con base a ello, la presentación del recurso de apelación dentro de la audiencia¹⁴¹, y su respectiva fundamentación por escrito presentada en el término de 10

¹³⁸ Durante la entrevista realizada a la jueza Ana Teresa Intriago Ceballos (Anexo 1), se destacó que efectivamente al juez de instancia le corresponde realizar una “revisión formal, no de fondo”, puesto que ello deberá ser revisado por el tribunal de segunda instancia.

¹³⁹ Se encuentra plena coincidencia en los requisitos planteados para la admisibilidad del recurso de apelación en obras citadas de Giuseppe Chioyenda, Eduardo Couture, José Garberí Llobregat, Víctor de Santo.

¹⁴⁰ Cfr, Garberí Llobregat, *El recurso de apelación*, 159.

¹⁴¹ COGEP, art. 256.

días¹⁴² –o de 5 días en materia de niñez y adolescencia– debe ser el principal aspecto a verificar por parte del juez de primera instancia para efectos de decidir sobre la admisión de la impugnación.

Vale traer a colación, en este punto, lo determinado en el art. 100 del COGEP sobre la pérdida de competencia del juzgador, una vez dictada su sentencia, así:

Artículo 100.- Pronunciada y notificada la sentencia, cesará la competencia de la o del juzgador respecto de la cuestión decidida y no la podrá modificar en parte alguna, aunque se presenten nuevas pruebas. Podrá, sin embargo, aclararla o ampliarla a petición de parte, dentro del término concedido para el efecto.

Los errores de escritura, como de nombres, citas legales, de cálculo o puramente numéricos podrán ser corregidos, de oficio o a petición de parte, aún durante la ejecución de la sentencia, sin que en caso alguno modifique el sentido de la resolución.

Para el propósito que interesa, resulta pertinente el primer inciso del precepto anotado, con el fin de poner de relieve que, una vez que se ha dictado la sentencia en la audiencia de juicio y que esta ha sido notificada por escrito,¹⁴³ es decir cuando empieza a transcurrir el referido término de diez días, establecido en el art. 257 del COGEP para presentar la fundamentación escrita del recurso de apelación, el juez de primera instancia ha perdido competencia sobre el asunto resuelto; lo que deviene en otra incongruencia de la norma procesal al enfrentar al juzgador¹⁴⁴ nuevamente con su decisión, ya que debe revisar la fundamentación del apelante para calificar su admisibilidad, siendo que tal recurso contendrá un reproche a la resolución jurisdiccional¹⁴⁵ que él mismo ha dictado.

Con base en las premisas expuestas, se evidencia la necesidad de reformar el procedimiento del recurso de apelación en lo concerniente a la revisión de su fundamentación y la calificación de admisibilidad, ya sea suprimiendo la audiencia ante el tribunal de apelación por carecer de contenido y trascendencia procesal, o bien modificando la forma de fundamentar el recurso del escrito a la oralidad, a través de dicha audiencia ante los jueces de segundo nivel.

En el escenario que plantea el COGEP para la segunda instancia, y vista la conformación confusa del recurso de apelación, vale resaltar la falencia legislativa al

¹⁴² COGEP, art. 257.

¹⁴³ Cfr. COGEP, art. 65 y 95.

¹⁴⁴ Cfr. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil* (Montevideo: Editorial B de F, 2002), 288.

¹⁴⁵ Cfr. Picatoste Bobillo, *Los recursos y otros medios de impugnación*, 256.

insertar en el procedimiento de la segunda instancia la audiencia establecida en el art. 260 del COGEP, que se celebra ante el tribunal *ad quem*, dado que en ella no se expone sobre la fundamentación del recurso –sino previamente por escrito– ni de ello depende la decisión de este órgano juzgador, lo que permite inferir que en aquella audiencia solo se repetirá oralmente la fundamentación antes presentada.

En consecuencia, en el COGEP se advierte un error en el diseño de la estructuración de la segunda instancia, ya por haber incluido en el procedimiento una audiencia que no reporta ninguna utilidad práctica para la sustanciación de la causa en este nivel, y asimismo, por no haber propiciado una fundamentación oral del recurso de apelación; cuestiones aquellas que pudieron haber formado un adecuado engranaje, válido para la materialización de la celeridad y economía procesal.

Así, preocupa especialmente la valoración probatoria que realizaría (o revisaría) el juzgador de segundo nivel cuando sobre ello verse el reproche de la parte apelante, pues la inmediación para la práctica de las diligencias probatorias como gran aporte de la oralidad, ciertamente se desvanece en el diseño del recurso de apelación planteado en el COGEP, tanto por no ser aquel el propósito de la audiencia contemplada en el art. 260 como por no estar permitida la repetición de diligencias probatorias para efectos de viabilizar su percepción por el juez *ad quem*.

2.2. ¿Quebrantamiento de la inmediación?

Por otro lado, el régimen de la segunda instancia en el COGEP no admite la práctica de pruebas, salvo las excepciones taxativamente contempladas respecto a la prueba nueva,¹⁴⁶ lo que conlleva a formular una cuarta interrogante: ¿sobre qué base forma su criterio el tribunal de apelación?

Vale precisar que ello no representa mayor complejidad cuando se trata de valorar prueba documental,¹⁴⁷ cuyo aporte probatorio es intrínsecamente material y se mantiene invariable en el expediente desde el momento de su introducción en la audiencia de juicio,

¹⁴⁶ COGEP, art. 258.- Incisos segundo y tercero. “Tanto en la fundamentación como en la contestación, las partes anunciarán la prueba que se practicará en la audiencia de segunda instancia, exclusivamente si se trata de acreditar hechos nuevos. También podrá solicitarse en las correspondientes fundamentación o contestación la práctica de prueba que, versando sobre los mismos hechos, solo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia”.

¹⁴⁷ Cfr. Calderón Cuadrado, “Sobre la exigencia de inmediación”.

de forma que bien puede ser apreciado nuevamente en su forma y esencia por el juez de segundo nivel. El problema que interesa reside en los medios probatorios de tipo personal, esto es, la prueba testimonial¹⁴⁸ y pericial.¹⁴⁹

Sobre tal cuestión, es pertinente la reseña de Pereira Campos¹⁵⁰ sobre el proceso escrito uruguayo, dado que el juzgador de segundo grado se encontraría en análoga situación a la advertida por el autor, así:

El rol prescindente del juez implicaba que no tenía contacto ni con las partes ni con sus abogados ni con los testigos y peritos. Se perdía por ende la necesaria interacción de la cual suelen emanar conciliaciones, el juez no percibía titubeos, gestos ni repreguntaba a los testigos, peritos y partes. Las partes no estaban constreñidas a asistir a las audiencias y, por ende, el proceso era solo cuestión de abogados.

Siendo esta la problemática, debe precisarse que el cuestionamiento se presenta cuando el juzgador de segunda instancia se enfrenta a una impugnación de la sentencia de primer nivel en lo relativo a la valoración probatoria, y más aún, si la prueba es de aquellas personales como la declaración y el testimonio,¹⁵¹ que por su propia naturaleza no puede ser repetida ante el tribunal *ad quem*.

La declaración de un testigo o perito están rodeadas de un espectro de espontaneidad por parte del deponente y de sorpresa¹⁵² por parte del examinador, aspectos que permiten formarse un criterio sobre la credibilidad y conocimiento del declarante y, por tanto, sobre la validez de sus afirmaciones; pero si se pretendiera repetir las preguntas y respuestas ante un tribunal distinto, simplemente se estaría situando a las partes involucradas en la diligencia en la posición de un actor que cuenta con un libreto para el desarrollo de la obra.

Resulta importante traer a colación la clara advertencia que sobre la inmediatez hace Jordi Nieva Fenoll, al analizar los aspectos relativos a la prueba en el proceso oral, así:

¹⁴⁸ COGEP, art. 174.

¹⁴⁹ COGEP, art. 222.

¹⁵⁰ Santiago Pereira Campos. “Algunas lecciones aprendidas en la aplicación del Código Procesal Modelo para Iberoamérica en Uruguay”, *Derecho y Sociedad*, No. 38 (2012): 298, <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13128/13739>>, consulta: 19-10-2017.

¹⁵¹ Cfr. Palomo Vélez, “Apelación, doble instancia y proceso civil oral”, en Tavorari Oliveros coord. *Derecho procesal contemporáneo*, 1225.

¹⁵² Joan Picó I Junoy, “Oralidad y control de las pruebas en segunda instancia”, en Tavorari Oliveros coord., *Derecho procesal contemporáneo*, 1215.

Cuando se exige la oralidad en la prueba, más que la forma oral lo que se está reivindicando es la inmediación en la práctica de la prueba, y justamente esa inmediación es la que, ciertamente, el juez no puede perder jamás. La inmediación es una conquista jurídica y social a la que no podemos renunciar, sobre todo observando cómo en muchos sitios todavía no se ha logrado alcanzar esa meta.¹⁵³

Por su parte, pero desde una óptica que parece desacreditar el propósito del proceso oral por audiencias frente al proceso escrito, Montero Aroca y Flors Matíes opinan que “si la prueba se ha practicado sin inmediación no existe diferencia entre el juez de la primera instancia y el de la segunda a la hora de tomar conocimiento del resultado probatorio y valorarlo”.¹⁵⁴ En consecuencia, los autores concluyen sobre el estado de la inmediación en el recurso de apelación que “el legislador ha ignorado los condicionamientos que imponen la oralidad y la inmediación de la primera instancia; esos principios no se respetan en el recurso de apelación”.¹⁵⁵

En esta línea de ideas, Rosario Herrera Abián considera que “la valoración del juez *ad quem* de los resultados de una prueba que se ha practicado ante otro órgano judicial, supone la quiebra de buena parte del esfuerzo que la nueva Ley ha llevado a cabo en la protección de la inmediación”,¹⁵⁶ refiriéndose a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, lo que resulta pertinente anotar visto el parangón con el escenario ecuatoriano.

La prenombrada autora considera que existe una “quiebra” de la inmediación, en lo concerniente a la inmediación en *stricto sensu*, en tanto “el tribunal *ad quem* legalmente puede apartarse del juicio fáctico llevado a cabo por el juez *a quo* sin necesidad de practicar prueba alguna sobre los hechos cuestionados”.¹⁵⁷

Más adelante, luego de analizar el alcance de la apelación limitada y las atribuciones del tribunal de apelación en el marco de la *revisio prioris instantiae*, la autora concluye que, en efecto y de forma inevitable, la conformación de la segunda instancia produce una lesión legal¹⁵⁸ a la garantía de la inmediación.

Este criterio lo comparte Marta del Pozo Pérez quien considera el quebrantamiento del principio de inmediación en sentido estricto “puesto que el órgano

¹⁵³ Jordi Nieva Fenoll, *Oralidad e inmediación en la prueba: luces y sombras*, Revista Civil Procedure Review No. 2 (2010): 28, <<http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/nieva-2012.pdf>>.

¹⁵⁴ Montero Aroca y Flors Matíes, *Tratado de recursos*, 328.

¹⁵⁵ *Ibíd.* 433.

¹⁵⁶ Herrera Abián, *La inmediación como garantía*, 67.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, 63.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, 65.

jurisdiccional *ad quem*, que dicta, por tanto, la Sentencia, puede apartarse, respetando la legalidad, de la valoración fáctica del juez *a quo* sin necesidad de practicar nueva prueba sobre los hechos controvertidos”,¹⁵⁹ lo que denota claramente un cuestionamiento sobre la formación del criterio del juzgador sin atender a los principios que informan el proceso oral por audiencias.

Adicionalmente, con relación a la referida prueba personal, la autora agrega:

Esta situación resulta especialmente gravosa cuando nos referimos a una prueba de carácter personal, por ejemplo, la prueba testifical o el interrogatorio de las partes, para cuya valoración, a nuestro juicio, es inexcusable la inmediación estricta del tribunal sentenciador. Sin embargo, en principio, si la discrepancia suscitada en apelación recae sobre la valoración de los hechos y afirmaciones consignadas en un documento o informe pericial, nada impide su nueva apreciación por el órgano *ad quem* en la segunda instancia.¹⁶⁰

En este punto, debe denotarse la importancia de la conformación de un expediente del proceso, tal como sucedía en los sistemas escritos, no obstante que ello pretendía ser superado en el sistema de proceso por audiencias, y comprendería por tanto un retroceso, específicamente en lo concerniente a la segunda instancia.

Así las cosas, la preocupación de los doctrinarios citados trasciende hasta la actual legislación ecuatoriana en tanto el ámbito de acción del tribunal de apelación se ve limitado, como lo han descrito, frente a la práctica probatoria en segunda instancia; sin embargo de lo cual, bien puede presentarse una impugnación que verse precisamente sobre aquella valoración que deberán revisar sin haber presenciado su práctica y sobre la base de lo registrado por escrito o en grabaciones audiovisuales, y aún sin tales recursos si la administración de justicia no los ha previsto y efectivizado materialmente.

Precisamente, ante la impugnación de una sentencia o auto resolutorio de primer nivel en cuanto a la valoración probatoria de pruebas testimoniales y declaraciones de peritos practicadas con inmediación respecto del juzgador de primer nivel, pero sin posibilidad de repetirse o practicarse ante los jueces de segunda instancia, se evidencia la sustanciación del recurso de apelación sin apego a tal principio constitucional y procesal; a lo que debe sumarse también la práctica de una audiencia de forma obligatoria sin que ella obedezca a una finalidad procesal útil y trascendente en el marco de la resolución

¹⁵⁹ Marta del Pozo Pérez, *La quiebra de la inmediación en la segunda instancia*: 2 <<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp8poz.pdf>>, consulta: 23-10-2017.

¹⁶⁰ *Ibíd.*

sobre el fondo del recurso de apelación a la sentencia de primer nivel, lo que denota una transgresión al principio de celeridad.

De esta forma, el legislador ecuatoriano dejó abierta la posibilidad de realizar cuestionamientos y críticas a la funcionalidad y eficiencia del proceso oral por audiencias, siendo que los beneficios y adelantos que se presentan en la primera instancia no se reproducen de igual forma en la segunda instancia.

Ahora bien, considerando que la ley –producción del ingenio humano– es susceptible de perfeccionamiento, es menester también aportar soluciones a la problemática que se advierte, para lo cual resulta pertinente revisar, por ejemplo, la legislación española:

Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 464. Admisión de pruebas y señalamiento de vista.

1. Recibidos los autos por el Tribunal que haya de resolver sobre la apelación, si se hubiesen aportado nuevos documentos o propuesto prueba, acordará lo que proceda sobre su admisión en el plazo de diez días. Si hubiere de practicarse prueba, el Secretario judicial señalará día para la vista, que se celebrará, dentro del mes siguiente, con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

2. Si no se hubiere propuesto prueba o si toda la propuesta hubiere sido inadmitida, podrá acordarse también, mediante providencia, la celebración de vista siempre que así lo haya solicitado alguna de las partes o el Tribunal lo considere necesario. En caso de acordarse su celebración, el Secretario judicial señalará día y hora para dicho acto.¹⁶¹

Como se aprecia, el legislador español optó por dejar a criterio del juzgador, en el segundo inciso del art. 464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), la convocatoria a audiencia en la sustanciación del recurso de apelación cuando este no se haya formulado de forma conjunta con la petición de nueva prueba. Así, únicamente ante petición expresa o consideración del juzgador de la necesidad de escuchar a las partes, procede la convocatoria a audiencia, bajo el supuesto también contemplado en aquella legislación de que la interposición del recurso de apelación se hace por escrito,¹⁶² por lo que no se precisa de forma obligatoria de una audiencia en la que los litigantes reiteren de forma oral sus alegaciones, como sí lo configuró el legislador ecuatoriano en el COGEP.

¹⁶¹ España, Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, en Boletín Oficial del Estado, No. 7 (8 de enero de 2000), art. 464. En adelante se cita esta ley como LEC.

¹⁶² Cfr. Art. 460 y 461 de la LEC que refieren que el recurso de apelación se presenta por escrito al definir los documentos que pueden acompañarse al escrito de interposición y sobre el traslado del escrito de interposición a la parte apelada, respectivamente.

Vale también considerar el Código General del Proceso uruguayo¹⁶³ de 1989, en el que contempla la realización de una audiencia en segunda instancia, con la finalidad expresamente señalada de escuchar a las partes y dictar la resolución, pero con un enfoque distinto, así:

344.2.- Si la segunda instancia se tramitara ante tribunal colegiado, el expediente una vez recibido, será pasado a estudio de cada integrante en forma simultánea, en reproducción facsimilar.

Finalizado el estudio por el tribunal, sea este colegiado o unipersonal y si no se hubiere resuelto dictar decisión anticipada (art. 200), se citará a audiencia.

344.3.- En audiencia se diligenciará la prueba que el tribunal hubiere dispuesto a iniciativa de parte o de oficio (art. 253.2 y 254, num. 4) y se oír a las partes, en la forma prevista para la primera instancia, dictándose, luego, sentencia.

344.4.- En caso de que no se debiera diligenciar prueba, se convocará igualmente a audiencia a efectos de oír a las partes y dictar sentencia.

En el contexto advertido, se aprecia la inexistencia de inmediación en la segunda instancia, ante el hecho de que el juzgador *ad quem* no presencie la audiencia de juicio – vale decir la práctica probatoria– sin embargo de lo cual, debe resolver la causa con base en los registros de aquella diligencia sentados en el expediente procesal o, si el sistema judicial lo permite, en los registros audiovisuales de tal audiencia de juicio que lo aproximen a la práctica de las pruebas y, por tanto, posibiliten efectuar la respectiva valoración sobre la cual fundamente su decisión.

2.3. La prueba de oficio

El art. 168¹⁶⁴ del COGEP, en concordancia con el art. 130 numeral 10 del Código Orgánico de la Función Judicial -al igual que el art. 182 del modelo de Código Procesal para Iberoamérica- establece la atribución del juzgador de ordenar pruebas de oficio, para

¹⁶³ Uruguay, Código General del Proceso, Ley No. 15982, en Diario Oficial de la República Oriental del Uruguay, No. 22.743, T. 333 (14 de noviembre de 1988). Art. 344.2 y siguientes.

¹⁶⁴ COGEP, art. 168.- Prueba para mejor resolver.- La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión y 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.

lo que, según el texto del precepto, debe considerar tres condicionamientos: excepcionalidad, motivación y necesidad.

Siendo aquella una regla general en materia probatoria establecida en el COGEP, y más aún si se considera que el tribunal de apelación se encuentra en igual situación que el juez de primer nivel, se torna menester explorar la posibilidad de que en la audiencia de segunda instancia el tribunal considere ordenar la práctica de pruebas necesarias para mejor proveer.

Respecto de tal atribución del juez la doctrina aún mantiene posturas opuestas, como explica Adolfo Alvarado Velloso:

Por supuesto, la función del juzgador cambia radicalmente en uno y otro sistema [sistema inquisitivo y sistema dispositivo]:

- a) en tanto en el primero el juez solo tiene la misión de buscar –con clara imparcialidad en su actuación- el otorgamiento de certeza a las relaciones jurídicas a partir de las posiciones encontradas de los litigantes (aceptando sin más lo que ellos mismos aceptan acerca de los hechos sobre los que discuten), con lo que se logra aquietar en lo posible los ánimos encontrados para recuperar la paz social perdida.
- b) en el segundo el juez actúa –comprometiendo su imparcialidad- como verdadero investigador a fin de procurar la Verdad para lograr con ella hacer Justicia, conforme con lo que él mismo entiende que es ese valor, y se convierte así en una rara mezcla del justiciero Robin Hood, del detective Sherlock Holmes y del buen juez Magnaud...¹⁶⁵

En tanto que Joan Picó I Junoy, respecto a la tesis de observar estrictamente el principio dispositivo expone que “El argumento más frecuentemente utilizado para mantener el estado de pasividad del juzgador civil en relación a su iniciativa probatoria se concreta en la posible pérdida de su necesaria imparcialidad”¹⁶⁶, por lo que agrega que:

... el órgano jurisdiccional cuando decide llevar a cabo la citada actividad, no se decanta a favor o en contra de una de las partes, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad, pues antes de la práctica de la prueba no sabe a quién puede beneficiar o perjudicar, sino que su único objetivo es poder cumplir eficazmente la función de tutela judicial que la Constitución le asigna.¹⁶⁷

Retomando el contraste del COGEP con el Código Procesal para Iberoamérica, al tratar sobre las diligencias para mejor proveer, Vescovi explica que “son medidas de

¹⁶⁵ Adolfo Alvarado Velloso, *Debido proceso versus pruebas de oficio* (Bogotá: Temis, 2004), 96.

¹⁶⁶ Joan Picó I Junoy, *El juez y la prueba* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011), 125.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, 127

contenido probatorio, a los efectos de, una vez terminado el periodo correspondiente, y antes de dictar la sentencia, obtener una mejor ilustración sobre los hechos del litigio”¹⁶⁸; de lo que resalta, entonces, que el momento procesal idóneo para resolver sobre el ejercicio de esta atribución del juzgador es posterior a la actuación de las pruebas anunciadas por las partes y antes de adoptar su resolución, momento éste que bien puede identificarse con la segunda instancia.

En este punto, resulta pertinente traer a colación que, para enriquecer la presente investigación, se realizó una entrevista¹⁶⁹ a la jueza de la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Pichincha, doctora Ana Teresa Intriago Ceballos, quien explicó que la práctica judicial ha derivado en que el juzgador de segunda instancia, luego de haber analizado el caso y de haber interactuado directamente con las partes procesales en la audiencia respectiva, ordene la práctica de pruebas de oficio dirigidas a obtener “información de calidad” que coadyuven a la adecuada conformación del “cuadro probatorio”.

Ahora bien, en el escenario propuesto, la audiencia de segunda instancia establecida en el art. 260 del COGEP tendría una finalidad implícita, en congruencia con las atribuciones del juzgador para esclarecer los hechos, relativa a ordenar prueba de oficio, a más de fundamentar motivadamente sobre su necesidad, si la prueba actuada en primera instancia resultare oscura o insuficiente para la formación del criterio del tribunal. Y, aún más, la audiencia de segunda instancia podría ser el momento procesal oportuno para efectuar la práctica de la prueba ordenada de oficio, si su naturaleza permite su actuación *in situ* e inmediata.

No obstante, dicha diligencia probatoria, en tanto obedece a la prerrogativa probatoria del juzgador de segunda instancia, no da lugar a debate alguno entre las partes procesales, aunque ciertamente se practicaría con apego al principio de inmediación únicamente respecto del tribunal de apelación; puesto que, al no haber sido practicada ni valorada por el juez de primer nivel, la sitúa en igual posición que la prueba nueva o aquella obtenida con posterioridad a la sentencia de primera instancia en tanto no fue sometida a un doble grado de juzgamiento.

Adicionalmente, con el fin de no afectar el deber de imparcialidad, la prueba que se ordene de oficio por parte del órgano jurisdiccional, sea éste de primera o segunda

¹⁶⁸ Véscovi, *Teoría general*, 47.

¹⁶⁹ Ver en Anexo 1 la transcripción de la entrevista realizada el 28 de febrero de 2018.

instancia, deberá observar los principios y reglas generales de la prueba, de forma que ésta se apegue al objeto de la litis, evite vulneraciones a la congruencia y resulte útil y pertinente para la causa en concreto.

Según lo analizado, la CRE consagra como principios rectores del sistema procesal no solo a la inmediación, celeridad y publicidad, sino también al derecho a recurrir, lo que representa una obligación legislativa de contemplar medios de impugnación en los procesos que tengan por objeto la declaración y reconocimiento de derechos.

No obstante los aciertos que pueda alcanzar el legislador en el COGEP, en el ámbito específico de la segunda instancia desarrollada a través del recurso de apelación en contra de la sentencia o auto resolutorio de primer nivel, se advierte la inobservancia del principio de inmediación en lo relativo a la revisión de la valoración probatoria, cuando sobre ello verse la impugnación del recurrente, toda vez que la revisión del criterio reprochado y la formación del criterio del tribunal de apelación deberán ceñirse a los registros procesales ante la imposibilidad de realizar nuevamente la audiencia de juicio ante el juzgador de segunda instancia, pese a que posee tan amplias atribuciones para realizar un nuevo juzgamiento, lo que incluye ordenar prueba de oficio.

Capítulo Tercero: Análisis de Constitucionalidad

En el capítulo de cierre del presente trabajo de investigación, una vez planteados los cuestionamientos y observaciones al diseño procesal del COGEP para la segunda instancia, se verificará la hipótesis planteada respecto a la existencia de vicios de inconstitucionalidad en la sustanciación del recurso de apelación por no encontrar apego al principio de inmediación, consagrado en el art. 169 de la CRE y base fundamental para la realización exitosa del proceso por audiencias.

Para demostrar aquella apreciación se realizará un ejercicio de simulación de control de constitucionalidad, centrado en la fundamentación del recurso de apelación por escrito dentro de un proceso oral por audiencias y en la celebración obligatoria de una audiencia en segunda instancia.

En tanto el ejercicio referido permita advertir la necesidad de conservar la escritura en la segunda instancia –para la fundamentación del recurso de apelación– como mecanismo de realización del derecho a la defensa de la contraparte y de motivación de los actos procesales, se verificará que en ello el legislador no transgredió los preceptos constitucionales que insertan a la oralidad en el sistema procesal ecuatoriano.

No así, en lo referente a la celebración obligatoria de la audiencia en segunda instancia, dado que su celebración trastoca los principios de inmediación, celeridad y economía procesal a la vez que carece de contenido procesal, ante la falta de debate entre las partes y de aporte de elementos trascendentes para la formación del criterio del tribunal de apelación, lo que conlleva a precisar escenarios específicos en los que el órgano jurisdiccional requiere efectivamente de una diligencia oral.

En concordancia con lo determinado al contrastar la conformación de la segunda instancia en el COGEP, con los principios procesales-constitucionales de inmediación, celeridad y economía procesal, se proponen reformas legales que permitirían superar las incongruencias encontradas en el diseño del recurso de apelación, relativas a la admisión del recurso y presentación de la fundamentación respectiva, así como a la aplicación de un criterio de necesidad y pragmatismo para la celebración de la audiencia en segunda instancia.

3. Planteamiento del problema.

Tras haber determinado que la CRE de 2008 consagra al principio de inmediación, como pilar fundamental del proceso, así como la oralidad procesal y el derecho a recurrir como componente del derecho al debido proceso; y que, en efecto, el COGEP formula un esquema de proceso por audiencias que permite la materialización de la inmediación durante la audiencia de juicio de forma plena en la primera instancia, no así en la segunda instancia, surge el cuestionamiento respecto a la constitucionalidad del procedimiento contemplado en la norma procesal para el recurso de apelación.

En este sentido, a efectos de absolver esta interrogante surgida a partir del estudio realizado en los capítulos anteriores, se torna obligatorio examinar el tema desde la óptica constitucional dado que se ha advertido que el principio de la inmediación –entre otros– fue establecido por el constituyente de 2008, en el art. 169 de la Norma Fundamental, como principio rector del sistema procesal, por lo que fue trasladado por el legislador hacia el COGEP a través de la implementación del proceso por audiencias.

De forma consecuente, el diseño de proceso que se encuentra comprendido en el COGEP debía incorporar el principio de inmediación en todas sus fases e instancias, puesto que el precepto constitucional mencionado no estableció excepciones al mandato impuesto.

Ahora bien, considerando la finalidad anotada, es pertinente realizar un ejercicio de simulación de control de constitucionalidad, emulando la labor que corresponde oficialmente a la Corte Constitucional del Ecuador, de conformidad con las atribuciones determinadas en el *num.* 2 del art. 436¹⁷⁰ de la Constitución.

Para tal propósito, y tratándose de un ejercicio académico, debe plantearse un esquema de análisis que permita arribar a una conclusión de forma lógica y diáfana, a la vez que se realice una revisión desde la perspectiva constitucional sobre la aplicación del principio de inmediación en la sustanciación del recurso de apelación, entendido como segunda instancia.

¹⁷⁰ CRE [2008], tít. IX, “Supremacía de la Constitución”, cap. segundo “Corte Constitucional”, art. 436. ([Quito]: Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017): 291.

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes: [...] 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

En esta línea de ideas, de la jurisprudencia constitucional¹⁷¹ ecuatoriana se desprende que el control de constitucionalidad realizado dentro de los casos de acción pública de inconstitucionalidad de normas generales¹⁷² se realiza a partir de la formulación de un problema jurídico, expresado mediante una interrogante planteada de forma concreta y con términos sencillos.

Por tanto, dicho esquema será aplicado también en el análisis a realizar por la maestrante, de modo que la estructura del ejercicio de simulación no se aleje del patrón de control constitucional que se realizaría formalmente, en el evento de presentarse ante la Corte Constitucional del Ecuador una acción pública de inconstitucionalidad sobre los preceptos del COGEP que regulan la segunda instancia.

En este escenario, el control de constitucionalidad a partir de la formulación de un problema jurídico resulta relevante por cuanto el organismo constitucional ha recurrido a su aplicación a modo de “pregunta que encabeza la línea de jurisprudencia y que el investigador –la Corte Constitucional– intenta resolver mediante la identificación y la interpretación de dinámicas de varios pronunciamientos judiciales, además de la relación de estos con otros materiales normativos”.¹⁷³

La respuesta a tal pregunta constituye la conclusión de la investigación, que resulta del análisis y argumentación que realiza el organismo constitucional, contenida en la parte considerativa de la sentencia, y que corresponde al desarrollo del problema jurídico inicialmente formulado.

Con base en ello, el problema jurídico a formularse con relación a la falta de inmediación en la segunda instancia, según el diseño procesal comprendido en el COGEP, se circunscribirá a las fases procesales de la sustanciación del recurso de apelación que fueron cuestionadas en el capítulo anterior por considerar que resultaban contradictorias entre sí en tanto no formaban un engranaje útil y lógico respecto del proceso por audiencias, esto es, la fundamentación por escrito del recurso de apelación y la audiencia ante el tribunal de segunda instancia.

¹⁷¹ Cfr. Sentencias emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador en sistema de relatoría, <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/casos-y-sentencias/casos-y-sentencias/relatoria.html>>, consulta: 12-12-2017.

¹⁷² Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC), en ROS, No. 52 (22 de octubre de 2009), art. 75. En concordancia, con Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, en ROS, No. 613 (22 de octubre de 2015), art. 65.

¹⁷³ Diego López Medina, *El derecho de los jueces* (Bogotá: Legis, 2006), 147.

Vale anotar que la simulación de control de constitucionalidad que se propone resulta útil en tanto el principio de inmediación, considerado fundamental en la implementación de un proceso por audiencias, ha sido estudiado solo de forma somera por la Corte Constitucional del Ecuador en sentencias como la No. 004-09-SEP-CC¹⁷⁴ dictada el 14 de mayo de 2009 dentro del caso No. 0030-08-EP y la No. 005-16-SEP-CC¹⁷⁵ dictada el 6 de enero de 2016 emitida dentro de la causa No. 1221-14-EP.

Al respecto, vale poner de relieve que el espectro del análisis que realiza la Corte Constitucional en la resolución de sus causas puede adquirir diversas ópticas, de conformidad con la naturaleza de la acción o garantía jurisdiccional de que se trate, por lo que al haber sido dictadas las sentencias en mención dentro de acciones extraordinarias de protección,¹⁷⁶ no correspondía realizar un ejercicio pleno de control de constitucionalidad de normas, como el planteado en este trabajo de investigación.

Para el efecto, se torna menester que el Pleno de la Corte Constitucional se enfrente a una acción de inconstitucionalidad de norma general, que permita profundizar

¹⁷⁴ Sobre los principios de inmediación y celeridad en la dinámica del caso concreto: El art. 75 de la Constitución establece que el derecho a la justicia se sujetará a los principios de inmediación y celeridad. Para Davis Echandía, el principio de inmediación se traduce en la inmediata comunicación que debe existir entre el juez y las personas que obran en el proceso, los hechos que en él deban hacerse constar y los medios de prueba que se utilicen. En el caso concreto, esta Corte estima que se ha respetado el principio de inmediación en todas las fases procesales, pues la inmediata comunicación entre el juez y las partes se concretó eficazmente a través de la práctica de las citaciones, notificaciones, convocatorias y realización de las audiencias públicas, así como con la recepción de escritos y el correspondiente traslado a la otra parte, evacuación y valoración de prueba, etc.

¹⁷⁵ La posibilidad de sustentar el recurso de casación de manera oral dispuesto en la norma penal, permite cumplir con el principio de inmediación, mediante el cual las partes procesales aportan todos los elementos que coadyuvan a la correcta resolución de los casos puestos en conocimiento del juzgador. A través de la inmediación se da una vinculación personal entre los juzgadores y las partes con la finalidad de poder conocer directamente todo lo correspondiente al proceso penal, desde su inicio hasta su conclusión, de tal forma que se tenga un conocimiento efectivo de los hechos planteados para su resolución por parte de los administradores de justicia, obteniendo los medios y elementos para que el proceso sea eficaz y la sentencia justa. Por lo que se insiste que este principio rector del debido proceso penal –el de inmediación procesal–, se encuentra ligado con el derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el art. 75 de la CRE, cuando 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 principio de inmediación además se ha establecido dentro del mismo texto constitucional en su art. 169, en el que, al desarrollar el sistema procesal de la administración de justicia, se dispone que las normas procesales consagrarán, entre otros, el principio de inmediación que hará efectivas las garantías del debido proceso. Bajo este análisis el principio de inmediación tiene estricta relación con el principio de contradicción, mediante el cual las partes procesales se encuentran en igualdad de condiciones de exponer todos los elementos necesarios que brinden al juzgador mayor información para resolver, pues el derecho a la defensa, no solo constituye un derecho que debe ser respetado por los juzgadores, sino, más bien, constituye un medio del debido proceso que debe ser aplicado en la mayor medida posible, pues se aleja simplemente de la subjetividad de quien lo acciona, para constituir una regla básica de la actuación judicial.

¹⁷⁶ LOGJCC, art. 58.- En concordancia con la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, art. 45.

en el análisis de la observancia de la CRE en la forma y sustancia de normas infraconstitucionales que establezcan mecanismos procesales en los que deba materializarse el principio procesal-constitucional de la inmediación.

Al respecto, de la búsqueda realizada a los sistemas de *gestión de acciones constitucionales*¹⁷⁷ y de *relatoría*¹⁷⁸ que se encuentran disponibles a través del portal web de la Corte Constitucional del Ecuador,¹⁷⁹ se desprende que no se han presentado demandas de acción de inconstitucionalidad relativas a la falta de inmediación, así como tampoco se advierte que el organismo constitucional haya ahondado en la problemática de su cumplimiento o incumplimiento en el sistema procesal ecuatoriano en las sentencias dictadas dentro de acciones de inconstitucionalidad disponibles en el referido sistema de relatoría.

En tal razón, resulta válido realizar el ejercicio de control de constitucionalidad propuesto, una vez advertido que no existe un pronunciamiento puntual por parte del órgano competente para realizar dicho control, que sirva de sustento para afirmar su cumplimiento o incumplimiento en la sustanciación del recurso de apelación.

3.1. Simulación de control de constitucionalidad

La CRE, en su capítulo IV sección primera, establece los principios que deben regir la administración de la justicia y, en este marco, respecto al sistema procesal, el art. 169 prescribe:

Artículo 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

Como se denota de la lectura del precepto constitucional, este contiene la expresión de tres ideas distintas e independientes entre sí, aunque el constituyente haya resuelto reunir las en el mismo artículo. De aquellas, interesa para el análisis a realizar la

¹⁷⁷ <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>>. La búsqueda se realizó bajo los parámetros de “principio de inmediación” e “inmediación procesal”, sin arrojar resultados.

¹⁷⁸ <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/casos-y-sentencias/casos-y-sentencias/relatoria.html>>. La búsqueda se realizó bajo los parámetros de “principio de inmediación” e “inmediación procesal”, sin arrojar resultados.

¹⁷⁹ <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/>>.

segunda, que constituye un mandato claramente dirigido al legislador a fin de que en la legislación procesal se contemplen los principios que constan enumerados.

Respecto de los principios de simplificación, uniformidad y eficacia, resalta la intención del constituyente de generar una reforma procesal que implique una transformación del sistema de administración de justicia, de forma que los procesos judiciales –de cualquier materia– respondan a procedimientos menos engorrosos para quien persigue la tutela efectiva, imparcial y expedita¹⁸⁰ en los foros jurisdiccionales.

Vale traer a colación en este punto, que el legislador debía concebir el nuevo sistema procesal al amparo de la oralidad, por cuanto el constituyente le impuso –adicionalmente– ese mandato en el art. 168, num. 6¹⁸¹ de la CRE, por lo que el COGEP debía lograr la sustitución de la escritura por la oralidad, siempre que ello formara un engranaje con los principios procesales-constitucionales y los derechos que conforman el debido proceso.¹⁸²

No obstante, la oralidad no fue entendida por el legislador como un mandato absoluto, por lo que en el COGEP se adoptó un sistema mixto, en el que se combina la celebración de audiencias con las formas escritas para los actos de proposición, la notificación de las providencias jurisdiccionales y la fundamentación de los actos de impugnación, a pesar de que la escritura propiciara en términos generales la falta de inmediación y de celeridad, como se advirtió¹⁸³ en el primer capítulo.

Sobre la pretendida transformación del sistema de administración de justicia, la Presidenta de la Asamblea Nacional se refirió en los siguientes términos en el oficio¹⁸⁴ con el que remitió el texto del COGEP aprobado por el órgano legislativo, para sanción del Presidente de la República:

e) La calidad del servicio público que se ofrezca a la ciudadanía empata directamente con la propuesta normativa. Todo el texto provoca una acción articulada y eficiente que se sitúe en la dimensión de las expectativas ciudadanas, que requieren justicia proba

¹⁸⁰ Cfr. CRE, art. 75.

¹⁸¹ CRE, art. 168, num. 6: La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

¹⁸² Cfr. CRE, art. 76.

¹⁸³ Carbonell y Ochoa Reza, *¿Qué son y para qué sirven...?*, 118.

¹⁸⁴ Oficio PAN-GR-2015-0476 de 30 de marzo de 2015, suscrito por la señora Gabriela Rivadeneira Burbano, como presidenta de la Asamblea Nacional, y dirigido al economista Rafael Correa Delgado, Presidente de la República, en <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d72aa315-d757-4b86-baf6-18d29b0bd92c/Texto%20Aprobado%20en%20el%20Pleno%20de%20la%20Asamblea%20-%20Enviado%20a%20Presidencia.pdf>.

para resolver las controversias y vivir en un ambiente de paz social. Los procedimientos engorrosos serán reemplazados por otros que alienten a los particulares a confiar en el Estado para solucionar diferencias. Los trámites serán expeditos. Los procedimientos evitarán, dentro de lo jurídicamente factible, dilaciones innecesarias.

Ahora bien, para que tales apreciaciones superen los enunciados y se materialicen a través de las normas procesales, el legislador debió procurar que el nuevo sistema observe los principios prescritos en la Norma Fundamental una vez que el COGEP entrare en rigor, lo que implicaba concebir el proyecto normativo a partir del pleno entendimiento de los alcances de tales principios procesales, elevados a una dimensión constitucional.

3.1.1. Formulación y desarrollo del problema jurídico

En razón de lo anotado, el problema jurídico que se formula es el siguiente:

¿Los art. 257 y 260 del COGEP consagran el principio de inmediación según lo dispuesto en el art. 169 de la CRE?

Véscovi, al realizar su propuesta de proceso por audiencias en el modelo de Código Procesal para Iberoamérica advertía que aquél “tiene, en general, una fase de proposición escrita, una o dos audiencias orales (prueba y debate; a veces, inclusive la sentencia dictada al final de la última) y luego recursos de apelación o casación, también escritos”.¹⁸⁵

Así, la forma escrita de los actos procesales indicados se aplicaba para sustentar cuidadosamente los argumentos y procurar que estos se encuentren motivados, lo que permite advertir un dilema a superar por parte del legislador ecuatoriano, frente al mandato constitucional de erigir un sistema procesal basado en la oralidad para *todas las materias, instancias, etapas y diligencias*,¹⁸⁶ para lo cual se decantó por la escritura.

Sin embargo, se observa una suerte de congruencia en la decisión del legislador por cuanto ha considerado que, en razón de su naturaleza, los actos de proposición, de notificación formal de las decisiones del juzgador y de fundamentación de los recursos deben quedar registrados de forma inalterable para cualquiera de las partes procesales,

¹⁸⁵ Véscovi, *Teoría general*, 51.

¹⁸⁶ Cfr. CRE, art. 168, num. 6.

garantizando un proceso con observancia al derecho a la defensa,¹⁸⁷ que se ejercerá según los argumentos expresados por escrito, ya sea que ellos correspondan a las pretensiones del actor, las excepciones del demandado o emanen de las decisiones del juzgador.

En este sentido, resulta válido y legítimo que el legislador se haya inclinado por conservar los registros escritos en su configuración de proceso por audiencias, por sobre lo demandado en el art. 168, num. 6 de la CRE, en tanto se sacrificó –excepcionalmente– la oralidad para determinados actos procesales de modo que se garantizara con ello la realización del derecho a la defensa, prescrito en el num. 7 del art. 76 de la Norma Fundamental, cuya importancia es insoslayable y por lo tanto debía prevalecer.

Se aprecia, entonces, que el legislador aplicó una suerte de ponderación¹⁸⁸ a fin de dilucidar si debía prevalecer la forma escrita frente a la oralidad, con miras a preservar el derecho a la defensa y el debido proceso.

Específicamente, se advierte que los registros escritos de los actos de proposición, de las decisiones jurisdiccionales y de la fundamentación de la impugnación a las mismas persiguen la materialización de los componentes del derecho a la defensa establecidos en los literales b), h) y l) que mandan lo siguiente:

Artículo 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas [...].

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

- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- 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.
- l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

En consecuencia, se aprecia que el legislador procuró realizar el derecho al debido proceso, también enunciado en el art. 169 de la CRE como fin del sistema procesal, a través de las formas escritas de los actos procesales que permiten exteriorizar las razones

¹⁸⁷ Julio Picatoste Bobillo, *Los recursos y otros medios de impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Barcelona: Bosch, 2009), 254.

¹⁸⁸ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia No. 067-12-SEP-CC], 27 de marzo de 2012. *ROS*, No. 728 de 20 de junio de 2012.

del litigio, con lo que se desvirtúa la inconstitucionalidad del art. 257 del COGEP, que prescribe la obligación de fundamentar por escrito el recurso de apelación –si este fue interpuesto oralmente en la audiencia de juicio– dado que el registro escrito permitirá al juzgador y a la contraparte conocer los motivos y argumentos que sustentan el reproche que realiza el recurrente, y servirá al tribunal de segunda instancia para conocer los puntos de la decisión judicial de primer nivel sometidos a su consideración, así como a la parte no impugnante para preparar sus elementos para el debate procesal.

Por otra parte, el art. 169 de la Norma Fundamental consagra constitucionalmente los principios procesales de inmediación, celeridad y economía procesal, que fueron puestos de relieve en el primer capítulo de esta investigación como las principales ventajas de la implementación de la oralidad procesal.

Precisamente, en aras de lograr la inmediación judicial plena, el legislador adoptó el modelo de proceso por audiencias, entendiendo que tales diligencias permitirían observar, a su vez, los principios de celeridad y economía procesal al generar un relacionamiento directo del juez con el objeto del proceso y con las partes procesales, y en cuanto la realización de una diligencia evitaría las dilaciones ocasionadas por el intercambio de escritos y providencias sin mayor trascendencia procesal.

Lo anotado permite resaltar que las audiencias que conforman el nuevo esquema procesal planteado en el COGEP debía cumplir una finalidad determinada, vale decir, ser útil para el proceso y generar el espacio propicio para un debate entre las partes procesales, del cual el juzgador obtenga su conclusión y, por tanto, su decisión, ya sobre el fondo de la causa o sobre cuestiones incidentales.

Así, por ejemplo, la audiencia preliminar establecida en el art. 294 del COGEP, dentro del procedimiento ordinario, tiene como objeto analizar y resolver sobre las excepciones previas y validez procesal; y, de superarse aquellas, analizar y resolver sobre la pertinencia de las pruebas anunciadas para dar paso a la audiencia de juicio.

Por su parte, la audiencia de juicio, de conformidad con el art. 297 del COGEP, servirá para la práctica de las pruebas anunciadas y admitidas, así como para el debate de las partes y el anuncio verbal¹⁸⁹ de la decisión del juez sobre el fondo de la controversia.

¹⁸⁹ Sobre la distinción entre el pronunciamiento oral de la decisión jurisdiccional y la sentencia debidamente motivada, se recomienda la lectura de la Resolución No. 15-2017 de la Corte Nacional de Justicia.

En contraste, la audiencia de segunda instancia establecida en el art. 260 del COGEP debe cumplir los objetivos trazados en las reglas dictadas por la Corte Nacional de Justicia en su Resolución No. 15-2017 de 2 de agosto de 2017, como sigue:

Artículo 3.- En segunda instancia el tribunal de apelación observará las siguientes reglas:

Si se ha planteado la nulidad del proceso, tal cuestión será resuelta en primer lugar; luego se resolverán los recursos de apelación con efecto diferido; las solicitudes de prueba para acreditar hechos nuevos, o de aquella que ha sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia de primera instancia; y, los cargos planteados contra el auto definitivo o sentencia.

Si el tribunal de apelación revoca el auto de inadmisión de pruebas dictado por el juzgador de primera instancia o acepta la solicitud de práctica de pruebas sobre hechos nuevos o que ha sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia impugnada podrá suspender la audiencia, debiendo señalar día y en hora en que se reinstalará para practicar dichas pruebas. Si la prueba a practicarse en segunda instancia es pericial, la audiencia se suspenderá por el término previsto en la parte final del artículo 225 del Código Orgánico General de Procesos.

En los casos que se haya previsto consulta, el proceso se remitirá a la Corte Provincial de Justicia, sin más trámite. Recibido el proceso, la Corte Provincial de Justicia convocará a audiencia dentro del término de quince días, en el cual resolverá la consulta aunque no comparezca alguna de las partes.

El orden establecido en la Resolución No. 15-2017 de la Corte Nacional de Justicia para las cuestiones que deberán atenderse en la audiencia de segunda instancia deja en evidencia que aquella diligencia debe desarrollarse por fases, correspondiendo la primera de ellas a la resolución de incidentes derivados de la sustanciación del proceso en primera instancia, como son las alegaciones de nulidad y los recursos de apelación concedidos con efecto diferido.¹⁹⁰

No obstante, tales cuestiones no obedecen al fondo de la segunda instancia o al examen sobre la impugnación del recurrente, por el contrario, corresponden a incidentes que deben resolverse de forma previa a la cuestión medular *per se*; y, adicionalmente, al ser cuestiones incidentales, pueden presentarse o no, y de ello depende el desarrollo de la referida primera fase de la audiencia prevista en el artículo 260 del COGEP.

Una vez superados tales incidentes, o en el evento de no haber sido interpuestos dentro del proceso, el tribunal de segunda instancia debe continuar el desarrollo de la audiencia en mención centrándose en el estudio de las pruebas anunciadas en los escritos de fundamentación del recurso y de contestación a este, de conformidad con el segundo

¹⁹⁰ Cfr. COGEP, art. 262, num. 3.

y tercer inciso del artículo 258 del COGEP, lo que depende también de si ello fue planteado por las partes, por lo que se advierte que dicho segundo punto tampoco es de obligatoria ocurrencia dentro del proceso.

Finalmente, el tercer punto que debe tratar y resolver el tribunal *ad quem* durante la audiencia de segunda instancia es el único de los anotados en el num. 3 de la parte resolutoria de la Resolución No. 15-2017 de la Corte Nacional de Justicia, que corresponde propiamente a la segunda instancia, en tanto versa sobre el análisis y decisión respecto de los reproches formulados sobre la sentencia del primer juzgador y que es de necesaria realización.

Para efectos del análisis que se efectúa en el presente apartado, se plantea el caso hipotético de que no se hayan interpuesto la nulidad del proceso o recursos de apelación con efecto diferido, ni la presentación de prueba sobre hechos nuevos u obtenida con posterioridad a la sentencia de primera instancia. En tal caso, se evidencia que la audiencia de segunda instancia se reduce en su alcance y contenido.

En tal escenario, corresponde al tribunal de apelación únicamente definir si acepta o no los cuestionamientos a la sentencia recurrida y anunciar la decisión que se dicta en su lugar, ya sea reformando o revocando aquella, para lo cual no es menester llevar a cabo debate alguno entre las partes procesales puesto que sus argumentos constan sentados por escrito, quedando eliminado por tanto el diálogo procesal entre los sujetos y el tribunal, así como entre el tribunal y el objeto de la *litis*.

Aun cuando el tribunal diere paso al debate referido en el segundo inciso del art. 260 del COGEP, las intervenciones de las partes procesales se restringirían a reiterar los argumentos expresados en la fundamentación del recurso y la contestación a este, sin aportar elementos nuevos, tal como sucedía en las audiencias en estrados¹⁹¹ prescritas en el art. 1016 del Código de Procedimiento Civil y, por tanto, sin producirse propiamente un *debate* sino únicamente una muestra de oratoria forense¹⁹² que permitirá a los abogados litigantes exponer sus destrezas en retórica.¹⁹³

¹⁹¹ Con una finalidad análoga a aquella establecida en el art. 1016 del Código de Procedimiento Civil para la audiencia en estrados, se encuentra también dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano a la audiencia en estrados que se efectúa en procesos arbitrales, a petición de parte, de conformidad con lo prescrito en el art. 24 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación (en RO No. 417 de 14 de diciembre de 2016).

¹⁹² Cappelletti, *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*, 28.

¹⁹³ Eisner, desde una posición contraria, analiza los riesgos que la oralidad implica para los litigantes menos preparados, especialmente en el debate que tiene lugar durante las audiencias; en Eisner, *La inmediatez*, 68.

Adicionalmente, y de forma consecuente con lo anotado, el tribunal de apelación no basará su decisión en lo explayado durante la audiencia de segunda instancia, salvo que en ella se practicare prueba nueva que fuere sustancialmente relevante para la decisión de la causa, lo que corresponde, como se dejó sentado en líneas anteriores, a un caso excepcional en el que cabría cuestionarse, por su parte, si tal prueba fue sometida o no a un doble grado de juzgamiento, sobre lo que no cabe ahondar en la presente investigación.

En el escenario descrito, la audiencia convocada por el tribunal de segunda instancia, de conformidad con el art. 260 del COGEP, carece de utilidad práctica para la resolución de cuestiones de fondo sobre el recurso de apelación, aunque sí puede ser trascendente para la resolución de la admisión sobre prueba de hechos nuevos y la obtenida de forma ulterior a la sentencia de primera instancia.

Vale también examinar los términos que se han determinado en el COGEP para el desarrollo de la segunda instancia, respecto de lo cual debe ponerse de relieve los términos de 10 días prescritos en los art. 257 y 258 para presentar la fundamentación por escrito del recurso de apelación y la respectiva contestación a ésta; así como el término de 15 días establecido en el art. 260 para realizar la convocatoria a la audiencia, mismos que afectan notablemente al principio de celeridad en tanto la sustanciación del recurso de apelación se extiende aproximadamente por el lapso de dos meses, lo que puede incrementarse si se consideran los lapsos en los cuales sean despachados los escritos en mención y la disponibilidad del tribunal de apelación para el señalamiento de la fecha para la diligencia.

Así, se advierte la infracción a los principios de inmediación, celeridad y economía procesal, prescritos en el art. 169 de la CRE, visto que la audiencia prevista en el art. 260 del COGEP no es estrictamente necesaria para formar el criterio del tribunal de apelación, sino que, por el contrario, el órgano jurisdiccional puede valerse de los registros escritos o audiovisuales del proceso para adoptar su resolución, ya que en la audiencia no se presentarán las impugnaciones ni los argumentos para validarlas o desecharlas.

En esta línea de ideas se aprecia, adicionalmente, que la resolución definitiva de la *litis* a adoptarse por el tribunal de apelación no se apega al principio de inmediación en las dimensiones de sentido subjetivo y sentido estricto, según lo explicado por Rosario

Herrera Abián,¹⁹⁴ dado que el tribunal de segunda instancia no presencia la práctica de pruebas –desarrollada en la audiencia de juicio ante el juzgado de primer nivel– y, por tanto, tampoco se halla en la mejor condición para conocer y valorar el objeto del litigio; y, contrario a la finalidad que persigue la instauración del proceso por audiencias, la valoración de la prueba se ha producido a través de un intermediario constituido por el juzgador *a quo*.

Por tanto, para la configuración de la audiencia de segunda instancia, determinada en el art. 260 del COGEP, el legislador no veló por la realización de los principios de inmediación, celeridad y economía procesal, lo que se evidencia en la obligatoriedad de la misma pese a no revestir utilidad alguna para la resolución del recurso de apelación respecto de la decisión de primera instancia, así como en la resolución de la causa a base de los registros de la causa o la decisión del primer juzgador, lo que deriva en su inconstitucionalidad al tenor de los requerimientos establecidos en la segunda parte del art. 169 de la Norma Fundamental.

3.2. Necesidad de una reforma normativa

En tanto se ha advertido la inconstitucionalidad del art. 260 del COGEP en lo relativo a la realización de una audiencia obligatoria ante el tribunal de apelación, se torna indispensable formular una propuesta que permita superar los errores incurridos por el órgano legislativo en la formación de la norma en mención, y que dieron paso a la inconstitucionalidad por infringir los principios de inmediación, celeridad y economía procesal.

Ahora bien, considerando el escenario que plantea la Resolución No. 15-2017 de la Corte Nacional de Justicia, esto es, el desarrollo de la audiencia en segunda instancia por fases, es menester indagar sobre la necesidad o no de que el análisis de los argumentos presentados por escrito en la fundamentación del recurso de apelación y en la contestación a esta se analicen en una audiencia o, se dote a esta de mayor alcance, de modo que el tribunal pueda efectivamente estudiar por sí mismo las pruebas practicadas en la audiencia de juicio cuando sobre su valoración recayera la impugnación.

¹⁹⁴ Herrera Abián, *La intermediación como garantía*, 4 y 7.

Al respecto, vale explorar la finalidad que se ha establecido para la referida audiencia en otras legislaciones, principalmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, así:

Artículo 464.-Admisión de pruebas y señalamiento de vista.

1. Recibidos los autos por el Tribunal que haya de resolver sobre la apelación, si se hubiesen aportado nuevos documentos o propuesto prueba, acordará lo que proceda sobre su admisión en el plazo de diez días. Si hubiere de practicarse prueba, el Secretario judicial señalará día para la vista, que se celebrará, dentro del mes siguiente, con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

2. Si no se hubiere propuesto prueba o si toda la propuesta hubiere sido inadmitida, podrá acordarse también, mediante providencia, la celebración de vista siempre que así lo haya solicitado alguna de las partes o el Tribunal lo considere necesario. En caso de acordarse su celebración, el Secretario judicial señalará día y hora para dicho acto.¹⁹⁵

El alcance del precepto transcrito se entiende de mejor manera a la luz del análisis que realiza José Garberí Llobregat, del que se desprende que el legislador español aplicó un criterio de utilidad para definir en qué casos cabe la convocatoria a audiencia obligatoriamente, así:

Son varias y de distinto alcance las posibles decisiones que puede adoptar el tribunal *ad quem* una vez recibidas las actuaciones de la apelación, y una vez comparecidas ante el mismo las partes apelante y apelada (o, al menos, la primera de ellas); a saber:

1a. Dictar auto absteniéndose de conocer del recurso en el supuesto (en apelación más de laboratorio que otra cosa) en que dicho tribunal *ad quem* advierta que no es competente funcionalmente para llevar a cabo tal cometido [...].

2a. Tener por recibidas las actuaciones, declarándolo así en una resolución (pensamos que en forma de providencia), cuya fecha de emisión marcará el *dies a quo* del plazo de un mes previsto legalmente para dictar la resolución de la apelación en los casos en que no haya de celebrarse la vista (art. 465.2 LEC).

Tal ocurrirá cuando en los escritos de interposición, oposición o impugnación de las partes no se haya propuesto prueba o no se hayan aportados nuevos documentos, ni ninguna de las partes ni el propio tribunal considere necesaria la celebración de una vista oral en apelación (art. 465.2 LEC, *a contrario sensu*).

En estos casos, como puede apreciarse con facilidad, la fase de sustanciación y resolución del recurso quedará reducida simplemente a la emisión del pronunciamiento judicial[...]

¹⁹⁵ España, Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, en Boletín Oficial del Estado, No. 7 (8 de enero de 2000), art. 464.

3a. Tener por recibidas las actuaciones y, si se hubiesen aportado nuevos documentos o se hubiese propuesto prueba, acordar lo que proceda sobre su admisión en el plazo de diez días (art. 464.1 LEC).

A este respecto:

- a) Si toda la prueba propuesta resultase inadmitida en el correspondiente auto del tribunal, no se hubiesen aportado nuevos documentos, y ninguna de las partes hubiese solicitado la celebración de una vista oral, ni el tribunal (háyase o no solicitado esta por las partes) considere necesaria su celebración, entonces la apelación deberá resolverse en el plazo de un mes previsto en el art. 464, num. 2 de la LEC.
- b) Pero cuando hubiese de practicarse prueba en apelación (porque alguna de la propuesta por las partes ha sido admitida en el correspondiente auto del tribunal), o se hubiesen aportado nuevos documentos, o cuando el tribunal, pese a no tener que practicarse prueba alguna, considere necesaria su celebración (supuesto este que en la práctica resulta ciertamente impensable) entonces de convocará a una vista oral, que se celebrará, dentro del mes siguiente.¹⁹⁶

Similar criterio lo exponen Juan Montero Aroca y José Flors Matíes al afirmar que “la celebración de la vista se acordará necesariamente cuando se hubiere admitido la práctica de prueba, pues la misma deberá llevarse a cabo en dicho acto”.¹⁹⁷

Lo anotado torna obligatorio –con miras a formular una propuesta de reforma normativa eficiente– diferenciar entre los actos procesales que deben ser atendidos y resueltos por el tribunal de apelación en una audiencia, en observancia a los principios de inmediación, publicidad y concentración, de aquellos actos procesales que no requieren ser practicados ante el órgano jurisdiccional al no existir debate entre las partes y que pueden ser atendidos y resueltos de forma más celeré por el juzgador de segunda instancia si se prescindiere de dicha audiencia.

Así, se advierte que en la primera categoría se encuentran los casos relativos a la admisión y práctica de prueba en segunda instancia y, por el contrario, corresponden a asuntos que no precisan de la celebración de una audiencia para su resolución los relativos a la nulidad procesal y la resolución de recursos de apelación conferidos con efecto diferido, salvo que versen sobre la prueba practicada en la audiencia de juicio.

¹⁹⁶ Garberí Llobregat, El recurso de apelación, 178.

¹⁹⁷ Montero Aroca y Flors Matíes, Tratado de recursos, 413.

3.2.1. Sobre la necesidad de la audiencia en segunda instancia

Ahora bien, como corolario de uno de los cuestionamientos realizados en el capítulo anterior, relativo a los elementos sobre los cuales se sustenta el criterio del tribunal de apelación cuando la impugnación a la sentencia de primera instancia versa sobre la valoración probatoria, y específicamente, sobre la prueba testimonial y pericial, es menester plantear una solución frente al vacío que existe en el COGEP respecto de tal situación, dado que la naturaleza de tales diligencias probatorias tornan indispensable su práctica ante el juzgador, con apego al principio de inmediación.

Con base en lo anotado se identifican, entonces, dos situaciones específicas que pueden presentarse en la fundamentación escrita del recurso de apelación y en su respectiva contestación, que obligarían al órgano judicial a convocar a una audiencia en la que se realice un debate entre las partes procesales, estas expongan sus argumentos de forma oral y el tribunal de apelación anuncie su resolución de igual forma, independientemente de que ello pueda ser expresado también por escrito y motivadamente en un momento posterior a la diligencia, tal como sucede con la decisión de primer nivel luego de la audiencia de juicio.

Aquellas situaciones son:

1. Cuando en la fundamentación escrita del recurso de apelación, o en la contestación a este, con fundamento en el segundo y tercer inciso del artículo 258 del COGEP, las partes procesales anuncien prueba referente a hechos nuevos u obtenida con posterioridad a la emisión de la sentencia de primer nivel.
2. Cuando la impugnación a la sentencia de primera instancia se enfoque en la valoración de pruebas personales, como la prueba testimonial¹⁹⁸ y la declaración de perito¹⁹⁹, receptados durante la audiencia de juicio.

En el extremo contrario, se advierte que en los escenarios que se describen a continuación, el tribunal de apelación no requiere de forma imperiosa la convocatoria y realización de una audiencia para adoptar su decisión y que, en el evento de realizarse la diligencia, no existiría debate alguno que aporte elementos nuevos y trascendentales para la decisión, toda vez que la fundamentación por escrito del recurso de apelación y

¹⁹⁸ Cfr. COGEP, art. 184, 187 y 189.

¹⁹⁹ Cfr. COGEP, art. 222.

su contestación, así como las actuaciones procesales de primera instancia debidamente registradas²⁰⁰, servirán de base suficiente para que el tribunal se forme un criterio:

1. Cuando deba resolver sobre recursos de apelación con efecto diferido, salvo aquellos que versen sobre la inadmisión de pruebas por parte del juez de primer nivel.
2. Cuando se haya planteado la nulidad del proceso, con arreglo al artículo 111²⁰¹ del COGEP.
3. Cuando las partes procesales no hayan realizado anuncio de prueba sobre nuevos hechos u obtenida con posterioridad a la sentencia de primera instancia.
4. Cuando el reproche a la sentencia de primera instancia no verse sobre valoración de prueba, y concretamente, sobre las declaraciones de parte, testimoniales o periciales.

Las situaciones advertidas coadyuvan a determinar que la reforma normativa a plantear debe comprender aquellas situaciones que verdaderamente requieren la práctica de una audiencia, con el fin de procurar la sustanciación de la segunda instancia de forma célere, lo que conllevaría la eliminación de la obligatoriedad de la audiencia, como prescribe actualmente el art. 260 del COGEP.

3.2.2. Acercamiento al principio de inmediación

Una vez identificadas las situaciones que requieren indefectiblemente la realización de una audiencia ante el tribunal de segunda instancia, en la que se materialicen la oralidad y la inmediación, vale también profundizar en el caso de que la impugnación a la sentencia de primera instancia tenga relación con las pruebas de carácter personal.

²⁰⁰ Cfr. COGEP, art. 113 y siguientes

²⁰¹ COGEP, art. 111: Nulidad y apelación. El tribunal que deba pronunciarse sobre el recurso de apelación examinará si en el escrito de interposición se ha reclamado la nulidad procesal. Solamente en caso de que el tribunal encuentre que el proceso es válido, se pronunciará sobre los argumentos expresados por la o el apelante. Si encuentra que hay nulidad procesal y que la misma ha sido determinante porque la violación ha influido o ha podido influir en la decisión del proceso, la declarará a partir del acto viciado y remitirá el proceso a la o al juzgador de primer nivel. Los procesos conocidos por la o el juzgador superior, sin que se haya declarado la nulidad, no podrán ser anulados por las o los juzgadores inferiores, aun cuando hayan observado después, que ha faltado alguna solemnidad sustancial

Tal análisis debe partir de la premisa de que la prueba personal, sea esta la declaración de parte, de testigos o pericial, no puede producirse nuevamente ante el tribunal de apelación para efectos de que este resuelva la causa en segunda instancia.²⁰²

En este sentido, es preciso explorar los mecanismos de los que puede asistirse el tribunal *ad quem* para lograr un acercamiento a la práctica de tales pruebas realizadas en la audiencia de juicio, y específicamente, a los registros audiovisuales. Al respecto, se pone de relieve el criterio de Rosario Herrera Abián:

El panorama deja pocas posibilidades, nos encontramos en un proceso informado por el principio dispositivo, donde el juez de oficio no puede practicar prueba alguna, y por otro lado las partes tampoco pueden solicitar la práctica de aquellas pruebas cuya valoración ha sido objeto de impugnación, porque ya fueron practicadas en primera instancia, y la ley lo impide. Todo ello determina que no pueda postularse lo que sería acorde con el principio de inmediación, esto es que: toda aquella prueba cuyo resultado se cuestione y en que, por su naturaleza, la inmediación constituya un elemento de suma importancia en la valoración se practique de nuevo ante el juez *ad quem*.

Ante esta limitación legal de la prueba y esta concepción del recurso de apelación, la solución vendrá dada a través de los nuevos medios técnicos de reproducción y documentación que van a ayudar al órgano *ad quem* a una más correcta valoración de la prueba. No se puede equiparar la percepción de la prueba practicada a través de una cinta de video, por ejemplo, pero es posible afirmar que si el juez *ad quem*, al revisar el juicio fáctico del juzgador de primera instancia, cuenta con la posibilidad de visualizar la práctica de la prueba a través del video la ruptura de la inmediación es menor que cuando solo se cuenta con el reflejo documental del acta. Es cierto que no podrá percibirse con la misma claridad las expresiones, tonos y gestos de los individuos que como testigos, partes y peritos intervengan en el desarrollo de la prueba, ni podrá el tribunal, al hilo de las declaraciones, hacer alguna pregunta que le resuelva alguna duda pero siempre su grado de percepción será mucho mayor que lo que puede apreciar a través del escrito impersonal que constituye el acta.²⁰³

El art. 83 del COGEP contempla la grabación de las audiencias como un medio de realización del principio de publicidad del proceso, aunque no precisa el tipo de grabación que se realizaría; a la vez que establece de forma implícita la obligación de la autoridad competente de implementar la tecnología necesaria para el efecto, así:

Artículo 83.- Publicidad de las audiencias. Las audiencias serán grabadas solamente por el sistema implementado por la autoridad competente.

Se prohíbe fotografiar, filmar o transmitir la audiencia. Su contenido no podrá ser difundido por ningún medio de comunicación.

Las partes pueden acceder a las grabaciones oficiales. No se conferirá copia cuando la o el juzgador considere que podría vulnerarse los derechos de niñas, niños, adolescentes, familia, secretos industriales o información de carácter tributario. El contenido de la

²⁰² Cfr. Eisner, *La intermediación*, 7, 85 y 89.

²⁰³ Herrera Abián, *La intermediación como garantía*, 69.

grabación oficial podrá ser objetado hasta veinticuatro horas después de realizada la audiencia.

En todos los casos en que se entregue copia de la grabación de una audiencia, se prevendrá de la responsabilidad por el manejo abusivo de la información.

De esta forma, se infiere que el legislador ecuatoriano estableció en el COGEP un símil con la prescripción contenida en el num. 3 del art. 579 del Código Orgánico Integral Penal,²⁰⁴ que determina:

Artículo 579.- Registro electrónico de actos procesales.- El registro electrónico se realizará de conformidad con las siguientes reglas...

3. Todas las audiencias deberán ser registradas íntegramente por cualquier medio de grabación digital, de preferencia vídeo y se mantendrá un archivo digital con los registros obtenidos.

Considerando lo anotado, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se aplica la obligatoriedad de grabar las audiencias de forma que se garantice la materialización y registro de las actuaciones desarrolladas en tales diligencias, ya sea que puedan ser requeridas por las partes procesales o por la autoridad jurisdiccional.

De ello, el COGEP ha encargado a la “autoridad competente”, esto es, al Consejo de la Judicatura en razón de que el Código Orgánico de la Función Judicial²⁰⁵ determina, en su art. 254, que es el “órgano único de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial”.

En consecuencia, el Pleno del Consejo de la Judicatura expidió el 5 de agosto de 2014 el reglamento para la grabación, archivo, custodia y conservación de las audiencias en materia penal,²⁰⁶ por el que se materializa la disposición antes referida del COIP, por lo que conviene plenamente que la entidad emita la reglamentación aplicable para la grabación de las audiencias realizadas con arreglo al COGEP.

Tales registros de las audiencias de juicio se constituirían en la herramienta ideal para que los tribunales de apelación examinen las actuaciones de las partes procesales que sean pertinentes en razón de las impugnaciones realizadas en el recurso de apelación, y más aún, para analizar la práctica de las declaraciones de parte, testimoniales y periciales a fin de procurar el cumplimiento del principio de inmediación.

²⁰⁴ Ecuador, COIP, en *ROS*, No. 180 (10 de febrero de 2014).

²⁰⁵ Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, en *ROS*, No. 544 (9 de marzo de 2009).

²⁰⁶ Ecuador, Resolución No. 133-2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura, en *ROS*, No. 308 (11 de agosto de 2014)

Respecto del uso de los registros audiovisuales de las audiencias, como mecanismos de realización del principio de inmediación, autores como Amalia Fernández Balbis²⁰⁷ sostienen que el derecho procesal se encuentra experimentando una suerte de renacimiento de la inmediación gracias al aporte de las nuevas tecnologías; adicionalmente, la autora realiza una reseña de la implementación de este mecanismo de registro de las audiencias en Argentina, así:

Tomando el ejemplo de otras provincias y sobre la base de las pruebas piloto, se ha puesto en marcha en el departamento judicial de La Plata (Buenos Aires) un sistema que permite que de cada audiencia realizada con esta herramienta se obtenga un registro de absoluta inalterabilidad y fidelidad que se almacena en un servidor exclusivo validado por el Poder Judicial provincial. A través de esta modalidad se pueden obtener copias inmediatas en formato DVD, tanto para entregar a las partes como para reserva y consulta del juzgado interviniente. En ese ámbito, se ha habilitado una sala especialmente acondicionada para poder captar y grabar audio e imagen de las audiencias susceptibles de recepción unificada de prueba, tales como las correspondientes a declaraciones testimoniales, absolución de posiciones o comparecencias de peritos.²⁰⁸

Se ha destacado, además, que las audiencias han recobrado espontaneidad al evitarse interrupciones tipográficas y que las fórmulas sacramentales han dado lugar a interrogatorios francos, fluidos, naturales. Particularmente valiosa resulta la filmación para la prueba pericial, ya que los peritos pueden brindar sus explicaciones verbalmente ante el registro de la cámara con notable claridad, liberados del yugo de la redacción a la cual están generalmente desacostumbrados.²⁰⁹

De forma consecuente con lo analizado, se advierte que un segundo elemento a considerar para plantear la propuesta de reforma normativa debe perseguir la consecución efectiva del mandato contenido en el artículo 83 del COGEP, en tanto los registros audiovisuales de las audiencias de juicio, de igual forma que aquellas registradas en el ámbito penal, constituyen un importante insumo no solo para el registro de las actuaciones para su posterior examen y revisión por parte de los órganos judiciales, sino también por cuanto permiten practicar las pruebas personales con total fluidez, esto es, sin interrupciones en su desarrollo que coarten la naturalidad y espontaneidad con que deben practicarse las pruebas personales.

²⁰⁷ Amalia Fernández Balbis, *El Lenguaje Gestual en la Audiencia* en Jorge Peyrano, dir. y Silvia Esperanza, coord. *Nuevas Herramientas Procesales, II*. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014), 80.

²⁰⁸ *Ibíd.* 81.

²⁰⁹ *Ibíd.* 82.

3.3. Propuesta de reforma normativa

Con base en lo expuesto, a manera de aporte académico y de forma congruente con los cuestionamientos realizados en el presente trabajo de investigación, se formulará una propuesta de reforma normativa cuyo propósito sea, por un lado, eliminar la audiencia en segunda instancia en aquellos casos en que no sea estrictamente necesario en función de la utilidad que prestaría para la resolución del recurso de apelación; y por otra parte, la incorporación de la revisión de los registros audiovisuales de la audiencia de juicio en la sustanciación de la segunda instancia, con el fin de aproximar al tribunal de apelación a las pruebas personales y materializar así el principio procesal-constitucional de la inmediación.

En este sentido, las normas que reemplazarían el actual art. 260 del COGEP rezarían como sigue:

- **Artículo 259.1, agregado luego del artículo 259 del COGEP. Audiencia en segunda instancia:** Recibido el expediente, el tribunal de apelación emitirá su resolución por escrito y de forma motivada dentro del término de 10 días, salvo los casos siguientes en los que deberá convocar a audiencia de segunda instancia dentro del mismo término:
 1. Cuando en la fundamentación escrita del recurso de apelación, o en la contestación a este, las partes procesales anuncien prueba, de conformidad con los incisos segundo y tercero del artículo 258.
 2. Cuando la impugnación a la sentencia de primera instancia verse sobre la valoración de pruebas personales.
 3. Cuando deba resolver un recurso de apelación con efecto diferido planteado en contra de un auto dictado por el juzgador de primera instancia por el que haya inadmitido pruebas.²¹⁰
 4. A criterio del tribunal de apelación, cuando de los escritos de fundamentación del recurso de apelación y de su contestación se evidenciare la necesidad de celebrarla o el requerimiento expreso de cualquiera de las partes de efectuarse la audiencia. En cualquier caso, el tribunal de apelación podrá ordenar la práctica de pruebas para mejor proveer, de conformidad con lo previsto en el art. 168 del COGEP, debiendo fundamentar tal decisión durante la audiencia y señalar, en caso de ser necesaria su suspensión y diferimiento, la fecha en que se reinstalará la audiencia para la práctica de la prueba ordenada.
- **Artículo 259.2, agregado luego del artículo 259 del COGEP. Audiencia para resolver sobre la prueba en segunda instancia:** Si en la audiencia convocada de conformidad con el numeral 1 del artículo 259.1, el tribunal de apelación resolviere admitir la práctica de prueba para acreditar hechos nuevos, o de aquella que ha sido

²¹⁰ Pese a que el num. 3 del art. 259.1 no fue planteado por la maestrante, es necesario recogerlo en la propuesta de reforma al COGEP por haber sido previsto el escenario descrito en la Resolución No. 15-2017 de la Corte Nacional de Justicia.

posible obtenerla con posterioridad a la sentencia de primera instancia, ordenará su práctica en la misma audiencia.

Una vez despachada la práctica de prueba, el tribunal de apelación anunciará su decisión de forma oral, sin perjuicio de emitir la sentencia de segunda instancia por escrito y debidamente motivada en el término de 10 días.

- **Artículo 259.3, agregado luego del artículo 259 del COGEP. Audiencia de recurso de apelación sobre valoración de pruebas personales:** Para el desarrollo de la audiencia en segunda instancia convocada por el tribunal de apelación con arreglo al numeral 2 del artículo 259.1, se seguirán las siguientes reglas:
 1. Una vez instalada la audiencia, el tribunal de apelación escuchará las alegaciones de las partes respecto a la procedencia o improcedencia del recurso.
 2. A continuación, el tribunal de apelación ordenará la reproducción del registro audiovisual de la audiencia de juicio, en la parte pertinente a la práctica de la prueba personal cuya valoración fue objeto del reproche realizado por el apelante sobre la sentencia de primera instancia.
 3. Si el tribunal de apelación lo considerare necesario, los jueces que lo conforman podrán realizar preguntas al deponente siempre que éstas sirvan para complementar o aclarar su declaración rendida durante la audiencia de juicio.
 4. Una vez concluidas las aclaraciones o ampliaciones requeridas, el tribunal de apelación anunciará su resolución de forma oral, misma que será notificada por escrito y en forma motivada en el término de 10 días.

- **Artículo 259.4, agregado luego del artículo 259 del COGEP. Audiencia de recurso de apelación con efecto diferido sobre inadmisión de prueba:** Si del debate producido en la audiencia convocada de conformidad con el numeral 3 del artículo 259.1, el tribunal de apelación resolviere aceptar el recurso de apelación planteado con efecto diferido y, por tanto, revocar el auto impugnado y admitir una determinada prueba, ordenará la práctica de dicha prueba en la misma audiencia.
Una vez practicada la prueba, el tribunal de segunda instancia anunciará su decisión de forma oral, sin perjuicio de emitir la sentencia de segunda instancia por escrito y debidamente motivada en el término de 10 días.

Las reformas propuestas al COGEP permitirán mayor celeridad en la resolución del recurso de apelación, así como derivarán en la realización de la audiencia de segunda instancia únicamente cuando el tribunal *ad quem* deba resolver aquellos casos en que se genere un debate que aporte con elementos para la formación de su criterio.

Debe ponerse de realce, además, que las posibilidades de suspender²¹¹ la audiencia quedan a criterio del tribunal y únicamente para efectos de conceder a las partes la oportunidad de preparar la prueba en debida forma, lo que es sumamente importante

²¹¹ Diana María Ramírez Carvajal, “La oralidad y su relación con los poderes de instrucción que tiene el juez en el proceso”, en López Escobar, edit. *Oralidad y proceso*, 12.

cuando se trata de pruebas personales en las que se practicarán interrogatorios y conainterrogatorios.

3.3.1. Otras reformas pertinentes

De forma consecuente con los aspectos advertidos en el segundo capítulo de la presente investigación, relativos al contenido de la fundamentación del recurso de apelación y a su admisión por parte del juzgador de primera instancia, se considera necesario plantear, también, reformas normativas referentes a tales momentos procesales a efectos de salvar las incongruencias encontradas en el diseño legislativo del proceso por audiencias.

Al respecto, vale retrotraernos al problema identificado, esto es que la fundamentación escrita del recurso de apelación es analizada por el juez de primer nivel de forma previa a la resolución sobre su admisión o inadmisión; cuando lo que procede verificar a dicho juzgador son los requisitos de admisibilidad o inadmisibilidad del recurso, a saber:

1. Recurribilidad de la resolución que se impugna.
2. Competencia del órgano judicial y legitimación del recurrente.
3. Gravamen para el recurrente.
4. Debida oportunidad para la interposición del recurso.

Frente a tales requisitos, se evidencia que el juzgador de primera instancia se encontraría en plena capacidad de analizarlos y resolver sobre la pertinencia y procedencia del recurso de apelación al momento mismo de haber sido planteado éste, de conformidad con los art. 256 y 298 del COGEP, si la norma procesal recogiera tales parámetros²¹² de forma que fuera factible identificar adecuadamente los momentos procesales de admisión y de procedencia.

En este sentido, una vez anunciada la decisión del juzgador de primera instancia de forma oral –al finalizar la audiencia de juicio– y en concordancia con lo previsto en la parte final del primer inciso del art. 256,²¹³ el apelante podría proponer el recurso de

²¹² De la entrevista realizada a la jueza Ana Teresa Intriago Ceballos (Anexo 1) se aprecia que a su criterio, es necesario fundamentar el recurso ante la exigencia de la norma, frente al vacío en cuanto a los requisitos de admisibilidad, recordando que el Código de Procedimiento Civil en su art. 326 determinaba expresamente el ocasionamiento de gravamen irreparable como condición para apelar.

²¹³ COGEP, art. 256.- “Se interpondrá [el recurso de apelación] de manera oral en la respectiva audiencia [de juicio]”.

apelación respecto de tal decisión, sin perjuicio de presentar su fundamentación por escrito una vez que la autoridad jurisdiccional dé a conocer su sentencia escrita y motivada, como lo establece el art. 257 del COGEP.

En aquel momento, en apego a los principios de celeridad y economía procesal, el juzgador de primer nivel podría verificar los requisitos antes enumerados, sin necesidad de recurrir a otro momento procesal para hacerlo y anunciar su decisión al respecto, de forma que al finalizar la audiencia de juicio, a más de conocer el sentido de la sentencia y si las partes procesales apelan de ella, también se conocerá la decisión jurisdiccional sobre la admisión del recurso de apelación, aunque los efectos de tal decisión se difieran hasta que la parte recurrente presente el escrito de fundamentación del recurso, de forma que se conserve la armonía con la sanción establecida en el último inciso del art. 258.

En razón de lo anotado, la reforma normativa que se propone tendría lugar respecto del art. 256 del COGEP, al que se agregaría lo siguiente, a la vez que se reformaría el último inciso del art. 258 y eliminaría el actual art. 259, así:

- **Inciso agregado luego del primer inciso del artículo 256 del COGEP.**

Procedencia: 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 interpondrá de manera oral en la respectiva audiencia.

Una vez interpuesto el recurso de apelación respecto de la decisión de primera instancia, el juez verificará la concurrencia de los requisitos de recurribilidad de la resolución que se impugna, competencia del órgano judicial y legitimación del recurrente, existencia de gravamen para el recurrente y debida oportunidad para la interposición, y anunciará su decisión oral respecto de su admisión o inadmisión, sin perjuicio de la obligación de la parte recurrente de presentar la fundamentación de su recurso por escrito, de conformidad con lo establecido en el artículo 257 y último inciso del artículo 258.

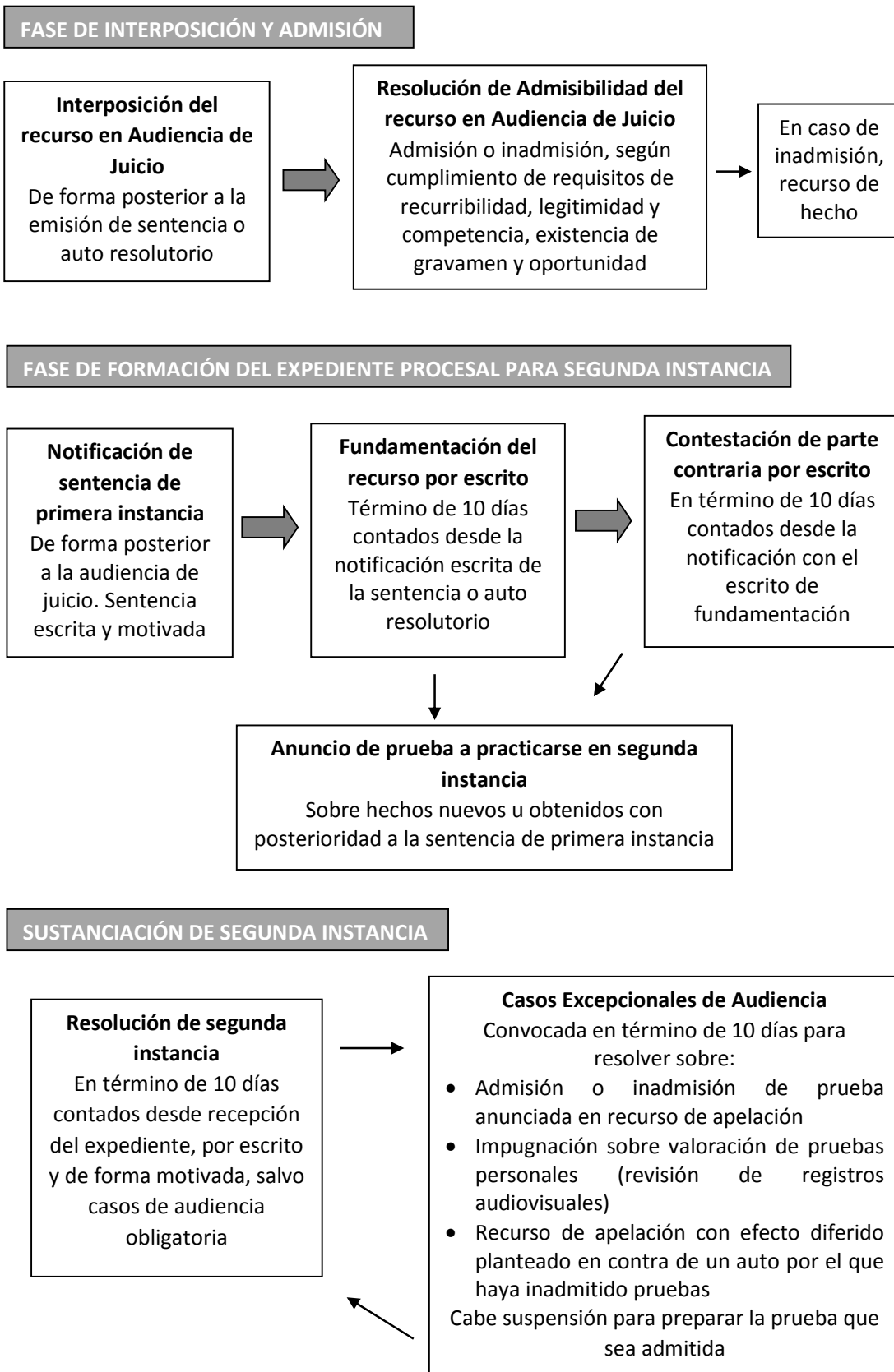
Si el recurso no es admitido, la parte apelante podrá interponer el recurso de hecho. Las sentencias adversas al sector público se elevarán en consulta a la respectiva Corte Provincial, aunque las partes no recurran, salvo las sentencias

emitidas por los Jueces de lo Contencioso Administrativo y Tributario. En la consulta se procederá como en la apelación.

- **Artículo 285, último inciso: Procedimiento:** Con la fundamentación se notificará a la contraparte para que la contesta en el término de diez días. En materia de niñez y adolescencia el término para contestar será de cinco días. Tanto en la fundamentación como en la contestación, las partes anunciarán la prueba que se practicará en la audiencia de segunda instancia, exclusivamente si se trata de acreditar hechos nuevos. También podrá solicitarse en las correspondientes fundamentación o contestación la práctica de prueba que, versando sobre los mismos hechos, sólo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia. La apelación y la adhesión no fundamentada serán rechazadas de plano, teniéndose por no deducido y *admitido* el recurso.

Ahora bien, vale graficar²¹⁴ el desarrollo de la segunda instancia considerando la incorporación de las reformas propuestas, así:

²¹⁴ Las fases de obligatoria consecución se encuentran precedidas por la flecha rellena de color gris, mismas que demarcan el orden en que deben sucederse; en tanto que las variantes aparecen precedidas por una flecha lineal sin relleno, que indica a la vez la fase del proceso en que puede presentarse.



Cuadro de elaboración propia

En el gráfico que antecede se diferencian, únicamente con fines didácticos, tres fases en el desarrollo de la segunda instancia, con el fin de poner de relieve que el papel del juzgador de primer nivel se limita a la admisión del recurso de apelación durante la audiencia de juicio.

Asimismo, la distinción de aquellos tres momentos permite dilucidar la transición que debe realizar la causa para pasar del juez *a quo* al tribunal *ad quem*, en tanto se integren al expediente procesal la sentencia escrita y motivada de primera instancia, el escrito de fundamentación del recurso de apelación y el respectivo escrito de contraposición a este. Vale agregar que, en un segundo plano, se deben integrar además los registros audiovisuales de la audiencia de juicio.

Así, se define la configuración de la segunda instancia en concordancia con el precepto contenido en el art. 100 del COGEP, en lo referente a la cesación de la competencia del juez de primer nivel luego de notificarse su sentencia por escrito a las partes procesales (primera fase).

De forma posterior, la intervención del juez de primer nivel se limita a dirigir la adecuada formación del expediente procesal previo a trasladar la causa a conocimiento y resolución del tribunal *ad quem* (segunda fase), todo lo cual se apega a lo descrito en los art. 257 y 258 del COGEP.

En este sentido, tanto en el escrito de fundamentación del recurso de apelación como en el escrito de contestación a éste, de conformidad con lo establecido en los incisos segundo y tercero del referido art. 258, las partes pueden anunciar la prueba a practicar en la audiencia de segunda instancia, lo que deberá ser analizado y resuelto por el tribunal de apelación, más no por el juez de primer nivel.

Precisamente para resolver sobre las tres cuestiones precisadas anteriormente, relativas al anuncio de prueba para acreditar hechos nuevos o aquella obtenida de forma ulterior a la emisión de sentencia de primera instancia, a la impugnación de la valoración de pruebas personales por parte del juez *a quo* y la resolución de un recurso de apelación concedido con efecto diferido e interpuesto en contra de un auto que inadmita pruebas anunciadas en primera instancia, el tribunal de apelación deberá convocar a una audiencia en la que deberá existir un debate y aplicarse el principio procesal-constitucional de inmediación.

Así, salvo que el tribunal *ad quem* se encuentre ante tales escenarios, deberá emitir su fallo de segundo nivel por escrito y notificarlo a las partes procesales, puesto que la

realización de una audiencia para atender cuestiones distintas a las señaladas genera retardo ante su falta de trascendencia procesal (tercera fase).

De este modo, al determinar que la forma escrita de la fundamentación del recurso es válida procesal y constitucionalmente, en parangón con los actos de proposición presentados en primera instancia, y como medio de realización del derecho a la defensa y a la motivación de las partes procesales, se establece que ello debe mantenerse en el diseño procesal de la segunda instancia; sin embargo, los momentos procesales de admisión del recurso por parte del juez *a quo* y del análisis de la fundamentación y admisión de pruebas en segunda instancia por parte del tribunal *ad quem* deben ser definidos con mayor precisión, en función de las competencias que corresponden a cada órgano judicial.

En lo relativo a la realización de una audiencia, ésta debe considerar el criterio de necesidad, lo que dependerá de la cuestión a resolver en la misma y en los aportes que pueden realizar las partes procesales para coadyuvar a la acertada resolución del tribunal *ad quem*. De allí que, se identifiquen cuestiones procesales que ciertamente requieren la celebración de una audiencia para observar el principio de inmediación, a partir de la determinación de que la realización de esta diligencia de forma obligatoria comprende la transgresión a los principios de inmediación, celeridad y economía procesal consagrados constitucionalmente, derivando por tanto en la inconstitucionalidad de la configuración de esta fase de la segunda instancia.

Frente a ello, las propuestas de reformas normativas generarían economía procesal y celeridad, puesto que la admisión del recurso de apelación debe darse en el mismo momento procesal de su interposición, y que la convocatoria a audiencia se reserva para cuestiones en las que ello sea válido procesalmente, como cuestiones relativas a la admisión y valoración de prueba, al demandar tales asuntos la materialización del principio procesal-constitucional de la inmediación.

No obstante, el cumplimiento de los términos por parte de los órganos jurisdiccionales para efectos de emitir la sentencia escrita, cuando no sea indispensable la realización de una audiencia, así como para realizar la convocatoria y celebrar la diligencia oral serán requisito *sine quanon* para la materialización de la anhelada celeridad y para distinguir la conformación de la segunda instancia propuesta en el COGEP de aquella prescrita en el derogado Código de Procedimiento Civil.

Conclusiones Finales

1. La Constitución de la República del Ecuador, promulgada en 2008, estableció un cambio de paradigma procesal a partir del cual la *oralidad* debe primar como forma de las actuaciones judiciales y, adicionalmente, se instituyen a la inmediatez, concentración, celeridad y publicidad como principios transversales del proceso, no sólo por cuanto su conjugación es indispensable para el diseño de un proceso oral, sino porque se erigen como instrumentos para la transformación del sistema judicial, al tenor de los art. 168, num. 6 y art. 169 de la Norma Fundamental.
2. En el capítulo primero se realizó un análisis al modelo de proceso establecido en el COGEP, del cual se desprende que el legislador ecuatoriano adoptó el modelo de *proceso por audiencias o proceso mixto*, inspirado en el proyecto modelo de Código Procesal para Iberoamérica aprobado por el Instituto de Derecho Procesal de Iberoamérica durante las XI Jornadas de Derecho Procesal de 1988 en Río de Janeiro que, a su vez, se sirvió de los aportes doctrinarios de Chiovenda y de la Ordenanza Austriaca de 1895 de Klein.

La virtud de aquel modelo de proceso radica en la efectiva combinación de la escritura y de la oralidad, en sus justas medidas, de modo que el valor de la escritura se reconoce al mantener esta forma para los actos de proposición y de impugnación, en tanto que la oralidad prevalece en la práctica probatoria. En este sentido, se aprecia que el proceso por audiencias es un modelo técnicamente mixto que tiene como pilar fundamental a la inmediatez, que se materializa a través de las audiencias.

3. El modelo de proceso por audiencias adoptado en el COGEP mantiene la estructura descrita en el proyecto modelo de Código Procesal para Iberoamérica en tanto comprende: una audiencia preliminar en la que se aplica la celeridad y la concentración por cuanto se destina a múltiples propósitos, así: intentar la conciliación para poner fin al litigio; sanear la causa, de ser necesario; fijar el objeto de la *litis* y definir qué probar y cómo probarlo.

Y, una audiencia de juicio a realizarse posteriormente, en la que se practican las pruebas admitidas con apego al principio de *inmediatez en sentido amplio*, ésta es aquella que se configura con la mera presencia del juez durante las diligencias, según lo establece el art. 81 del COGEP; no así con arreglo a la inmediatez en sentido estricto y en sentido subjetivo, que se refieren –en su orden– a la ubicación del

juzgador en la mejor condición para conocer y valorar el objeto de la *litis* y a procurar el desarrollo del proceso, de principio a fin, ante el mismo juez.

4. Respecto a la naturaleza jurídica de la intermediación se determinó, en el capítulo primero, a través de la aplicación del test diseñado por Prieto Monroy que, contrario a la oralidad, constituye un *principio* que el constituyente ecuatoriano de 2008 elevó a la dimensión constitucional. Así, se verificó, a partir de la sanción de nulidad de la audiencia que se desarrollare sin la presencia del juzgador, establecida en el art. 81 del COGEP, que sin intermediación no existe proceso; que constituye un criterio transversalmente integrador del ordenamiento jurídico procesal, de conformidad con el mandato de los art. 75 y 169 de la CRE; que se trata de un mandato procesal de carácter general y vinculante; que no constituye un juicio de valor puesto que no es un elemento accidental ni referencial del proceso; y que se erige como un criterio diferenciador del modelo de proceso por audiencias.
5. En el segundo capítulo se explora el diseño procesal para la *segunda instancia* establecido en el COGEP, del cual se advierte la falta de regulación específica para el *recurso de apelación* interpuesto en contra de la sentencia o auto resolutorio de cierre de la primera instancia que, en consecuencia, configura la vía de acceso al segundo grado de juzgamiento, en el cual tiene lugar una revisión por parte del tribunal *ad quem* sobre los mismos hechos, alegaciones y material probatorio con el fin de ratificar, modificar, rectificar o revocar la decisión del juez *a quo*.
Así, también, se determinó que el COGEP plantea un recurso de apelación de carácter limitado, por cuanto restringe la interposición de nuevas pretensiones, excepciones y pruebas, sin perjuicio de generar un nuevo juzgamiento dado que las atribuciones del juez de segundo nivel se limitan, únicamente, por la debida congruencia de su decisión respecto de lo impugnado.
6. De la revisión al esquema procesal de la segunda instancia en el COGEP, en contraste con los principios procesales-constitucionales que deben regir el proceso por audiencias establecidos en el art. 169 de la Constitución de la República, surge la *hipótesis* planteada en torno a la falta de intermediación en el recurso de apelación, especialmente cuando las impugnaciones a la sentencia de primer nivel versan sobre la prueba personal practicada en la audiencia de juicio dado que su valoración exige la apreciación directa del juzgador, lo que es de imposible verificación ante el tribunal

de apelación dado que la práctica probatoria no se reproduce ni se repite en esa instancia.

Al respecto, se advierte que la inmediación no se alcanza con la mera realización de una audiencia ante el tribunal de apelación, sino cuando el órgano jurisdiccional presencia un debate entre las partes procesales que rebasa la retórica forense, aporta elementos para la formación del criterio del juzgador y genera un diálogo entre aquél con las partes y con el objeto del proceso.

7. Por otro lado, se cuestiona la configuración de la segunda instancia en el COGEP en lo relativo a la revisión del escrito de fundamentación del recurso de apelación por parte del juez *a quo* para resolver sobre su admisibilidad, dado que su competencia se agota al notificarse la sentencia escrita, de conformidad con el artículo 100 del COGEP; así como, por exigirse la realización de una audiencia ante el tribunal *ad quem* cuyo objeto y finalidad no han sido determinados claramente en la norma procesal, y que se torna prescindible puesto que los elementos que aportan a la decisión del tribunal de apelación se incorporan al proceso, previo a tal diligencia, por escrito.

En consecuencia, la audiencia en segunda instancia, establecida en el artículo 260 del COGEP, no coadyuva a la formación de un engranaje efectivo entre la oralidad, la escritura y la inmediación, conforme se aspira al implementar el proceso por audiencias, por lo que el proyecto modelo de Código Procesal para Iberoamérica no contemplaba la realización de dicha audiencia en la segunda instancia, en tanto que la Ley de Enjuiciamiento Civil española promulgada en el año 2000 le atribuyó una determinada finalidad, que conlleva la aplicación de un criterio de utilidad para su realización.

8. Dado el rango constitucional de los principios que informan al proceso por audiencias, en el capítulo tercero se realizó un ejercicio de simulación de control de constitucionalidad sobre los aspectos cuestionados del diseño procesal de la segunda instancia contenido en el COGEP, del cual resultó que la exigencia de fundamentar por escrito el recurso de apelación, luego de su interposición de forma oral, es válida pues garantiza los derechos a la defensa y a la motivación, lo que materializa el mandato constitucional contenido en el art. 169.

En cuanto a la realización obligatoria de una audiencia en segunda instancia se determinó que infringe los principios de inmediación, celeridad y economía procesal,

toda vez que los términos previstos para la presentación del escrito de fundamentación del recurso de apelación, para la presentación del escrito de contestación a este y el señalamiento de audiencia ante el tribunal *ad quem* coadyuvan a la demora injustificada en la resolución de la causa, por lo que cabe prescindir de ella y dictar una resolución con base a los registros procesales, tanto escritos como audiovisuales.

9. En consecuencia, se plantean reformas al COGEP dirigidas, en primer lugar, a que la resolución sobre la admisión del recurso de apelación se dicte oralmente en la audiencia de juicio, a continuación del acto de interposición respectivo, con base en los requisitos para su admisibilidad; y por otra parte, a dotar de contenido procesalmente trascendente a la audiencia de segunda instancia, de forma que ésta se celebre excepcionalmente cuando el tribunal *ad quem* deba resolver: a) sobre la admisión de pruebas nuevas u obtenidas de forma ulterior a la emisión de la sentencia de primer nivel; b) sobre el recurso de apelación con efecto diferido respecto de una providencia que inadmita una prueba anunciada en primera instancia; y c) sobre la impugnación realizada a la sentencia de primera instancia respecto de la valoración de una prueba personal.

La propuesta de reforma se dirige a propiciar el debate procesal y la apreciación de la prueba con apego al principio de inmediación, durante la audiencia de segunda instancia, cuando ello es requerido por el tribunal de apelación, en función de la naturaleza de las pruebas personales; de esta forma, la audiencia se celebraría solo cuando ello resulte útil para la adopción de una resolución.

Bibliografía

- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.
- Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en Montevideo, 1988. http://iibdp.org/images/C%C3%B3digos%20Modelo/IIDP_Codigo_Procesal_Civil_Modelo_Iberoamerica.pdf
- Arazi, Ronald. *Derecho procesal civil y comercial, parte general y especial*. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- Armenta Deu, Teresa. *Lecciones de derecho procesal civil, proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Alvarado Velloso, Adolfo. *Debido proceso versus pruebas de oficio*. Bogotá: Temis, 2004.
- Berizonce, Omar Roberto. “Bases y principios que informan el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica de 1988”. En Andrés de la Oliva Santos y Diego Iván Palomo Vélez, coord., *Proceso civil: Hacia una justicia civil*, 53-91. Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 2007.
- Berman, Harold. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Cabezudo Rodríguez, Nicolás. “Aproximación a la teoría general sobre el principio de intermediación procesal de la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto”. En Federico Carpi y Manuel Ortells Ramos, edit., *Oralidad y escritura en un proceso civil eficientes*, 317-28. <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp4cab.pdf>. Consulta: 23-06-2017.
- Calderón Cuadrado, María Pía. “Sobre la exigencia de intermediación en la nueva ley de enjuiciamiento civil y su compatibilidad con los recursos ordinarios”. *Revista de Derecho Universidad de Valencia*, No. 1 (noviembre de 2002): 1-19. <http://www.uv.es/revdret/archivo/num1/pia.htm>. Consulta: 23-10-2017.

- Cappelletti, Mauro. *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad: Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil. Parte primera*. Trad. por Tomás A. Banzhat. La Plata: Librería Editora Platense, 2002.
- Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique. *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?* México DF: Porrúa, 2015.
- Chiovenda, Giuseppe. *Curso de derecho procesal civil*. México DF: Oxford University Press, 1999.
- , *Instituciones del derecho procesal civil*. Trad. por E. Gómez Orbaneja. México DF: Editorial Jurídica Universitaria, 2002.
- Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*. México DF: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1990.
- Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, Informe para el segundo debate del proyecto de Código General del Procesos, 2015. En <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/22409574-d3a4-42d3-8504-2b9dcbf728eb/Informe%20Segundo%20Debate%20Tr.%20203894.pdf>. Consulta: 19-10-2017.
- Constitución de la República del Ecuador [2008]. [Quito]: Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.
- Couture, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Montevideo: Editorial B de F, 2002.
- Del Pozo Pérez, Marta. “La quiebra de la inmediación en la segunda instancia del proceso civil”. <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp8poz.pdf>. Consulta: 23-10-2017.
- De Santo, Víctor. *La prueba y los recursos en los procesos ordinario y sumarísimo*. Buenos Aires: Edit. Universidad, 2010.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995.
- Eisner, Isidoro. *La inmediación en el proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1963.
- Fairén Guillén, Víctor. “Breve examen del tribunal de las aguas de Valencia y de su proceso. *Arbor* 175, No. 691 (julio de 2003): 1295-330.

<<http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/viewArticle/701>>. Consulta: 19-06-2017.

Fernández Balbis, Amalia. “El lenguaje gestual en la audiencia”. En Silvia Esperanza y Silvia Esperanza, coord., *Nuevas herramientas procesales, II*, 79-90. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2014.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Adrian Simons Pino. “Los recursos en el proceso civil. Una mirada desde Iberoamérica”. En Raúl Tavorari Oliveros, coord., *Derecho procesal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. 687-707. Santiago: Puntotext, 2010.

Garberí Llobregat, José. *Derecho procesal civil, procesos declarativos y procesos de ejecución*. Barcelona: Bosch, 2014.

------. *El recurso de apelación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Barcelona: Bosch, 2014.

Gozaíni, Osvaldo. “El corrimiento de los principios hacia las garantías y reglas procesales”. En Juan Pablo Pampillo y Manuel Alejandro Munive, coord., *Derecho procesal civil y mercantil*, 73-89. México DF: Porrúa, 2012.

Herrera Abián, Rosario. *La intermediación como garantía procesal*. Granada: Comares, 2006.

Jijón Letort, Rodrigo. *Apuntes sobre la oralidad en el proceso civil ecuatoriano*. Quito: Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, 1995.

López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Leigs, 2006.

Mejía Salazar, Alvaro Renato. *La oralidad y los principios del procedimiento*. Quito: Ius et Historiae Ediciones 2018.

Meroi, Andrea. “Oralidad y proceso civil”. En Leonardo López Escobar, edit., *Oralidad y proceso: Una perspectiva desde Iberoamérica*, 27-48. Medellín: Universidad de Medellín, 2009.

Montero Aroca, Juan. “La oralidad en el modelo garantista del proceso civil”. En Andrés de Oliva Santos y Diego Iván Palomo Vélez, coord., *Proceso civil: Hacia una justicia civil*, 255-82. Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 2007.

- Montero Aroca, Juan, y José Flors Maties. *Tratado de recursos en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- Morello, Augusto. *El proceso civil moderno*. La Plata: Librería Editora Platense, 2001.
- Nieva Fenoll, Jordi. “Los problemas de la oralidad”. En Jordi Nieva Fenoll, *Jurisdicción y proceso, Estudios de Ciencia Jurisdiccional*, 91-109. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- *Oralidad e intermediación en la prueba: luces y sombras*, Revista Civil Procedure Review No. 2 (2010): 27-41, <<http://www.ub.edu/geav/wp-content/uploads/2017/06/nieva-2012.pdf>>
- Palomo Vélez, Diego. “Apelación, doble instancia y proceso civil oral”. En Raúl Tavolari Oliveros, coord., *Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, 1218-1243. Santiago: Puntotex, 2010.
- Pereira Campos, Santiago. “Algunas lecciones aprendidas en la aplicación del Código Procesal Modelo para Iberoamérica en Uruguay”. *Derecho y Sociedad*, No. 38 (2012): 297-315. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13128/13739>>. Consulta: 19-10-2017.
- , “El principio de intermediación en el proceso por audiencias: Mecanismos legales para garantizar su efectividad”. *Revista Internauta de práctica jurídica*, No. 11 (2002): 1139-5885. <<http://desa1.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1907/Principiodeintermediacionenlasaudiencias.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Consulta: 26-06-2017.
- Picatoste Bobillo, Julio, coord., *Los recursos y otros medios de impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Barcelona: Bosch, 2009.
- Picó I Junoy, Joan. *El juez y la prueba*. Bogotá; Grupo Editorial Ibáñez, 2011.
- Picó I Junoy, Joan. “Oralidad y control de las pruebas en segunda instancia”. En Raúl Tavolari Oliveros, coord., *Derecho procesal contemporáneo: Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, 1207-17. Santiago: Puntotex, 2010.
- Picó I Junoy, Joan, y Cerrato Guri, Elisabeth. “El control de la valoración judicial de las pruebas personales en la segunda instancia civil”. En Federico Carpi y Manuel Ortells Ramos, edit., *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, vol. 2, 225-34. Valencia: Universidad de Valencia, 2009. <<https://studylib.es/doc/4724516/el-control-de-la-valoraci%C3%B3n-judicial-de-las-pruebas-perso...>>. Consulta: 15-10-2017.

Podetti J., Ramiro. *Derecho procesal civil y laboral: Doctrina. Legislación y jurisprudencia*. Buenos Aires: Ediar, 1958.

Prieto Monroy, Carlos Adolfo. “El constitucionalismo contemporáneo: El Estado social de derecho y el derecho laboral”. En Carlos Álvarez y Angélica Molina, edit., *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, t. 2, 451-81. Bogotá: Temis, 2010.

Ramírez Carvajal, Diana María. “La oralidad y su relación con los poderes de instrucción que tiene el juez en el proceso”. En Leonardo López Escobar, edit., *Oralidad y proceso: Una perspectiva desde Iberoamérica*, 11-25. Medellín: Universidad de Medellín, 2009.

Rojas López, Juan Gabriel. “Los principios de la oralidad procesal”. En Leonardo López Escobar, edit., *Oralidad y proceso: Una perspectiva desde Iberoamérica*, 81-90. Medellín: Universidad de Medellín, 2009.

Véscovi, Enrique. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis, 2006.

Normativa

Ecuador, *Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, Registro Oficial, Suplemento* (en adelante, ROS), No. 613, 22 de octubre de 2015.

Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, en ROS, No. 52, 22 de octubre de 2009.

Ecuador. *Codificación del Código de Procedimiento Civil*. ROS, No. 58, 12 de julio de 2005.

Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*. ROS, No. 506, 10 de mayo de 2015.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia No. 004-17-SEP-CC], RO, Edición Constitucional, No. 7, 2 de mayo de 2017.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia No. 067-12-SEP-CC], ROS, No. 728, 20 de junio de 2012.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia No. 246-12-SEP-CC], ROS, No. 797, 26 de septiembre de 2012.

España. *Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*. Boletín Oficial del Estado, No. 7, 8 de enero de 2000.

Uruguay. *Código General del Proceso, Ley No. 15982*. Diario Oficial de la República Oriental del Uruguay, No. 22.743, T. 333, 14 de noviembre de 1988.

Anexo 1

Entrevista a Ana Teresa Intriago Ceballos, Jueza de la Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Pichincha, realizada por la maestrante el 28 de febrero de 2018

1. Para efectos de justificar la pertinencia de esta entrevista para mi investigación, sírvase referir su experiencia como operadora de justicia y sus funciones actuales.

Entrevistada: Bueno, yo tengo 25 años en la función judicial y 14 de ellos como jueza, no bueno ya voy a tener 15, a ver ¿Cuándo cumplo 15? En julio, en julio cumplo 15 años como jueza.

Entrevistadora: ¿Y como jueza de segunda instancia?

Entrevistada: Como jueza de segunda instancia estoy desde el 2014

2. ¿En qué medida el proceso por audiencias planteado en el COGEP permite la realización de los principios procesales mencionados en el artículo 169 de la Constitución de la República?

Entrevistada: Bueno, usted me dijo que su tesis se concentra específicamente en la inmediación, bueno obviamente que sí por una razón, primero pues porque que el tribunal tiene que estar integrado, que además es solemnidad sustancial, todos los sabemos, antes y ahora, ahora es el [artículo] 107 del COGEP antes era el CPC [Código de Procedimiento Civil], esa es una de las solemnidades sustanciales. Segundo, verdad, se consagra se cumple con un mandato del COGEP que es la presencia ininterrumpida de los jueces, no, la presencia ininterrumpida de los jueces permite, verdad, que los jueces realmente estemos en contacto con los sujetos procesales. Mire, hay muchas cosas en audiencia, por ejemplo, que nos permiten obtener información de calidad, no, información de calidad que inclusive nos ha permitido, por ejemplo, llegar a acuerdos conciliatorios; en sala de familia esto es particularmente importante, ¿por qué es particularmente importante? En las otras áreas yo fui jueza multicompetente civil por 11 años y puedo hablar con conocimiento de causa, en las otras áreas hay una diferencia sustancial con familia, ¿Cuál

es?, por ejemplo si usted tiene una deuda usted quiere que le paguen, verdad, a plazos, lo que sea, pero que le paguen, si usted ya llegó a judicatura es porque las actuaciones extrajudiciales pues no le dieron resultado, verdad, y no le preocupa si la parte queda resentida, total no le va a ver ni más, no, no le preocupa, verdad. En lo laboral, el trabajador quiere que le paguen, el patrono pues por porque no tiene plata o por alguna razón no puede pagarle, se rompió la relación laboral entre ellos y no se van a volver más, no existe un nexo, en las demás, pero sin embargo en familia contamos con el nexo justamente biológico y afectivo, verdad, entonces es por esto que realmente la conciliación se ve como una solución deseable, eso es solo posible en audiencia.

Entrevistadora: ¿Aún en segunda instancia?

Entrevistada: Obviamente, claro que sí, si usted revisa nuestro protocolo de audiencias, la primera parte se refiere a la validez procesal porque el mismo [artículo] 259, me parece que es (...) si no me equivoco, la parte de la validez, una vez que el tribunal declara la validez, entramos seguidamente a conciliación, porque particularmente en familia obtener soluciones consensuadas es valioso, es valioso pero por la naturaleza de esto, porque aquí vienen personas sea personas que si estuvieron casadas pero todavía tienen hijos, personas que están unidas por vínculos biológicos son hermanos, son familia, entonces por eso, para mí en esta competencia que es la familia, la inmediatez tiene un valor muy alto, tanto en primera como en segunda, verdad.

3. ¿Cuál es el rol del juez durante las audiencias, en el marco de un proceso oral por audiencias?

Entrevistada: Bueno, el rol de todos los jueces es ser directores del proceso, a ver, ¿que tenemos en segunda audiencia?, en segunda audiencia tenemos un tribunal, el propio COGEP dice que el juez ponente ejerce las funciones de dirección sin perjuicio de los demás, ¿qué es lo que quiere decir? Que yo como ponente reviso el proceso, en primer término y sobre la base (...) por decirle, me llega el proceso, lo reviso y realmente pues después de eso, hago una reunión con el resto del tribunal y digo este asunto está de esta forma, lo conversamos y más o menos vamos enterados del asunto, verdad, ¿Por qué? Porque todo se va a decidir en audiencia, particularmente cuando hay el anuncio de prueba, verdad, porque todos sabemos el [artículo] 258 tiene márgenes muy estrictos con respecto a la, y en realidad el COGEP, con respecto a las oportunidades probatorias,

verdad, el principio de oportunidad va con el de preclusión, si usted no aprovecha la oportunidad pues nada, ya prescribió, bueno entonces, después de eso lógicamente vas a la audiencia y todo se resuelve en audiencia ¿Qué es lo que significa? Yo voy a entrar en primer lugar a pedir que se constate la presencia de las partes procesales y de allí a pedir verdad, a presentarme, y voy a presentar a los demás miembros del tribunal identificándome como ponente y a partir de eso soy yo quien da la palabra, quien concede las réplicas, también interrogo a mis compañeros si es que tienen alguna pregunta alguna aclaración, si bien es cierto y no quiero que se me entienda mal, el COGEP no permite que el juez interroge a los testigos pero en cambio, sobre la base del [artículo] 79, si puede conversar con las partes, con los sujetos procesales.

Entrevistadora: ¿sería un diálogo un tanto más informal?

Entrevistada: sí, verdad, verá el [artículo] 79, si usted lo revisa, que son las reglas generales de la audiencia nos dice que las partes pueden comunicarse, pueden ser escuchadas por el juez, verdad, no solamente por intermedio de su abogado, sino por sí mismas, entonces fíjese por ejemplo hay cosas interesantes, sobre todo en familia, porque muchas veces las partes están un poco como obsecadas en su posición y no se dan cuenta no ven claramente hasta que el tribunal les hace ver y sobre todo se centra la discusión, se centra la discusión y muchas veces se encausa la discusión, muchas veces los abogados quieren irse por otro lado y uno les dice a ver aquí estamos hablando de tenencia, estamos hablando de pensiones, estamos hablando de la suspensión de la patria potestad, estamos hablando sobre ese tema, así que señor abogado haga el favor de centrar su alegato o preguntarles, inclusive eso pasa en los juicios que todavía tenemos con el contencioso general, hoy día tuvimos una apelación sobre medidas de protección, y el caso lucía bastante extraño pero pues justamente estuvieron allí la madre del chico que estaba con medida de protección y la persona responsable de la casa de acogida y fue muy bueno porque es que, como yo digo, se obtiene información de calidad, información que está plenamente respaldada, que nace desde la Constitución desde el derecho a ser oído, hasta a la normativa legal que la desarrolla.

4. Como jueza, ¿Qué falencias ha encontrado en el diseño procesal del COGEP respecto a la finalidad y el contenido de las audiencias?

Entrevistada: A ver, tal vez yo hubiere preferido que se grabare en audio y video, hablando del contexto técnico yo entiendo que hay limitaciones presupuestarias, entiendo que es un poco de eso, ¿Por qué? Muchas veces hay lo que se llama el lenguaje gestual verdad, que nos permitiría incluso por ejemplo el lenguaje gestual en audiencias que nos permitiría verdad conocer un poco más el contexto, fíjese, eso por ejemplo particularmente, a mí me parecía sumamente útil cuando nosotros tuvimos aquí la competencia de violencia, era muy muy útil porque uno veía pues la actitud de las partes mas de cerca, uno se daba cuenta de muchas cosas, alguna vez yo recuerdo haber leído un libro sobre psicología que hablaba de los sombreros, de lo oculto y del aparente, que siempre hay un motivo oculto y uno aparente, a lo mejor el aparente es poner un juicio pero el oculto está más allá y es deber de los jueces desentrañarlo y decir bueno aquí estamos discutiendo esto, a ver momentito, entonces fíjese esa es una de las cosas, a mí me hubiere gustado que hubiere sido en audio y video como por ejemplo en España, como en Guatemala, es en audio y video, en Colombia, y además nos permite como le digo inclusive detectar cosas como, vamos a suponer que yo esté detectando alguna conducta intimidante que está prohibida ¿cuál es mi prueba? El video, porque las conductas intimidantes en audio ya eso es una flagrante infracción y casi nadie lo va a hacer, pero si lo podemos ver en el video...

Otra de las cosas que me hubiera gustado sería la clarificación con respecto a los los trámites, fíjese por ejemplo el Código General de Procesos es oralidad, es celeridad, pero nos encontramos, por ejemplo aquí tenemos juicios sucesorios y usted sabe que el tercer libro [del Código Civil] es uno de los libros que menos se ha reformado desde los 1800, ¿sí sabe eso? Bueno eso es como que usted quisiera ponerle un motor de inyección a un carro del año 70, osea está un poco difícil, entonces contra esas cosas nos enfrentamos los jueces, porque el proceso definitivamente no lo podemos divorciar de lo sustantivo, entonces nos encontramos con cosas, por ejemplo el código civil contempla el juez partidador una figura que no existe antes que yo naciera, aquí tenemos el gran problema de las cuestiones previas.

Otro cosa más la clarificación sobre las oportunidades procesales, lamentablemente fíjese recién yo dicté un proyecto sobre la pérdida de las oportunidades procesales, y es terrible, a ver sí es verdad que nosotros, que el proceso es un medio para la realización de la justicia, pero el proceso tiene reglas, reglas que nos garantizan, por Dios que son garantías, porque son el debido proceso, no es que porque llegamos al mismo fin hagamos

no importa, eso es inseguridad, las reglas deben ser claras y para todos, yo no puedo decir que porque usted tiene protección del Estado su defensa técnica puede no presentar pruebas y yo tengo que suponerlas, eso no lo puedo haber, porque estardía desbalanceando indebidamente la carga probatoria, yo estaría desbalanceando indebidamente el derecho de la otra parte en tanto y en cuanto la ley no me diga aquí hay inversión de carga, artículo 169, yo que hago, entonces todas esas pequeñas cosas que evidentemente se van a ir ajustando, yo particularmente encuentro un problema con la antigüedad del Código Civil...

5. Específicamente, en cuanto a la interposición del recurso de apelación en la audiencia de juicio según el artículo 256 del COGEP, o en la audiencia única ¿considera que el juez de instancia podría anunciar de inmediato y de forma oral su decisión sobre la admisión o inadmisión del recurso de apelación para efectos de garantizar celeridad y economía procesal?

Entrevistada: Bueno, en primer lugar solamente podría hacerlo en una posibilidad, ¿Cuál sería esa posibilidad? Que no haya apelación, a ver por ejemplo, juicio de honorarios de un abogado contra su cliente, eso solo tiene una instancia, por más que apele no se le puede dar, y tampoco el de hecho porque está prohibida la apelación. De allí, no se le podría dar por una razón porque hay la obligación de fundamentar el recurso, fíjese si usted se fija y lee cuidadosamente el COGEP se habrá dado cuenta que es lo que no hay antes yo juez podía negarle a usted la apelación si es que no le causa gravamen, hoy día búsquele en el COGEP a ver si hay, no hay

Entrevistadora: los requisitos de admisibilidad

Entrevistada: Exacto, que es lo que yo necesito, que usted fundamente, si fundamenta que bien lo subo y si no fundamenta adiós, para usted imagínese la carga que sería para la parte de una vez fundamentar una decisión que todavía no recibe por escrito motivada, ¿Cómo va a hacer?

Entrevistadora: ¿y si solamente revisara los requisitos de admisibilidad?

Entrevistada: es que no se puede pues, porque usted apela solamente de la decisión, del sentido de la decisión, no nos olvidemos que la decisión conforme el COGEP tiene tres cosas, y ya la motivada en extenso viene en el término de 10 días posteriores, entonces es

allí cuando usted de verdad puede fundamentar su recurso. Usted en ese momento no le puede decir al juez porque usted todavía no sabe que prueba ha valorado el juez, ¿como sabe? Acaso el juez se lo va a decir, el juez se lo va a decir en la sentencia por escrito, de modo que pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso solamente es posible cuando el recurso está prohibido, si el recurso está prohibido, si solamente tiene una instancia.

Entrevistadora: ¿y como hace el juez de instancia para revisar la fundamentación que evidentemente reprocha su propia decisión?

Entrevistada: En primer lugar, esa es una revisión formal no de fondo, el juez de instancia no le puede decir usted no fundamenta, tiene que fundamentar así diga piedras, y el fondo pasa a ser revisado totalmente por la sala de apelación, no tendría sentido además no tendría congruencia.

6. ¿Cuál es la finalidad de la audiencia en segunda instancia según el artículo 260 del COGEP, considerando que la fundamentación del recurso de apelación se hace por escrito según el artículo 257?

Entrevistada: Porque, a ver, primero la fundamentación es una guía, que salvo las solemnidades sustanciales del [artículo] 107 que permiten revisar al tribunal de conformidad con el [artículo] 111, salvo esas el tribunal podría declarar de oficio y decir este proceso es nulo, por Dios, regrésese. La fundamentación es la hoja de ruta para la Corte en tanto y en cuanto las partes pidan puebas, será necesario evacuarlas en audiencia, o ¿como las vamos a hacer? Cuando se ha apelado en diferido la prueba, la negativa de la prueba, supongamos vamos a suponer como yo siempre digo en aulas, que yo justamente doy pruebas esa es mi materia, como yo les digo a mis estudiantes de maestría, por ejemplo vengo y digo que quiero que declare de testigo fulano de tal y vamos a suponer que la parte diga que o alegue una causal de objeción que no esté que en el artículo, me parece que es el 181, que no esté entre las prohibiciones para ser testigo y el juez la acepte y diga no no declara, y yo apelo en diferido, entonces acá lógicamente se va a ver el señor no es ni incapaz, ni tiene enfermedad mental, ni estaba embriagado al momento de los hechos, por que no lo dejaron declarar, nos tocaría llamarlo a declarar, verdad, y no solamente eso, como le dijo la exposición de la inconformidad de las partes con la sentencia del juez es realmente algo valiosos y la posibilidad de que el recurrente sea escuchado.

7. ¿Es la audiencia en segunda instancia, establecida en el artículo 260 del COGEP, el espacio ideal para efectuar pruebas de oficio?

Entrevistada: Si, por supuesto, y de hecho se hace, no. Se motiva oralmente, pero lógicamente se hace oralmente en la audiencia, y la práctica de la prueba se practicaría depende, vamos a suponer, muchas veces las pruebas para mejor resolver son informes, muchas veces son pericias, en esta competencia generalmente, muchas veces ordenamos estudios psicosociales, pericias psicológicas, entonces lógicamente eso no se va a hacer en ese momento, otras veces hemos tenido que suspender la audiencia porque, por ejemplo en tenencia es indispensable oír al niño, o ¿usted cree que porque le oyó el juez primera mejor acá el juez de segunda que ni le oiga? Esas son garantías.

Muchas veces, por ejemplo vamos a suponer, son pruebas que no se han hecho, que no las ordenó el juez o que no las pidieron las partes, entonces se ve necesario para conformar el cuadro probatorio, entonces en esas circunstancias pues allí si se ordena la prueba de oficio y generalmente se suspende, es que no se puede hacer una prueba de oficio en ese momento, si es una prueba de oficio es porque no está en el expediente, entonces como la vamos a hacer en ese momento. Se motiva su necesidad, por qué la necesitamos ¿y por qué es necesario esto? Para no desbalancear las cargas procesales.

Entrevistadora: ¿tiene relación entonces con los principios dispositivo y los vicios de incongruencia?

Entrevistada: Así, es, primero más bien la prueba de oficio es una excepción al principio dispositivo, verdad, en primer lugar, en segundo lugar, tiene que ver con la necesidad absoluta de contar con ese medio probatorio, lo cual está contemplado en el COGEP.

8. Cerca de cumplirse dos años de la entrada en vigencia del COGEP, ¿la praxis jurisdiccional ha dotado a la audiencia de segunda instancia de un contenido o de una finalidad determinados, más allá de lo que establece la norma?

Entrevistada: A ver lo que yo le estoy, lo que le acabo de decir, la práctica judicial nos ha permitido, como le digo obtener información de calidad, y con esa información de calidad es posible por ejemplo ordenar la prueba de oficio, que sí es excepcional pero muchas veces por falta de defensa técnica, muchas veces hoy día nos encontramos con algo muy

terrible vino el defensor y así de frente nos dijo que un amigo le había pedido que, como tenía otra audiencia, le había pedido y recién se estaba enterando, entonces eso es terrible, eso es terrible, pero lógicamente ahí con el [artículo] 79 se puede escuchar a las partes, que es algo para mí algo valioso.

Anexo 2

Entrevista a Daniela Bolaños Cedeño, Gerente de la Implementación del COGEP - Consejo de la Judicatura, realizada por la maestrante el 07 de marzo de 2018

- 1. A fin de establecer el marco en el que se desarrollará la presente entrevista, sírvase indicar su función dentro del Consejo de la Judicatura.**

Entrevistada: Daniela Bolaños Cedeño, Gerente de la Implementación del COGEP.

- 2. ¿Ha encontrado dificultades operativas el Consejo de la Judicatura en cuanto a que un mismo juez atienda a la audiencia preliminar, a la audiencia de juicio y dicte la sentencia escrita, según el proceso por audiencias establecido en el COGEP?**

Entrevistada: De manera general y gracias al seguimiento permanente que realizan las distintas áreas operativas del Consejo de la Judicatura, no se han evidenciado mayores dificultades respecto de la realización de las audiencias y la decisión oral en audiencia. Los jueces realizan la convocatoria de sus audiencias a través de un sistema de agendamiento desarrollado por el propio Consejo de la Judicatura, mismo que permite ubicar las franjas horarias disponibles para juez y secretario, las salas de audiencias útiles para la franja horaria disponible y de esta manera convocar a la audiencia con los recursos humanos y tecnológicos requeridos. Los jueces mantienen el control de sus audiencias convocadas, las mismas que deben realizarse en los tiempos legales previstos en la norma. Son muy pocos los casos en los que por ausencia definitiva del juzgador (renuncia o sanción) se produzca el caso de que un juez que convoque y realice la audiencia preliminar, no sea el mismo que convoque y realice la audiencia de juicio. Cabe aclarar que, en los procedimientos ordinarios, la audiencia de juicio debe realizarse en el término máximo de 30 días luego de realizada la audiencia preliminar; mientras que, en los procedimientos de audiencia única, las etapas previstas en la audiencia preliminar y en la de juicio se encuentran subsumidas en las dos fases que integran a la audiencia única.

3. En la práctica, ¿es factible que un juez de instancia, tras haber presenciado la audiencia preliminar, no sea el mismo juzgador que presencie la audiencia de juicio y/o dicte la sentencia escrita?

Entrevistada: Son casos que se pueden dar pero que su probabilidad es mínima. Si un juez o tribunal lleva a cabo la audiencia preliminar en un procedimiento ordinario, al finalizar la audiencia debe convocar a la audiencia de juicio, misma que deberá desarrollarse en un término no mayor a 30 días. Esto lo realiza a través del módulo de agendamiento previsto para tal efecto, en el que se verifica la disponibilidad de recursos humanos, físicos y tecnológicos. Si se da una ausencia temporal o definitiva en este caso, el juez de reemplazo y que haya adoptado una decisión oral en audiencia, tiene la obligación de motivar y firmar la sentencia o auto definitivo e, incluso, resolver los recursos que se presentaren. Por su parte, se puede dar el caso de que, una vez dictado el pronunciamiento oral en audiencia, por parte del juez o tribunal, éste se ausente de manera temporal o definitiva y no pueda motivar y firmar su sentencia por escrito. Habiendo detectado este posible escenario, se trabajó de manera conjunta con la Corte Nacional de Justicia, misma que emitió la resolución No. 18-2017, de 22 de noviembre de 2017, a través de la cual se procedió a aclarar la forma en la que se debe proceder en los casos en los de ausencia temporal o definitiva de los jueces unipersonales y tribunales, respecto de dictar y notificar la sentencia escrita. Si la ausencia es temporal, el juez debe motivar y firmar su sentencia al reincorporarse a sus funciones, entendiéndose que los términos se encuentran suspendidos mientras dure la ausencia temporal; por su parte, si la ausencia es definitiva, se designará un nuevo juez quien deberá asumir la competencia y emitir la resolución que corresponda. Se debe aclarar que de manera general, la o el juzgador unipersonal que ha emitido el pronunciamiento oral es el que debe motivar y firmar su decisión por escrito.

4. El COGEP lleva cerca de dos años en vigencia, ¿los jueces de primera y segunda instancia han hecho observaciones o recomendaciones respecto del contenido y finalidad de las audiencias establecidas en el COGEP?

Entrevistada: El Consejo de la Judicatura, a través de sus áreas operativas, mantiene un seguimiento y monitoreo permanente sobre el desarrollo de las audiencias, poniendo especial énfasis en el cumplimiento de los términos legales, la duración de las mismas, la forma en que cada juez o tribunal dirige las audiencias, entre otras cuestiones. El trabajo

de retroalimentación por parte de los jueces y tribunales es permanente y ha permitido identificar nudos críticos en la implementación del COGEP los cuales han sido atendidos y cuyas soluciones e intervenciones oportunas han sido aplicadas a satisfacción. En este sentido, se ha logrado solventar, con los propios jueces y tribunales, la forma en que se debe resolver en las audiencias orales, acordando de que no existe la necesidad de emitir una decisión, motivada por escrito, por cada etapa de la audiencia, bastando la decisión final de la audiencia en la que se recoja todos los puntos abordados y resueltos en su momento. Es esta decisión la que se motiva y se reduce a escrito que es notificada a las partes. Otra de las cuestiones analizadas fue la de la forma y momento procesal en la que se tratan los recursos horizontales y verticales, acordando que estos deben realizarse en audiencia, de conformidad al COGEP y la Resolución No. 15-2017, de 2 de agosto de 2017, emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Por su parte, se continúa trabajando y fortaleciendo la forma en que los jueces y tribunales agendan sus audiencias a través del sistema, implementando mecanismos de intervención emergentes que permiten contralar que las audiencias sean convocadas en el tiempo legal previsto.

5. En cuanto la realización de la audiencia de segunda instancia establecida en el artículo 260 del COGEP, luego de haberse presentado por escrito la fundamentación del recurso de apelación según el artículo 257, ¿Qué aporte realizan las partes procesales en esta audiencia para la formación del criterio del tribunal?

Entrevistada: Primeramente, se debe aclarar que el recurso de apelación, tal como lo prevé el COGEP, es un sistema de apelación cerrado; es decir, solo se permite apelar de las sentencias y autos que expresamente la ley establece esta posibilidad. Con la normativa procesal anterior, superada por la oralidad, se podía apelar de todas las decisiones y autos, mientras que la ley no disponga lo contrario, lo que implicaba un sistema de apelación abierto. Este cambio ha permitido reducir considerablemente el porcentaje de procesos que llega a conocimiento de los tribunales de Corte Provincial, por concepto de recurso de apelación. Asimismo, el COGEP ha establecido un primer control de oportunidad, realizado por el juez de instancia, el cual se encarga de verificar que la motivación del recurso haya sido presentada en el término de 10 días previsto en la norma. Si la fundamentación ha sido presentada fuera de este término, el recurso debe ser denegado.

Por su parte., el juez de instancia es el que establece el efecto con el que se concede el recurso de apelación, diferido, suspensivo, no suspensivo. Tanto en la fundamentación y la contestación realizada por la contraparte, las partes interesadas en la prosecución del recurso de apelación, deben anunciar y presentar las pruebas que verifican sus aseveraciones y la fundamentación de su recurso como tal. Esta prueba es procedente únicamente si con ella se verifican hechos nuevos que no fueron conocidos al momento de presentar los actos de proposición de instancia, demanda y contestación a la demanda, o si esta prueba anunciada y presentada solo pudo ser obtenida con posterioridad a la sentencia. En este sentido, tanto la fundamentación expuesta por las partes como las pruebas anunciadas y aportadas son los elementos que deben ser analizados por el tribunal de apelación en la audiencia prevista para la resolución del recurso.

6. Cerca de cumplirse dos años de la entrada en vigencia del COGEP, ¿la praxis jurisdiccional ha dotado a la audiencia de segunda instancia de un contenido y finalidad determinados?

Entrevistada: Considero que en este tiempo de aplicación de la oralidad, implementada por el COGEP, el sistema de apelación cerrado ha permitido que los tribunales de Corte Provincial únicamente conozcan los recursos de apelación que, de una u otra manera, se encuentren debidamente fundamentados. En este sentido, la audiencia en la que se conoce el recurso de apelación ha permitido que el sistema procesal se vaya depurando adecuadamente, considerando que las decisiones orales allí adoptadas permiten ratificar el criterio esgrimido y motivado por el juez de instancia; o, en su defecto, revocar dicha sentencia aceptando la apelación propuesta y resolviendo lo que en derecho corresponda. Muchos de estos criterios han servido de base y guía para los jueces de instancia respecto de la sustanciación de sus procesos.

7. En su criterio, ¿facilitaría a la celeridad y economía procesal eliminar la audiencia obligatoria de segunda instancia y reservar esta diligencia oral para casos puntuales relativos a la práctica de prueba o a la valoración probatoria en segunda instancia?

Entrevistada: Considero que eliminar la audiencia de apelación estaría en contra del supuesto fundamental de la oralidad procesal, fundada en la resolución de los procesos

en audiencia. Esta resolución en audiencia fortalece el principio de inmediación y garantiza el pleno conocimiento de las partes respecto de lo resuelto por los jueces y tribunales. No se están resolviendo cuestiones de puro o pleno derecho, sino apelaciones fundamentadas, en las que se normalmente se ha anunciado y adjuntado prueba, que han pasado un primer filtro de oportunidad, y que deben ser tratadas por un tribunal conociendo las alegaciones y sustento jurídico que cada parte realice en la audiencia. Solo en los casos en los que se ha apelado de auto que inadmite una demanda se ha previsto la posibilidad de que la apelación se realice sin audiencia.