

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Procesal

**La motivación jurídica en la admisibilidad probatoria a partir del
Código Orgánico General de Procesos (Cogep)**

Mónica Sofia Figueroa Guevara

Tutor: Diego Francisco Yépez Garcés

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derechos de publicación

Yo, Mónica Sofía Figueroa Guevara, autora de la tesis intitulada “La motivación jurídica en la admisibilidad probatoria a partir del Código Orgánico General de Procesos (Cogep)”, 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.

04 de noviembre de 2020

Firma: _____

Resumen

La transformación del sistema procesal ecuatoriano, con base en la aplicación de los lineamientos y normas jurídicas contenidas en el Código Orgánico General de Procesos (Cogep) exige una preparación específica de los jueces en esta materia, para que adopten decisiones motivadas que garanticen la correcta instrumentación de los procesos en el acto de juzgamiento.

El artículo 79, inciso 8 del Cogep es claro cuando puntualiza que los casos sometidos a juzgamiento deben ser resueltos de manera motivada en la misma audiencia.

Posteriormente, el artículo 80 del código invocado, refuerza lo anteriormente dispuesto: “Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad [...]”.

El cumplimiento de las disposiciones antes mencionadas demanda que los jueces, que son los administradores de justicia, tengan los conocimientos que les otorguen las competencias para admitir los medios probatorios presentados por los sujetos procesales, de cuyo análisis se desprende la motivación acertada y explícita que da valor a la toma de decisiones referentes a la admisibilidad o inadmisibilidad probatoria en pos de salvaguardar el derecho a la prueba como garantía del debido proceso, dotando de validez a la actuación judicial.

La presente investigación jurídica, parte de lineamientos legales contenidos principalmente en la Constitución de la República del Ecuador (CRE) y del Cogep, que son reforzados y explicados por la teoría respectiva emitida por autores especialistas en el tema. Se demuestra la correcta aplicabilidad de lo antes mencionado a través del enunciado de ejemplos que se tratan frecuentemente en sede judicial.

Esta tesis está estructurada en dos capítulos. El primero se refiere a la motivación de la admisibilidad probatoria, aborda contenidos básicos que permiten construir la teoría de soporte al tema central para posicionar la relevancia del derecho a la prueba y la motivación.

El segundo capítulo se refiere a parámetros jurídicos en la motivación de la admisibilidad probatoria, siendo este el medular porque sus temas están en relación a las bases jurídicas sobre los medios probatorios y su admisibilidad, así como el remedio procesal en caso del rechazo injustificado.

Palabras claves: hechos, prueba, pertinencia, utilidad, conducencia.

A mi padre ausente: Marco Antonio Figueroa Iñiga, quien me legó su devoción y pasión
por la abogacía.

A Carmen Alicia Guevara Yépez, mi madre, horizonte incólume de la ética, el trabajo,
el saber y el amor filial.

A Jefferson, mi compañero de vida; a Sofía Carolina, Luis Eduardo y Natalia Lisseth,
nuestros hijos, por compartir este sueño y hacerlo suyo.

Agradecimientos

A la Universidad Andina Simón Bolívar, por abrirme la oportunidad para continuar con mis estudios de posgrado.

A mis maestros por los conocimientos brindados, herramientas de gran valía para el quehacer profesional.

Un gracias especial a la doctora Elsa Guerra, directora de la Maestría en Derecho Procesal y al doctor Diego Yépez Garcés, quienes me entregaron no solo una guía profesional para el desarrollo de este trabajo de investigación, sino el estímulo permanente para concluir mis estudios de maestría.

Tabla de contenidos

Introducción	13
Capítulo primero La prueba y la motivación como garantía del debido proceso... 15	15
1. El debido proceso y la prueba.....	15
2. Debido proceso y motivación	19
3. La motivación en la admisibilidad probatoria de acuerdo al Cogep	24
Capítulo segundo	27
Parámetros jurídicos en la motivación de la admisibilidad probatoria	27
1. La prueba: conceptualizaciones y características	27
1.1. Fuentes y medios de prueba	27
1.2. Conceptualizaciones sobre la prueba judicial	28
1.3. Carga de la prueba	30
1.4. La verdad como característica de la prueba	32
2. El procedimiento probatorio en el Cogep	35
3. La facultad del juez en el examen de admisibilidad probatoria	37
4. Aspectos previos que debe considerar el juez para el juicio de admisión	39
4.1. Objeto de la controversia	39
4.2. Objeto de la prueba.....	41
5. Requisitos que debe considerar el juez para admitir los medios probatorios	44
5.1. La pertinencia	45
5.2. La conducencia	47
5.3. De la utilidad.....	49
5.4. La licitud de la prueba	49
6. La apelación como recurso para remediar el rechazo de la prueba.....	50
6.1. El recurso de apelación del auto de inadmisión de pruebas.....	50
6.2. Trámite en segunda instancia.....	54
6.3. El recurso de reposición como alternativa al de apelación	56

Conclusiones	59
Bibliografía	61

Introducción

La administración de justicia es una tarea compleja, por un lado, constituye la manifestación visible de la normativa del derecho porque existe una dependencia conceptual debido a que esta es configurada y creada por el derecho.

Por otro lado, es la encargada de su aplicación, por ello mantiene una subordinación que debe ser evidente en la interrelación e interacción de los operadores de justicia y los justiciables durante la realización de los procesos judiciales, que permiten resolver los conflictos apegados y fundamentos en derecho, que es el que regula el accionar del ser humano en sociedad. Solo así se garantiza que la justicia sea un bien jurídico.

Desde esta dimensión, el juez como operador de justicia tiene un papel protagónico lo que le exige tener una preparación acorde a los cambios que se van operando como consecuencia de la evolución y avances en materia de derecho.

En nuestro país, a partir del 22 de mayo de 2015 se promulgó el Código Orgánico General de Procesos (en adelante, Cogep), que implementa un nuevo paradigma en el sistema procesal ecuatoriano, que se inspira, al igual que otras legislaciones de países de la región como: Uruguay, Chile y Brasil, en el Código Procesal Civil, modelo para Iberoamérica.

La transformación fundamental de nuestro sistema jurídico se centra en la implementación de un nuevo sistema procesal por audiencias, dejando atrás al anterior que privilegiaba el sistema procesal escrito.

Al revertir este sistema escrito y apostar por el modelo procesal por audiencias se cambia el rol del juez, puesto que se le otorga la categoría del “director proceso”, adquiere así nuevas facultades que implican nuevos retos, nuevos conocimientos que le permiten hacer un trabajo eficiente y eficaz en todos los momentos del proceso jurídico del juzgamiento.

La falta de experiencia en la operacionalización de este tipo de procesos por audiencias, sobre todo, frente al instituto jurídico de la prueba, entraña dificultades para los jueces en el momento de motivar a través de criterios jurídicos que fundamenten la aceptación o rechazo de los medios probatorios, que se lo hace a petición de parte o ejerciendo la facultad de oficio.

Como consecuencia, de lo anteriormente descrito, se desprende la problemática referente a las resoluciones, que son carentes de motivación, porque no argumentan las razones por las cuales inadmiten los medios de prueba de las partes, limitándose a decir que son inconducentes, impertinentes, e inútiles, derivándose de esto una mala práctica judicial al no acotar los criterios técnico-jurídicos, que se desencadenan de un consciente juicio de admisión, en donde los argumentos justifiquen la razón de la admisibilidad o rechazo de la prueba desprendidos de los hechos controvertidos que definen el objeto de la prueba.

Esta investigación tiene el enfoque del nuevo paradigma, que se gesta en un Estado constitucional de derechos y justicia; que da lugar al modelo procesal basado en el sistema oral, siendo lo más relevante el rol del juez en el tratamiento de la prueba. Otro aspecto fundamental de esta tesis es el aporte de un marco teórico específico y relevante con la finalidad de reforzar los conocimientos de los juzgadores para que sus decisiones sobre la admisibilidad probatoria sean motivadas de acuerdo a los requisitos puntualizados en la norma jurídica.

Capítulo primero

La prueba y la motivación como garantía del debido proceso

1. El debido proceso y la prueba

El artículo 11 de la CRE de 2008 consagra que el ejercicio de los derechos se rigen por varios principios, entre ellos el expresado en el numeral 9, que parte de la premisa: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”, a continuación anota en forma enfática las responsabilidades que asume el Estado y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública frente a una inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Estas aseveraciones que encontramos en la Constitución permiten deducir la importancia que tiene para el administrador de justicia el observar el debido proceso con sus varias garantías entre ellas la prueba, porque el desacato implica vulneración a derechos constitucionales que inciden negativamente en el servicio de administración justicia.¹

A más del artículo anteriormente enunciado, la CRE se refiere al debido proceso en otros artículos como el 76 y el 169.

Así, el artículo 76 dice que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso; y en el artículo 169 se puntualiza que el sistema procesal es un medio para la realización de la

¹ Ecuador, *Constitución de la República*: art. 11, num. 9.- “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos deservidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos”.

justicia, por lo tanto, debe contar con normas procesales que consagren los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y que deben hacer efectivas las garantías del debido proceso.

Infiriendo que el tratamiento constitucional del debido proceso puede ser analizado en un sentido amplio porque no solo obliga a los servidores públicos judiciales, sino que también incluye en esta obligación a los servidores públicos administrativos; y va aún más allá, porque impone al legislador elaborar leyes procesales que efectivicen las garantías del debido proceso, de lo contrario el ordenamiento jurídico adolecería de inconstitucionalidad por no estar en correspondencia con la norma suprema.

Al respecto del debido proceso y con el propósito de enfatizar en el tema tratado recojo lo puntualizado por el tratadista ecuatoriano Rafael Oyarte quien, de manera clara, expone que en la actualidad “el derecho se debe aplicar y se debe interpretar conforme a la CRE. Parte importante de esta cuestión es la que se deriva de la consagración de los principios, reglas, derechos y garantías del debido proceso”.²

La Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia n.º 001-10-SEP-CC, caso n.º 00315-09-EP, ha señalado sobre el debido proceso:

el debido proceso conlleva un mínimo de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un procedimiento y asegurar condiciones mínimas para la defensa, constituyendo además una concreta disposición desde el ingreso al proceso y durante el transcurso de toda la instancia, para concluir con una decisión adecuadamente motivada que encuentre concreción en la ejecución de lo dispuesto por los jueces. Ha definido, por tanto, a este derecho como el “conjunto de principios a observar en cualquier procedimiento, no solo como orientación sino como deber, destinado a garantizar de manera eficaz los derechos de las personas.

En la misma sentencia señala que “siendo ‘este’ el eje articulador de la validez procesal, la vulneración de sus garantías constituye un atentado grave, que no solo afecta a los derechos de las personas en una causa, sino que representa una vulneración al Estado y a su seguridad jurídica, puesto que son precisamente estas normas del debido proceso las que establecen los lineamientos que aseguran que una causa se ventile en apego al respeto de derechos constitucionales y a las máximas garantistas, como el acceso a los órganos jurisdiccionales y el respeto a los principios, valores y garantías constitucionales”.³

² Rafael Oyarte, *Debido proceso*, 2.ª ed. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 1.

³ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia 001-10-SEP-CC”, en *Caso n.º 00315-09-EP*, 13 enero del 2010.

Para asegurar el debido proceso deben observarse garantías básicas como el derecho a la prueba, temática que se va a profundizar por ser el tema central de esta tesis.

La prueba se concibe como una garantía básica del derecho al debido proceso que se consagra inicialmente en el artículo 76, numeral 4 de la CRE de 2008 en el sentido de restar validez y eficacia probatoria aquellas pruebas que se hayan obtenido o actuado con violación de la Constitución o la ley.⁴

Posteriormente, en el mismo artículo, el derecho a la prueba se presenta como una garantía del derecho a la defensa el cual, por supuesto, forma parte del debido proceso precautelado en el artículo 76, numeral 7, literal h) de la CRE, efectivizándose a través de la presentación de forma verbal o escrita de 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, por lo que el “presentar pruebas” en todo proceso sea en sede judicial o en sede administrativa en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, constituye un derecho de las personas en defensa de sus intereses y, al mismo tiempo, es un instrumento para la realización de la justicia.

La relevancia de la prueba como derecho constitucional radica en que da validez al proceso jurídico, la ausencia de ella, por otra parte da lugar a la tutela mediante acción de protección.

La Corte Constitucional ecuatoriana a través de varias sentencias ha construido jurisprudencia importante que permite abstraer el contenido esencial del derecho a la prueba en la garantía del derecho a la defensa, dejando claro que esta acción de tutelar es propia de derechos fundamentales en tanto prerrogativas de exigibilidad del individuo frente al Estado, específicamente ese control al procedimiento y decisiones de las autoridades públicas.

Para corroborar lo anteriormente afirmado, se presentan dos sentencias emitidas por la Corte Constitucional ecuatoriana. La sentencia n.º 001-10-SEP-CC, caso n.º 00315-09-EP de 13 de enero de 2010, resuelve la acción extraordinaria de protección por medio de la cual se impugna la sentencia expedida el 11 de septiembre de 2007 por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, dentro del juicio n.º 168-2007, por indemnizaciones por supuesto daño moral. Donde se evidencian dos nudos críticos: a) Falta de motivación de los jueces de la Sala de Casación en el momento de

⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 76, num. 4.

valorar la prueba, lo que provoca que a partir de una prueba inválida se generen consecuencias jurídicas de condena; y, b) Ausencia de razones que justifiquen la sentencia conforme a los parámetros establecidos en la Constitución referentes a la obligación de motivar:

La sentencia impugnada, paradójicamente, señala que al dar valor a una prueba carente de validez, por tanto de eficacia probatoria, se vulnera la garantía consagrada en el artículo 24, numeral 13 (de la Constitución Política de 1998, hoy artículo constitucional 76, numeral 7, literal 1), pues la responsabilidad imputada al demandado se sustenta en hechos no comprobados conforme a derecho, a los que no pueden corresponder las normas y principios jurídicos señalados; sin embargo, actuó en ese mismo sentido. Es preciso señalar que la motivación, como garantía del debido proceso, demanda que las sentencias deban ser razonadas, a fin de que las partes conozcan los motivos que llevaron al juez a adoptar la decisión, previsión constitucional que evita el exceso discrecional o la arbitrariedad en las decisiones judiciales siendo, por tanto, una obligación de los jueces que conlleva el deber de una solución justa en los litigios. ⁹ La necesidad de motivación de las sentencias radica no solo en el hecho de que esta se encuentre conforme con la ley, sino que en la motivación se hace presente la dimensión social del proceso y la repercusión que tiene en la sociedad cualquier sentencia judicial (...) En este sentido, la Corte advierte que la Sala de Casación que dictó la sentencia, materia de esta acción, *no solo que define la existencia de daño moral a partir de una prueba inválida*, sino que no argumenta cómo llega a determinar la afectación producida en el demandante (quien consideró que la cifra de ochocientos mil dólares que solicitó como indemnización, de ningún modo compensan el "dolor pesar o molestia" que ha sufrido), a fin de aplicar una indemnización en la suma de cincuenta mil dólares, con la única referencia jurídica al artículo 2233, inciso 3, sin que especifique el cuerpo legal al que pertenece la referida norma; de ahí que el contenido del derecho a la motivación en las resoluciones que afectan a las personas, es decir, la explicación de la pertinencia de las normas o preceptos jurídicos a los hechos, no encuentra concreción en esta sentencia; consecuentemente, se encuentra vulnerado".⁵

En el segundo caso, la sentencia n.º 1292-12-EP/19, caso n.º 1292-12-EP de 04 de diciembre de 2019, la Corte Constitucional del Ecuador, analiza la violación al debido proceso en la garantía de la obtención y actuación de la prueba en el marco de una acción de protección contra la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación. La Corte Constitucional, concluye que en la decisión judicial emitida por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, no se produjo violación de derechos en relación a la prueba valorada, porque los Jueces de la Corte provincial en su razonamiento jurídico basaron estrictamente sobre prueba actuada en primera instancia y no sobre otra prueba documental ingresada a propósito del recurso de apelación, respetando el derecho al debido proceso en la garantía de la prueba:

⁵ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia 001-10-SEP-CC", *Caso n.º 00315-09-EP*, 13 enero de 2010.

21. La sentencia de la Corte Provincial se circunscribió a la revisión de la demanda de acción de protección y sus antecedentes, y a la aplicación de las disposiciones del mandato constituyente señalado. Si bien la SENESCYT, luego de interponer su recurso de apelación en forma verbal y de fundamentarlo de manera escrita, adjuntó al expediente documentación, esta, además de haber sido ingresada extemporáneamente, no fue relevante para la resolución del caso. Del apartado de la sentencia que contiene el razonamiento jurídico se desprende que la Corte Provincial estableció que no se hallaba verificado el supuesto contenido en la norma aplicable al caso, porque el accionante no adjuntó a su solicitud el informe de los registros académicos de la universidad. 22. En síntesis, del análisis de las pretensiones del accionante y de la sentencia impugnada, se concluye que la acción extraordinaria de protección se basa en un mero desacuerdo con la decisión judicial impugnada y que no se encuentra violación a normas constitucionales. Por estas razones, se desecha el argumento de que la sentencia impugnada haya ocasionado violaciones a los derechos invocados en la demanda de acción extraordinaria de protección.

2. Debido proceso y motivación

A decir del juez constitucional Ali Lozada Prado, en el Estado constitucional existe “un vínculo indisoluble, prácticamente, incluso, una equivalencia, entre argumentación jurídica y justicia, y en consecuencia entre estas dos y los derechos fundamentales, tres caras de una misma realidad: el Estado constitucional. Este conjunto de relaciones conceptuales, basilares en el diseño jurídico de la gran mayoría de Estados contemporáneos ha sido expresivamente reconocida mediante el pleonismo: “Estado constitucional de derechos y justicia” con que se ha definido al Estado ecuatoriano en el artículo 1 de su Constitución vigente”.⁶

Alí Lozada ilustra de manera ejemplar lo que significa la argumentación jurídica y su conexión con los derechos fundamentales y la justicia, resumiendo en tres aspectos:

Primero: argumentar es una forma específica del uso de lenguaje que consiste en sostener una tesis o pretensión dando razones para ello. Se distingue, así, de otras maneras en que usamos el lenguaje, como narrar, alabar, insultar, informar, ordenar, etc.

Segundo: una argumentación presupone uno o varios problemas o cuestiones que suscitan, precisamente, la necesidad de ofrecer razones a favor de una tesis determinada. Esto es de la máxima importancia teórica y práctica, implica, por un lado, que no tiene sentido argumentar si no hay, como punto de partida, al menos un problema o cuestión.

Tercero: el argumentar puede concebirse como proceso o como producto. Es decir, como la actividad encaminada a resolver el problema planteado; o bien, como el resultado de esa actividad, o sea, las premisas, la conclusión y la inferencia que condujo a esta.⁷

⁶ Alí Lozada Prado, *Manual de argumentación constitucional: Propuesta de un método* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2015), 39.

⁷ *Ibíd.*, 40.

Evidencia así, el autor, que existe una conexión intrínseca entre Estado constitucional de derechos fundamentales y argumentación jurídica.

La obligación de motivar deviene en una garantía del debido proceso de conformidad con el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

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.

Dos aspectos se resaltan de la norma constitucional, el primero infiere sobre la obligación de los poderes públicos en motivar su resolución, entendiéndose que se logra cuando se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y su pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

En el artículo 89 del Cogep⁸ se incorpora esta obligación constitucional del juez: motivar toda sentencia y auto y garantía del justiciable para conocer las razones que justifiquen su fallo, lo que se logra a través de la enunciación de las normas o principios jurídicos en que se funden y su pertinencia de aplicación a los antecedentes de hecho.

Resaltando que es obligación del juzgador expresar los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. En conclusión el motivar evita la arbitrariedad del juzgador buscando en definitiva que el servicio de administración de justicia se otorgue bajo parámetros de calidad y efectividad.

El segundo aspecto es una consecuencia que provoca la falta de motivación que es la nulidad del fallo y no la nulidad del proceso. Esta nulidad del fallo por falta de motivación según la parte final del artículo 89 del Cogep única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación.

⁸ Art. 89.- Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación.

La Corte Constitucional del Ecuador a través de varias sentencias ha declarado vulneración del debido proceso en la garantía de la motivación, pero además ha desarrollado un esquema que permitiría entender cuando una resolución encuentra razones de motivación o justificación.

Este esquema argumentativo para verificar la existencia o no de la motivación de decisiones judiciales según la jurista Pamela Aguirre Castro fue por primera vez enunciado como un *obiter dicta* en la sentencia n.º 227-12-SEP-CC, de 21 de junio de 2012, al señalar:

Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacerse de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto.⁹

Aguirre Castro en su obra aporta como dato relevante la implementación de un esquema argumentativo que se constituiría en una guía para verificar si se cumplen con los estándares de la motivación, los cuales se hallan en la sentencia n.º 092-13- SEP-CC, caso n.º 0538-11-EP, a decir de Aguirre Castro:

El esquema argumentativo, o test de la motivación, como lo ha denominado la Corte Constitucional, consiste en verificar si los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad son observados en la emisión de una decisión judicial. El análisis del esquema se lo realiza de manera secuencial, esto es, primero se verifica la universalidad de las premisas normativas, argumentación de primer nivel, que se traduce en el requisito de la razonabilidad; cuando se verifica la observancia de este requisito se pasa al examen de la argumentación de segundo nivel, es decir, la coherencia y consistencia de las premisas, requisito de lógica, y finalmente, una vez cumplidos los requisitos anteriores se analiza la dimensión dialéctica de la decisión, en otras palabras, la comprensibilidad.¹⁰

En la sentencia n.º 121-14-SEP-CC, caso n.º 0523-12-EP, la Corte Constitucional sobre el parámetro de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, precisó:

razonable en el sentido de que la decisión se fundamente en lo dispuesto en las disposiciones constitucionales y normativa pertinente; lógica, en lo que respecta a que la misma contenga una estructura coherente, en la cual el operador de justicia, mediante la contraposición entre elementos fácticos y jurídicos, establezca conclusiones que guarden coherencia con estos elementos, y que de este análisis, al final se establezca una decisión

⁹ Pamela Juliana Aguirre Castro, *El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico* (Quito: UASB-E / Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 204-5.

¹⁰ *Ibíd.*, 205-6.

general del caso; comprensible en lo que se refiere al lenguaje que se utilice en la decisión, el mismo que debe ser dirigido hacia el entendimiento por parte del auditorio social.¹¹

La nueva Corte Constitucional definitiva nombrada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio el 28 de enero del 2019, cambió este test de la motivación, por una línea que podría calificarse como el estándar de los “mínimos” en la motivación, porque únicamente se debe enunciar normas o principios jurídicos en que se funda la decisión y explicar la pertinencia de la aplicación a los hechos del caso, a diferencia de la línea anterior sobre motivación que era “de máximos” (razonabilidad, lógica y comprensibilidad).

Este cambio se evidencia en varias sentencias dictadas por la Corte Constitucional definitiva desde finales del año anterior (2019). En la sentencia n.º 1728-12-EP/19, 02 de octubre de 2019, en el numeral 28 de la parte considerativa la Corte Constitucional emite el criterio relacionado a la motivación que sustenta al nuevo estándar de los “mínimos”:

28. Para este Organismo la motivación se enmarca dentro de las garantías del debido proceso, misma que se configura como una obligación de los poderes públicos de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que, precisamente en la justificación de sus resoluciones, reposa la legitimidad de su autoridad. Con mayor razón, deben motivar sus fallos las juezas y jueces que, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, modifican situaciones jurídicas, enunciando en la resolución las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron y la explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

En otras sentencias que están a continuación también la Corte Constitucional refuerza este criterio emitido en la sentencia n.º 1728-12-EP/19, 02 de octubre de 2019, por ejemplo, en la n.º 382-13-EP/20, caso n.º 382-13-EP, del 22 de enero de 2020:

23. En relación con la motivación, la Constitución de la República consagra en el artículo 76, numeral 7, literal 1) que “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”. En términos positivos, para que se considere que hay motivación, los juzgadores en la sentencia deben al menos i) enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron y ii) explicar de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.¹⁰ En el presente caso, el accionante señala que los jueces demandados no realizaron un análisis propio sobre el problema jurídico del caso, sino que se limitaron a reproducir los argumentos vertidos por el juez de primera instancia”

¹¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 121-14-SEP-CC”, en *Caso n.º 0523-12-EP*.

En la sentencia n.º 985-12-EP/20, caso n.º 985-12-EP, de 29 julio de 2020, se puede inferir las razones de la actual Corte Constitucional para implementar el cambio de estándar de los “máximos” al estándar de los “mínimos”, el cual resultaría más acorde al postulado constitucional que exige a los jueces enunciar las normas en las que se fundan la decisión y explicar la pertinencia de aplicación a los hechos, aclarando la Corte que la motivación no establece modelos ni exige altos estándares de argumentación jurídica:

22. De conformidad con lo dispuesto en la letra l), número 7, artículo 76 de la CRE, la motivación jurídica de las resoluciones judiciales es una garantía de las partes procesales frente a la arbitrariedad judicial. De tal modo, impone a los jueces la obligación de expresar las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión.

23. Este derecho no establece modelos ni exige altos estándares de argumentación jurídica; al contrario, requiere que los jueces cumplan los siguientes parámetros mínimos: 1. Enunciar las normas o principios jurídicos en que fundaron la decisión; y, 2. Explicar la pertinencia de la aplicación de las normas o principios jurídicos a los antecedentes de hecho.

24. Adicionalmente, en el caso de garantías jurisdiccionales, esta Corte ha manifestado que, en conjunto con los anteriores elementos, el o la administradora de justicia, deberá efectuar un análisis para verificar la real existencia o no de vulneración a los derechos alegados en instancia, cuando se trate de una sentencia proveniente de una garantía jurisdiccional”

En conclusión, la Corte Constitucional del Ecuador a lo largo del tiempo a través de sus sentencias ha dado contenido a la garantía constitucional de la motivación, también ha generado parámetros ya sea de “los máximos” o de los “mínimos” que resultan en definitiva filtros de las decisiones judiciales para superar el “examen de motivación” so pena de nulidad, buscando transparentar las actuaciones, evitar la arbitrariedad y consolidar la justicia como un servicio público que ha de otorgarse bajo estándares de eficacia y calidad.

La motivación, por lo tanto se debe considerar bajo dos dimensiones: a) La motivación con una verbalización de los motivos que han llevado a una decisión; y, b) La motivación como justificación; tanto en la admisibilidad y valoración de la prueba como en la emisión de la sentencia.

De todo lo afirmado, se desprende que la decisión judicial no solo se justifica con la selección de normas o principios jurídicos, sino también es el razonamiento jurídico en relación a los hechos, de allí la importancia de cumplir los postulados constitucionales.

3. La motivación en la admisibilidad probatoria de acuerdo al Cogep

La decisión judicial sobre la admisión o rechazo de los medios probatorios se adopta mediante un auto interlocutorio en audiencia preliminar o primera fase de la audiencia única.¹²

De acuerdo al Cogep existen dos formas de pronunciamiento de la decisión judicial sobre admisibilidad probatoria; la una es oral y corresponde a la audiencia preliminar o primera fase de audiencia única y la otra cuando el juzgador emite la decisión por escrito.

Estas formas de decisión se hallan reguladas en el Cogep, así el artículo 79 que es una de las normas que regula las audiencias, en la parte pertinente dice que: “se resolverá de manera motivada en la misma audiencia. Las personas serán notificadas con el solo pronunciamiento oral de la decisión”.

La audiencia es el escenario de las decisiones judiciales, por la dinámica propia de su desenvolvimiento se adoptan una vez que ha finalizado el debate entre los sujetos procesales. No existe otra oportunidad, no es posible suspender la audiencia para decidir sobre la admisibilidad de los medios probatorios. En este caso el juez no podría aplicar la excepción del artículo 93 del Cogep porque esta corresponde a las situaciones *de casos difíciles*, en la audiencia de juicio o segunda fase de la audiencia única y no en el momento de la admisibilidad probatoria, conforme al citado artículo y también por lo que dispone el artículo 297.7 del Cogep, que trata de la audiencia de juicio “7. Terminada la intervención de las partes, la o el juzgador podrá suspender la audiencia hasta que forme su convicción debiendo reanudarla dentro del mismo día para emitir su resolución mediante pronunciamiento oral de acuerdo con lo previsto en este Código”.

Como se señala en el apartado anterior, el artículo 89 del Cogep establece como deber del juez el motivar tanto las sentencias como los autos. El artículo 90 del Cogep señala que “además del contenido especial que la ley señale para determinados autos o sentencias, todo pronunciamiento judicial escrito deberá contener: “5. La motivación de su decisión”. El artículo 93 del Cogep, dice: “la resolución escrita motivada se notificará

¹² Cogep, art. 88.- “Clases de providencias. Las o los juzgadores se pronuncian y deciden a través de sentencias y autos.

La sentencia es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso. El auto interlocutorio es la providencia que resuelve cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento. El auto de sustanciación es la providencia de trámite para la prosecución de la causa”.

en el término de hasta diez días”. Por otro lado, el artículo 94 del Cogep describe el contenido de la decisión oral y, finalmente, en el artículo 95 se dispone que la sentencia escrita contendrá: “7. La motivación”. lo que representa una obligación del juez actuar de acuerdo con estas normas jurídicas, con mayor razón si la decisión que adopta sobre los medios de prueba se halla vinculada a una garantía constitucional que conforma el debido proceso y que podría afectar el derecho de las partes.

Es de suponer que la resolución del juez es el resultado de una estimación de los anuncios probatorios relacionados con el objeto de la prueba, en tanto hechos controvertidos, por lo que los argumentos para justificar la decisión deben ser acordes tanto a los parámetros legales sobre admisibilidad probatoria con la veracidad de los hechos controvertidos, su existencia y circunstancias en que se han producido, que es la parte medular de la motivación, entonces la importancia de la motivación radica en que le da validez a la decisión del juez.

Capítulo segundo

Parámetros jurídicos en la motivación de la admisibilidad probatoria

1. La prueba: conceptualizaciones y características

1.1. Fuentes y medios de prueba

Establecer la diferencia conceptual entre fuentes y medios de prueba contribuye a una mayor comprensión sobre la teoría general de la prueba y con ello la correcta utilización de los términos en tanto su alcance y su relación con los hechos controvertidos sometidos a decisión judicial. Esta diferencia conceptual es analizada por numerosos tratadistas entre ellos Roland Arazi, que dice: “los medios de prueba se reserva a la actividad del juez, de las partes o de terceros, desarrolladas dentro del proceso, para traer fuentes de prueba; esa actividad se realiza de la manera indicada en cada ordenamiento procesal. En cuanto a las fuentes de prueba, ellas son las personas o las cosas cuyas existencias son anteriores al proceso e independientes de él, que tienen conocimiento o representan el hecho a probar”.¹³

En el mismo sentido, la tratadista Teresa Armenta Deu, define a los medios de prueba, como: “aquellas diferentes actividades que tienen lugar en el proceso y a través de las cuales se introducen las fuentes u objetos de la prueba, conduciendo al juez a adquirir la certeza positiva o negativa de las afirmaciones de hecho”.¹⁴

El tratadista Michele Taruffo aporta en este análisis conceptual con otro elemento que son los hechos y recuerda la meta del proceso: la verdad “Los medios de prueba se conectan con los hechos en litigio a través de una relación instrumental: ‘medio de prueba’ es cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa”.¹⁵

Desde estos criterios doctrinarios, podemos convenir:

- a) La fuente es anterior al proceso, por lo tanto es un concepto extrajurídico. El medio de prueba es esencialmente procesal, por lo tanto es un concepto jurídico.

¹³ Roland Arazi, *La prueba en el Proceso Civil*. 2.^a ed. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1998), 123-17.

¹⁴ Teresa Armenta Deu, *Lecciones de derecho Procesal Civil*, 8.a ed. (Madrid: Marcial Pons, 2015), 186.

¹⁵ Michele Taruffo, *La prueba*, trad. Laura Manríquez y Jordia Ferrer Beltrán (Madrid: Marcial Pons, 2015), 15-21.

- b) La fuente existe con independencia del proceso, el medio se configura necesariamente en un proceso concreto, por lo que, sin proceso no existe medio de prueba.
- c) El medio de prueba es la vía de la fuente al proceso.
- d) El medio probatorio se relaciona con los hechos
- e) La decisión judicial se basa en una trilogía procesal: hechos, medio probatorio y verdad. (Precisamente son requisitos de la sentencia escrita según el artículo 95.4.6 del Cogep la enunciación breve de los hechos y circunstancias objeto de la demanda y defensa de la o del demandado y la relación de los hechos probados, relevantes para la resolución. Se infiere como regla que el juez está impedido de resolver más allá de los hechos y pruebas aportadas).

En el Cogep, se observan de forma práctica estas nociones previas de fuente y medio de prueba: En la prueba testimonial, la fuente es la persona y su conocimiento de los hechos, mientras que el medio es su declaración en el proceso conforme se ha regulado a través del interrogatorio y contrainterrogatorio.

En la prueba documental, el documento es la fuente, el cual se aporta mediante la actividad que se ha establecido; es decir el medio, la prueba documental se debe presentar con la demanda o con su contestación, pero también puede ocurrir que se impugne la autenticidad del documento, obligando a establecerla según las reglas procesales.

En la prueba pericial, la fuente es la cosa, materia o persona que se somete a pericia, el medio es el informe o el dictamen.

Estas conceptualizaciones previas permiten a los juzgadores realizar la tarea de admisibilidad probatoria en forma eficiente porque hay necesidad de entender que la diferencia entre uno y otro radica en el escenario donde se sitúan, pues, mientras las fuentes de prueba se ubican en un plano previo y ajeno al proceso jurisdiccional, los medios de prueba se instalan en el contexto del juicio. Este conocimiento lo permite al juez, determinar cuáles fuentes de prueba pueden ser incorporadas a un juicio como medios de prueba relevantes y jurídicamente admisibles.

1.2. Conceptualizaciones sobre la prueba judicial

Para abordar este tema nos vamos a referir a los conceptos emitidos por diferentes tratadistas expertos en la materia.

Así, para el profesor Devis Echandía la prueba judicial es el “conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, atención y valoración de los diversos medios que

pueden emplearse para llevar al juez a la convicción sobre los hechos que interesan al proceso”.¹⁶ Mientras que el jurista, Juan Montero Aroca sostiene que la prueba “ es la actividad procesal que tiende alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los aportes de las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos”.¹⁷

Asimismo orienta “que la actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hecho de las partes, confiándose a estas la determinación de los elementos (fuentes y medios de prueba) que deben utilizarse dentro de los previstos legalmente. Esa determinación es una carga, pero también es un derecho de las partes”. Agrega que la prueba tiende a obtener la “certeza con relación a las afirmaciones de hechos de las partes”.

A partir de estas definiciones se podría decir que se entiende por prueba judicial a toda actividad procesal de los sujetos dirigida a acreditar los hechos afirmados y que han de servir de fundamento al juez o tribunal para resolver el caso sometido a su jurisdicción. En consecuencia, se puede visualizar a la prueba desde dos aristas principalmente: a) como elemento de verificación; y, b) como elemento de convicción; de manera que ha de servir para comprobar, para verificar los hechos alegados por alguna de las partes y resultar controvertidos, en tanto lo que no resulta probado no forma convicción en el juzgador.

Taruffo orienta que existen tres acepciones sobre la prueba judicial: como actividad, medio y resultado.

- a) **Como medio** designa “cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa” estableciendo el doctrinario la existencia de una “relación instrumental” entre los hechos y medios de prueba.
- b) **Como resultado** cuando “una inferencia obtenida de los medios de prueba da sustento a la verdad de un enunciado acerca de un hecho litigioso”; y,
- c) **Como actividad** la vinculación entre la prueba como medio y la prueba como resultado. Esta actividad se desarrolla dentro de un proceso y como tal se halla regulada.¹⁸

¹⁶ Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, 5.^a ed. (Bogotá: Temis, 2006), 7.

¹⁷ Juan Montero Aroca, Juan. *La prueba en el proceso civil*, 7.^a ed. (Madrid: Editorial Aranzadi, 2012), 58-60.

¹⁸ Taruffo, *La prueba*, 16-35.

La conveniencia y utilidad del enfoque de la prueba desde las acepciones de medio, resultado y actividad se halla en la existencia de reglas en función de las mismas conforme lo determina Ferrer Beltrán “a) reglas sobre la actividad probatoria; b) reglas sobre los medios de prueba y c) reglas sobre el resultado probatorio. El primer tipo de reglas incluye reglas que establecen el momento en que se inicia la fase de prueba y en el que finaliza, los momentos procesales en que pueden y/o deben proponerse las pruebas para su admisión, los sujetos a quienes corresponde realizar esa proposición, etc. El segundo tipo de reglas define los medios de prueba, determina cuáles de ellos son admisibles en un determinado procedimiento o excluye expresamente algunos de ellos, etc. El tercer tipo de reglas indica al órgano decisor, qué resultado debe extraer a partir de la presencia en el expediente procesal de algún medio de prueba específico o bien le concede libertad jurídica para que valore los elementos de juicio que tenga disponibles.”¹⁹

Analizadas las definiciones sobre la prueba judicial emitidas por todos estos autores existen la coincidencia de que le caracterizan como un elemento fundamental en el que radica la decisión del juez por lo que estas tienen que ser objetivas e íntimamente relacionadas con el objeto de la controversia, requisitos importantes para la admisibilidad.

1.3. Carga de la prueba

Doctrinariamente la iniciativa probatoria corresponde a las partes de acuerdo a su interés en el proceso, posición que se vincula con los principios dispositivo y de aportación de parte.

Eduardo J. Couture define a la carga de la prueba como “el conjunto de principios y normas legales que se atribuye a cada una de las partes del juicio la prueba de los distintos hechos de la causa sujeta a controversia”.²⁰

Por otra parte, el tratadista Devis Echandía se refiere a la carga de la prueba como “una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez como debe fallar, cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den la certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cual de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte”.²¹

¹⁹ Jordi Ferrer Beltrán. *La valoración racional de la prueba* (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2018), <http://ebookcentral.proquest.com/lib/uasbsp/detail.action?docID=5636215>.

²⁰ Castellón Munita, Juan Agustín. *Diccionario de derecho procesal civil* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica La Ley, 2004).

²¹ Hernando Devis Echandía, *Compendio de la prueba judicial*, t. I (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Ediotas, 1984), 228.

Es decir, conforme al aforismo latino *Onus probandi incumbit ei qui dicit* quien afirma prueba, o lo que es lo mismo “quien alega prueba”. Denotando una clara exigencia a la parte que afirma un hecho el contar con la prueba de su existencia y circunstancias, sin que sea viable aceptar una afirmación sobre hechos sin prueba y generar resultados adversos a la otra parte.

El Cogep, en el artículo 169, se refiere a la carga de la prueba en los siguientes términos:

Art. 169.- Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

En principio el Cogep señala que la carga de la prueba es “obligación” de la parte actora, posteriormente esta “obligación” es también de la parte demandada si su contestación contiene afirmaciones sobre el hecho; no obstante, en la estructura del citado artículo se observa un defecto que en el ámbito probatorio ha sido clarificado, en el sentido de diferenciar “la carga” y la “obligación”, que en palabras del tratadista Carnelutti “la obligación es la subordinación de un interés del obligado al interés del otro, impuesta mediante una sanción; la carga es la subordinación de uno o más intereses del titular a otro interés del mismo que se le impone porque se hace de aquélla una condición para la obtención de este”.²²

La “carga” es una expectativa procesal que, de cumplirse, proporciona una ventaja, y de no cumplirse, le perjudica, en tanto que el incumplimiento de una obligación comporta la posibilidad de sanción por parte del juez.

Aportar con pruebas se torna en un imperativo por lo tanto en “carga” para la parte en pro de su interés, de no hacerlo para el juez se tendrá como no acreditado el hecho y por consiguiente sufrirá como consecuencia una sentencia desestimatoria de su pretensión. En el Cogep, a través de varios ejemplos podríamos clarificar esta situación jurídica cuando existe la “obligación”, a diferencia de la “carga”, piénsese en la situación del testigo quien tiene la obligación de decir la verdad so pena de las penas del perjurio (Cogep, art. 178.1), de su obligación de contestar a las preguntas que se le formulen, en caso de no comparecer, esto es, incumplir con esta obligación, el juez puede disponer esta

²² Francesco Carnelutti, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, trad. Jaime Guasp (Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1942), 195.

comparecencia mediante apremio ejecutado por la Policía Nacional (art. 177.2 Cogep), o en caso de ser evasivo o evidenciar interés con la otra parte puede ser declarado como testigo “hostil” siendo la consecuencia el permitir preguntas sugestivas en el interrogatorio.²³

De la claridad que tenga el juez sobre a quién le corresponde aportar con medios probatorios en relación a los hechos controvertidos depende el éxito en la tarea de la admisibilidad probatoria, por lo que es indispensable aportar con este análisis que también utiliza ejemplificaciones para llegar a una correcta diferenciación entre “carga” y “obligación”.

1.4. La verdad como característica de la prueba

De la correcta instrumentalidad del proceso por el órgano judicial, depende el desarrollo de la causa y el esclarecimiento de la verdad de los hechos que se controvierten; siendo esencial para emitir una decisión justa que se vincula al interés de los sujetos pero también al interés público.

La verdad es un valor constitucionalmente protegido, en el artículo 83.2 se consagra: *Ama killa, ama llulla, ama shwa*; es decir, no ser ocioso, no mentir, no robar, como deberes de los ciudadanos.

El no mentir, esto es, decir la verdad contribuir al esclarecimiento de los hechos controvertidos en el proceso, tiene que ver con la conducta de los sujetos procesales y sus abogados quienes están conminados a litigar con “buena fe y lealtad procesal”, siendo principios rectores del Cogep.

El principio general de la buena fe según el tratadista Joan Picó i Junoy “es una de las vías más eficaces para introducir un contenido ético-moral en el ordenamiento jurídico”²⁴ a decir del mismo tratadista “la buena fe procesal puede definirse como aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta. Solo desde esta perspectiva amplia se logra la continua adaptación entre los valores éticos de la sociedad y los valores normativos del ordenamiento, correspondiendo al juez, en cada caso concreto, analizar si la conducta procesal de la parte se adecua a la forma de actuar admitida por la generalidad de los ciudadanos.”²⁵

²³ El Cogep incorpora esta facultad del juez en relación con la prueba testimonial. No se advierte de la norma los supuestos que permitirían esta calificación, no obstante se puede colegir que el testigo hostil no facilita la información en el interrogatorio directo lo que permite la formulación de preguntas sugestivas.

²⁴ Joan Picó i Junoy, *El principio de la buena fe procesal*, 2.^a ed. (Barcelona: J. M. Bosch, 2012), 66.

²⁵ *Ibíd.*, 69.

En análisis de los códigos modernos se observa que se atiende a la lealtad y probidad como principios rectores del proceso y se preocupen por aumentar los poderes de los jueces para garantizar la aplicación de esos principios. La orientación ha sido la de, en primer lugar, consagrar la veracidad como un deber procesal de las partes y de sus apoderados, y en segundo lugar, la de definir los poderes del juez para prevenir y evitar las faltas a la lealtad y probidad procesal, así como para castigarlas o sancionarlas. Y en último término, la tendencia también supone una modificación del régimen legal de la abogacía para adaptarlo a las reformas procesales.

Esa tendencia de los nuevos códigos procesales es destacado por el profesor Santiago Pereira Campos, “la probidad se logra mediante mecanismos que aseguren que los sujetos actúen con lealtad y buena fe, entre los cuales asume fundamental importancia la carga de anticipar en la demanda y en la contestación toda la prueba que se intenta producir, evitando ocultamiento y las maniobras. En el mismo sentido, el otorgamiento al Tribunal de trascendentes poderes-deberes, y un régimen impugnativo en cual el efecto suspensivo sea la excepción, evitan conductas maliciosas”.²⁶

En nuestro ordenamiento jurídico se pronuncian expresamente varias normas cuando establecen como principios los de lealtad y probidad, en el entendido de que se trata de actuar de buena fe. Lo que significa implementar nuevas prácticas profesionales que permitan evidenciar que la abogacía es un servicio social que se sintoniza con el ideal de justicia. Así, la CRE (art. 174) proscribire “la mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal”, lo que encuentra reflejo en el COFJ en su artículo 26, textualmente señala:

Art. 26 (COFJ).- En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la *litis*. La parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley.

Siendo deber de los abogados, establecido en el artículo 330 del mencionado código en sus numerales 2 y 3, patrocinar con sujeción a los principios de lealtad,

²⁶ Santiago Pereira Campos, “Los procesos civiles por audiencias en Uruguay. 20 años de aplicación exitosa del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 3 (2009): 1-39.

probidad, veracidad, honradez y buena fe; defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos.

Está prohibido para los abogados en patrocinio de las causas ejercer el derecho de acción o contradicción de manera abusiva, maliciosa o temeraria, violar el principio de buena fe y lealtad, a través de prácticas tales como presentación de prueba deformada, empleo de artimañas y ejecución de procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la *Litis* (*Lege lata*, art. 335.9).

El Cogep a partir de su quinto considerando se pronuncia por la observancia de dichos principios y luego los recoge en diferentes preceptos relativos a distintos momentos procesales (Cogep, arts. 160, 170, 173, 220, 284 y 286.3).

Entre la búsqueda de la verdad y el rol activo del tribunal existe una estrecha relación, por cuanto no puede el juzgador esperar pasivamente a que las partes aporten los elementos que le han de conducir a convicción, sino que le corresponde un rol activo en la clarificación de los hechos, pues deviene en obligación —legal y socialmente impuesta— adoptar decisiones justas y lo más cercanas posibles a la verdad.

Así, ha señalado Taruffo:

Actualmente, casi todos los sistemas procesales han cambiado del sistema tradicional adversarial, con un tribunal pasivo que confía exclusivamente en la producción de prueba por las partes, a un modelo en el cual el tribunal es responsable de la consecución de decisiones verdaderas acerca de los hechos del caso.²⁷

En el COFJ esa obligación del juez se halla prevista en el artículo 130.10. Ordenar de oficio, con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad.

En el Cogep el juez dirige el debate probatorio con imparcialidad y sobre todo orientado a esclarecer la verdad procesal (*lege lata*, art. 160, Cogep).

Descansan los fundamentos de la prueba de oficio en el carácter público del proceso civil, matizado por el fenómeno de socialización del derecho. La doctrina ha reconocido que el tribunal ha de completar la actividad probatoria cuando los interesados no aportan todos los elementos necesarios para que el asunto sea resuelto; empero, ¿se trata solo de completar? En sentido estricto, sí, porque la prueba de oficio está llamada a perfeccionar, en la medida de lo posible, el conocimiento que el tribunal se forma de los hechos para que el fallo a que arribe tenga más posibilidades de ser equitativo.

²⁷ Michele Taruffo, “Investigación judicial y producción de pruebas por las partes”, *Revista de Derecho (Valdivia)* 15, n.º 2 (2003): 213.

Para resolver un caso, los jueces interpretan primero y aplican después lo dispuesto por la norma jurídica, ello en consonancia con criterios socialmente aceptados de probidad, moral y justicia. Por lo que, siempre que exista un dilema ético o de marcado interés social debe el tribunal desempeñar su rol de garante de la real justicia, sin que el rigor formal o técnico pueda prevalecer o impedir la realización de lo justo.

No se trata de que la jueza/ el juez supla la inactividad o negligencia de una de las partes pues ello implicaría romper con el ideal de imparcialidad, que preside la función jurisdiccional. En definitiva, estamos ahora ante un juez comprometido a que su obrar sea axiológicamente valioso en orden a la justicia y es precisamente en esta búsqueda de la verdad, la seguridad y la justicia dentro del proceso que encuentra justificación la iniciativa probatoria del juez y su actuar sin solicitud de particular.

2. El procedimiento probatorio en el Cogep

De conformidad con el Cogep, el procedimiento probatorio se compone de cuatro momentos fundamentales: proposición o anuncio, admisión/denegación, práctica/producción y valoración. Cuando el proceso es predominantemente escrito se compone de fases; el proceso oral no se estructura en fases sino por audiencias y momentos procesales caracterizados por la concentración de actos.

Así, el Cogep se aviene a esta segunda posibilidad y conmina a las partes a acompañar los documentos y a anunciar los restantes medios de prueba de los que intenten valerse desde sus escritos iniciales demanda y contestación, con independencia de que en momento posterior y previo a la audiencia preliminar se produzcan precisiones al respecto. Luego, en dicha audiencia corresponde el anuncio de la totalidad de las pruebas, la impugnación u objeciones a las del contrario, y el pronunciamiento del juez sobre la admisión o denegación de todas las propuestas por las partes.²⁸

²⁸ Art. 159.- Oportunidad. La prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue posible se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, salvo disposición en contrario.

Art. 142.- Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito y contendrá: “7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.

Art. 151.- Forma y contenido de la contestación. La contestación a la demanda se presentará por escrito y cumplirá, en lo aplicable, los requisitos formales previstos para la demanda. La parte demandada deberá pronunciarse en forma expresa sobre cada una de las pretensiones de la parte actora, sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de la prueba documental que se

El momento de la práctica o producción está reservado para la audiencia de juicio, en cuyo acto —o en oportunidad posterior, pero dentro del propio día— el juez emite su pronunciamiento definitivo en el valorará la prueba practicada por las partes.

La valoración de la prueba cuenta con principios procesales que rigen uno u otro en todo momento, siendo estos la prueba tasada y la libre valoración. Entendido el primero también como prueba legal porque es la norma quien determina el valor que ineludiblemente ha de otorgar el juez al medio de prueba propuesto, es decir, mediante la ley el legislador sustituye los razonamientos del juez por un juicio preestablecido. Teniendo este sistema como desventaja que ata al juez, al no permitirle analizar y realizar debidamente el examen e investigación de los medios probatorios.

La libre valoración, por su parte, ofrece la posibilidad negada mediante la prueba tasada, es decir, el juez puede llegar a su propio resultado mediante la deducción y las experiencias adquiridas a lo largo de su desempeño profesional, no tiene que regirse por lo normativamente establecido. En este ámbito imperan las reglas de la sana crítica que, obligan a exteriorizar el juicio realizado sobre los medios probatorios a través de las sentencias evitando la arbitrariedad.

En los procesos no penales en Ecuador prevalece la libre valoración con apego a las reglas de la sana crítica, así lo regula el artículo 164 del Cogep, con la marcada excepción de la declaración de parte que —con manto confesorio— conduce a la terminación del proceso cuando se trate de derechos disponibles:

Art. 183.- Terminación del proceso por declaración. La declaración legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda termina el proceso.

haya acompañado, con la indicación categórica de lo que admite y de lo que niega. Deberá además deducir todas las excepciones de las que se crea asistida contra las pretensiones de la parte actora, con expresión de su fundamento fáctico. Las excepciones podrán reformarse hasta antes de que la o el juzgador dicte la providencia convocando a la audiencia preliminar o única. Si se presenta una reforma de excepciones, se notificará con estas a la parte actora y se le concederá un término de diez días para anunciar prueba nueva. En materia de niñez y adolescencia ese término será de cinco días. En el término de tres días de calificada la contestación se notificará con su contenido a la parte actora, quien en el término de diez días, podrá anunciar nueva prueba que se referirá a los hechos expuestos en la contestación. En materia de niñez y adolescencia, en el término de un día de calificada la contestación, se notificará con su contenido a la parte actora, quien en el término de tres días podrá anunciar nueva prueba que se referirá a los hechos expuestos en la contestación.

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

Art. 184.- Juramento decisorio. Cualquiera de las partes puede deferir a la declaración de la otra y pedir expresamente que la o el juzgador decida la causa sobre la base de ella, cuando la declaración recaiga sobre un hecho personal y referido a la o al declarante. La parte requerida podrá declarar o solicitar que lo haga la contraparte, quien estará obligada a rendirla, siempre que el hecho sea común a las dos partes. El juramento decisorio termina el proceso sobre un derecho disponible.

3. La facultad del juez en el examen de admisibilidad probatoria

El juzgador con relación a la prueba realiza dos tipos de juicio: a) de admisión; y, b) de valoración.

En el derogado Código de Procedimiento Civil que sustentaba al sistema escrito en materia procesal en Ecuador, por sus propias características, implementó un proceso ausente de intermediación, en donde el expediente físico era el centro del mismo. Este sistema es descrito por el profesor Santiago Pereira como “lento, formal y burocrático”.²⁹

El rol del juez en el sistema anterior era limitado, en cuanto al tratamiento de este tema, porque la tramitación e instrucción en la que se incluía el despacho y recepción de prueba se delegaba a funcionarios a nivel de asistentes o al secretario, tomando por primera vez contacto con el expediente físico al momento de dictar sentencia definitiva.

La admisibilidad de los medios probatorios no se integraba como una fase del proceso escrito, por ende no existía este deber para el juez, dejando abierta la posibilidad a los sujetos procesales que ingresen en forma indiscriminada cualquier medio de prueba, bajo el argumento “Lo que abunda no daña”.

El Cogep, al implementar el sistema oral como cambio radical a las viejas estructuras procesales, sostenidas en el andamiaje del sistema escrito, preconiza la operacionalización de los principios de intermediación, concentración, publicidad, y contradicción, imponiendo como deber del juez el juicio de admisión de los medios probatorios según el anuncio de las partes, que se realiza en la audiencia preliminar de acuerdo al artículo 294, numeral 7, literal d), Cogep:

La audiencia preliminar se desarrollará conforme con las siguientes reglas: 7. Concluida la primera intervención de las partes, si no hay vicios de procedimiento que afecten la validez procesal, continuará la audiencia, para lo cual las partes deberán:
d) La o el juzgador resolverá sobre la admisibilidad de la prueba conducente, pertinente y útil, excluirá la práctica de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han obtenido o practicado con violación de los requisitos formales, las normas y garantías

²⁹ Pereira Campos, “Los procesos civiles por audiencias en Uruguay. 20 años de aplicación exitosa del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica”: 1-39.

previstas en la Constitución, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y este Código, y que fueron anunciadas por los sujetos procesales.

Se refiere a que cumpla con los requisitos de pertinencia, utilidad y conducencia que prevé el artículo 160 del Cogep:

Art. 160.- Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal.

En la audiencia preliminar o en la segunda fase de la audiencia única la o el juzgador rechazará de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente.

La o el juzgador declarará la improcedencia de la prueba cuando se haya obtenido con violación de la Constitución o de la ley. Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir.

A decir del tratadista Xavier Abel Lluch:

Un análisis del juicio sobre la admisión de los medios de prueba exige referirse a su naturaleza jurídica —la de un deber judicial—, los parámetros legales de admisión—pertinencia, utilidad y licitud— los caracteres de la resolución judicial oral—individualizada, motivada, expresa y recurrible— el alcance de la máxima *pro probatione* y, finalmente el juicio sobre la ilicitud de la prueba.³⁰

Este “deber judicial” de admitir o negar los medios probatorios anunciados por las partes, es una tarea de relevancia procesal, por hallarse orientada a esclarecer la verdad procesal, por lo que el juzgador en este ejercicio debe:

- a) Preservar el derecho de defensa: en el sentido de que restringir la capacidad probatoria de una parte puede generar un estado de indefensión, por eso —previo cumplimiento de requisitos *ex lege*— se tiende a la amplitud de la prueba. En esta línea de pensamiento el tratadista consultado “resulta conveniente atender a la máxima *pro probatione e incurrir en un posible exceso en la admisión de prueba que en su denegación*”.³¹
- b) Evitar la producción de pruebas superfluas: igual que se aboga por la amplitud hay que ponderar la ineficacia (inutilidad) de determinados medios anunciados

³⁰ Xavier Abel Lluch, “El juicio sobre la admisión de los medios de prueba”, en *Derecho probatorio*, 56-7 (Barcelona: J. M. Bosch, 2012).

³¹ *Ibíd.*, 57.

por las partes para probar los hechos invocados o que los hechos invocados resultan inconducentes para la decisión final.

c) Motivar el pronunciamiento judicial oral en la audiencia preliminar.

En este punto Taruffo aporta con otro criterio que debe considerar el juez al momento de la selección de los medios de prueba admisibles que es el “principio de la relevancia”, como una condición necesaria previa para poder ingresar al juicio de la admisibilidad jurídica, a decir del tratadista son medios de prueba relevantes:

todos aquellos que puedan ofrecer una base cognitiva para establecer la verdad de un hecho litigioso, es decir, una información sobre tal hecho que sea “superior a cero”.³²

Este estándar de la “relevancia” como condición previa a la admisibilidad no se halla estipulado con el Cogep, sin embargo su consideración es práctica si reflexionamos sobre la conexión entre el resultado positivo que se espera del medio de prueba y la existencia del hecho litigioso, atendiendo que la función de las pruebas es ofrecer al juzgador información que pueda ser útil para establecer la verdad de los hechos en litigio.

Finalmente, el juicio de valoración se refiere a la trascendencia que cada una de las admitidas y practicadas pruebas ostenta para lograr la convicción en el juzgador, que se reflejará en la sentencia escrita como un requisito de conformidad con el artículo 95.6 del Cogep: “La relación de los hechos probados, relevantes para la resolución”.

4. Aspectos previos que debe considerar el juez para el juicio de admisión

4.1. Objeto de la controversia

A nuestro juicio, un acto jurídico procesal que se transforma en la columna vertebral, es la fijación del objeto de la controversia que se realiza en la audiencia preliminar según las reglas contenidas en el artículo 294.2 del Cogep. La formulación del objeto de la controversia es la cuestión que se somete a decisión judicial, tiene que ser concreta para que el órgano comprenda lo que se le está solicitando, no es reproducir los hechos y no puede plantearse de forma negativa o interrogativa. En ningún caso la postulación puede referirse a preguntarle al juzgador en relación con si tiene o no el derecho quien reclama, sino que se le solicita el reconocimiento del derecho; así como tampoco se peticiona sobre la no concesión de un derecho, sino sobre su denegación.

³² Taruffo, *La prueba*.

La importancia de fijar correctamente el objeto del proceso a decir de la tratadista Teresa Armenta Deu, incide sustancialmente en muchas instituciones procesales claves, entre ellas: “la fijación de la jurisdicción y competencia del órgano jurisdiccional que conoce del proceso; la clase de juicio que ha de seguirse; la prohibición de cambio de demanda; la litispendencia; la cosa juzgada; la congruencia de la sentencia; la acumulación de acciones, y, como se ha dicho, la cosa juzgada”.³³

Adicionalmente incide también en otros actos jurídicos como es la admisibilidad probatoria porque a partir del objeto de la controversia se extrae el objeto de la prueba; y se deriva a decisión del juez quien ha de ser congruente con lo que pretenden las partes, conforme se norma en los artículos 91 y 92 del Cogep:

Art. 91.- Omisiones sobre puntos de derecho. La o el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso. Sin embargo, no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes.

Art. 92.- Congruencia de las sentencias. Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso.

Los elementos que delimitan el objeto de la controversia que se deben considerar son los siguientes:

- a) Se fija por parte del actor a través del acto de proposición demanda; el demandado solo si reconviene.
- b) Los hechos afirmados por el demandado en el acto de proposición inicial de contestación a la demanda, no determinan el objeto del proceso, pero si amplían los términos del debate y con ello completa lo que se debe decidir en sentencia, la cual no solo que versará sobre la pretensión y fundamentación de la demanda, sino también sobre la fundamentación de la resistencia u oposición.
- c) La individualización de la pretensión: lo que se pide *o petitum*, que puede ser declaración del derecho, constitución o cambio jurídico o condena del demandado y la causa o fundamento de pedir *o causa petendi*, integrada por dos elementos: (aplicando el enfoque de la teoría de la individualización referida por de la tratadista Teresa Armenta Deu) el fáctico conjunto de hechos, relato histórico y,

³³ Armenta Deu, Lecciones de derecho procesal civil, 113.

el elemento jurídico o normativo, el título jurídico en virtud del que se pide; la subsunción de los hechos en una norma jurídica que otorga la eficacia que el actor pretende.³⁴

4.2. Objeto de la prueba

El objeto de la prueba se finca en la fijación de los hechos controvertidos considerando que solo aquellos están necesitados de prueba conforme se estipula en los artículos 158 y 161 del Cogep:

Art. 158.- Finalidad de la prueba. La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos.

Art. 161.- Conducencia y pertinencia de la prueba. La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso.

La prueba deberá referirse directa o indirectamente *a los hechos o circunstancias controvertidos* (énfasis fuera del texto).

A diferencia de los hechos que se hallan en los supuestos determinados en el artículo 163 de la propia norma adjetiva, tales como: los afirmados por una parte y admitidos por la otra, los hechos imposibles, los notorios o públicamente evidentes y los que la ley presume de derecho.

En cuanto a los fundamentos legales nacionales, no requieren ser probados porque el juez conoce el Derecho (*iura novit curia*). Sin embargo, cuando se invoca el Derecho extranjero o se disiente de él, es necesario probar su existencia y vigencia, aun cuando el juez lo conozca, pues no puede el juzgador aplicar como prueba su propio conocimiento. Así se pronuncia el artículo 162 del Cogep, en sus párrafos primero y tercero, relativo a la necesidad de probanza.³⁵

Esta puntualización permite reafirmar que no todos los hechos están urgidos de corroboración, sino aquellos que ostentan la condición de contradictorios y por ende la importancia de su fijación.

³⁴ *Ibíd*, 116-7.

³⁵ Art. 162.- Necesidad de la prueba. Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran. La parte que invoque la aplicación del derecho extranjero o disienta de ella presentará la certificación del agente diplomático sobre la autenticidad y vigencia de la ley. A falta de agente diplomático, la parte podrá solicitar a la o al juzgador que requiera al Estado de cuya legislación se trate que certifique por la vía diplomática la autenticidad y vigencia de la ley. La o el juzgador no podrá aplicar como prueba su conocimiento propio sobre los hechos o circunstancias controvertidos.)

Ahora bien, en otros códigos procesales, como en Uruguay se prevé la fijación del “objeto del proceso” y del objeto de la “prueba” en la audiencia preliminar, es decir son dos actos procesales jurídicos debidamente individualizados sobre los cuales se abre el debate, en el artículo 341.6 del Código General del Proceso se postula:

Art. 341. 6.- Fijación definitiva del objeto del proceso y de la prueba, pronunciamiento sobre los medios de prueba solicitados por las partes, rechazando los que fueren inadmisibles, innecesarios o inconducentes (artículo 24.6), disponiéndose la ordenación y diligenciamiento de los que correspondan; recepción de los que fuere posible diligenciar en la propia audiencia y fijación de otra complementaria para el diligenciamiento de los restantes, acordándose lo necesario para que en ocasión de esa audiencia complementaria se diligencien totalmente las pruebas que no se hubieren recibido en la audiencia preliminar (artículo 343.1). Las partes podrán proponer nuevos medios de prueba que, a juicio del tribunal, refieran a hechos nuevos o rectificaciones hechas en la propia audiencia (numeral 1°).

Esta particularidad procesal de Uruguay es explicada en forma clara y didáctica por el profesor Santiago Pereira, “la audiencia preliminar es el ‘pivot’ del sistema. Allí se comienza con tentar la conciliación (intraprocesal) por el Juez, se realiza el saneamiento del proceso y se fija el objeto del proceso y de la prueba, así como los medios de prueba a diligenciarse”. Advirtiendo el profesor que el proceso después de ser saneado, se encamina más a resolver la cuestión de fondo central: “g) Dictado de sentencia interlocutoria a través de la cual se fija el objeto del proceso (objeto de la controversia) y de la prueba, sobre la base de los aspectos que queden controvertidos tras la etapa de proposición escrita, y luego de la actividad de las partes y del Juez en la conciliación. De este modo, con la intervención del Juez en diálogo con las partes y sus abogados, se esclarece el objeto del proceso y de la prueba, que en rigor es fijado por las partes en las pretensiones originales, lográndose de tal manera ubicar el conflicto en sus términos reales. Asimismo se declara el allanamiento parcial, si lo hubiera. h) Dictado de sentencia interlocutoria pronunciándose el tribunal respecto de los medios de prueba propuestos por las partes, admitiendo o desestimando los mismos”.³⁶

Otra situación relevante se encuentra en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española³⁷ en la audiencia previa que se equipara con la preliminar en Ecuador, las partes con el Juez “enlistan” los hechos controvertidos y aquellos que tienen conformidad. Obligando a las

³⁶ José Alberto Revilla et al., *Estudios comparados sobre reformas al Sistema de Justicia Civil: Alemania, España y Uruguay* (Santiago de Chile: CEJA /JSCA, 2017), 380.

³⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Jefatura del Estado «BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000, Referencia: BOE-A-2000-323.

partes a posicionarse en cuanto a los hechos controvertidos o no, sobre estos últimos so pena de que el juzgador los tenga por admitidos y por ende como consecuencia jurídica exentos de prueba, esto de conformidad con el artículo 428.1:

Art. 428.1.- Fijación de los hechos controvertidos, y posible sentencia inmediata. 1. En su caso, la audiencia continuará para que las partes o sus defensores, con el tribunal, fijen los hechos sobre los que exista conformidad y disconformidad de los litigantes.³⁸

Posteriormente y delimitados que han sido los hechos controvertidos se procede con la proposición y la admisión de la prueba, según se estipula en el artículo 429 *in fine*.

Art. 429.- Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio. 1. Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba.³⁹

Esta breve comparación de normas procesales que comparten el modelo procesal por audiencias, y en su estructura se halla la audiencia preliminar, o audiencia previa, o saneadora etc., que cumple con similares propósitos o fines (conciliar, sanear, delimitar el objeto procesal, proposición y admisión probatoria) , nos permite inferir desde el Cogep y la práctica que en nuestro país no se regula en forma expresa a quien le corresponde fijar el “objeto de la controversia”, así como tampoco se ha legislado como un acto a realizar la “fijación del objeto de la prueba”, existiendo ese vacío que limita y dificulta al juez en el examen de admisibilidad probatoria.

En Ecuador se adoptó como estrategia a razón de la implementación del Cogep, que el juez proponga a los sujetos procesales un “proyecto” de objeto de la controversia a partir de la lectura de los actos escritos de proposición de demanda y contestación por encontrarse previamente en su conocimiento, empero esa práctica debe ser urgentemente revisada porque trastoca un fin de la audiencia preliminar que es la definición del objeto de la controversia como carga de las partes en particular — solo por el actor, el demandado si reconviene— en correspondencia al principio dispositivo que informa el proceso civil.

Hay que aclarar, tomando en cuenta, el criterio de la legislación comparada de España y Uruguay, expuesta anteriormente, que para fijar el objeto de la prueba en audiencia es necesario enlistar los hechos controvertidos para que las partes en conflicto presenten los medios probatorios; y también identificar los hechos afirmados y aceptados por las partes para excluirlos del objeto de la prueba.

³⁸ *Ibíd.*, art. 428.1.

³⁹ *Ibíd.*, art. 429.

La no fijación de los hechos controvertidos y de los hechos aceptados que es una práctica generalizada en los operadores de justicia de Ecuador afectan la tarea de admisibilidad probatoria que visto desde la óptica del juzgador conlleva a resoluciones judiciales carentes de motivación que vulnera el debido proceso en la garantía a la prueba y con ello el esclarecimiento de la verdad.

Finalmente, el juzgador debe argumentar por escrito sobre todas las decisiones que adoptó en audiencia, entre ellas motivar sobre la inadmisión de las pruebas, esto es entregar esas razones que articulen los presupuestos normativos para admitir la prueba, con los hechos controvertidos y el objeto del proceso, para comprender por qué esos medios probatorios no cumplieron con los parámetros de conducencia, utilidad, pertinencia o licitud.

Estos argumentos se tornan en imprescindibles para el justiciable para poder fundamentar su recurso de apelación. En segunda instancia se ha observado que generalmente el juez centra su esfuerzo en la decisión de fondo, sobre las “otras decisiones” se limita a someras transcripciones a manera del acta resumen sobre qué medios de prueba presentó el actor y el demandado, y simplemente dice que no admitió porque tal medio no fue pertinente, útil ni conducente, esto es, interpela a las partes, o las corrige por no interpretar correctamente la norma y olvida su posición de juez director que le interesa alcanzar la verdad de los hechos. También existe en segunda instancia decisiones que se centran en resolver el recurso de apelación de fondo, sin ahondar las razones por la cuales rechazaron aquel recurso sobre el auto de inadmisión de pruebas o porque lo aceptaron.

Esta falta de motivación al tratarse de prueba evidencia a un juzgador que no considera a la prueba desde dos aspectos fundamentales: a) En lo constitucional como garantía del debido proceso; y, b) En lo procesal como el medio que permite el establecimiento de la verdad de los hechos afirmados de las partes en tanto su existencia y sus circunstancias.

5. Requisitos que debe considerar el juez para admitir los medios probatorios

El juez para admitir los medios probatorios tiene que tomar en cuenta los requisitos que están establecidos en el Cogep, para que sea válida la motivación de la decisión judicial oral y escrita.

Estos requisitos se tornan en límites intrínsecos del derecho a la prueba, al respecto los tratadistas Xavier Abel Lluch y Joan Pico i Junoy Xavier dicen lo siguiente:

El derecho a la prueba no es ilimitado. Estos límites del derecho a la prueba pueden ser clasificados en dos grupos: 1.- Los intrínsecos o inherentes a la actividad probatoria; y 2.- Los extrínsecos o debidos a los requisitos legales de proposición (oportunidad procesal, formalidades procesales, legitimación y postulación de quien la pide o la presenta y legitimación del juez que la decreta).⁴⁰

Los límites intrínsecos del derecho a la prueba se hallan legalmente previstos en el artículo 160 del Cogep, y son la pertinencia, conducencia, utilidad y licitud. que procedemos a analizar.

5.1. La pertinencia

Se relaciona con los hechos controvertidos, en consecuencia, se vincula con el tema de decisión. A contrario *sensu* una prueba impertinente será aquella en que existe desfase entre el *Thema probandum* y el *Thema decidendi*.⁴¹

En este sentido, Montero Aroca sostiene que: “La pertinencia, pues, atiende al hecho que se fija como objeto de la prueba en relación con las afirmaciones que se hicieron por las partes en su momento, y puede llevar a la no admisión de los medios de prueba que se propongan. Es obvio que cuando se dice que no se admitirán medios de prueba impertinentes se está haciendo mención directa de los medios de prueba, no de los hechos; éstos no son en sí mismos pertinentes o impertinentes”.⁴²

Además, el jurista Montero Aroca clarifica que el requisito o parámetro de pertinencia no se halla referido al “medio de prueba” considerado como actividad; sino al hecho que se pretende probar con ese medio de prueba., es decir destaca la interdependencia entre los hechos y medio de prueba.

En esa misma línea de análisis la tratadista Teresa Armenta Deu, sostiene que “la propia ley incluye como primer dato la relación de tales hechos con la concreta tutela que se pretenda obtener del proceso. Es prueba impertinente la que no guarda relación con el objeto del proceso; de ahí, que tal prueba no deba admitirse”.⁴³

⁴⁰ Xavier Abel Lluch y Joan Pico i Junoy. *Problemas actuales de la prueba civil* (Barcelona: J.M. Bosch, 2005), 44.

⁴¹ Devis Echandía, *Compendio de derecho procesal*, 143. Por necesidad o tema de la prueba (*thema probandum*) debe entenderse lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria, esto es, los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada y que deben probarse, por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por ambas partes, sin cuyo conocimiento el juez no puede decidir; es también una noción objetiva, porque no se contempla en ella la persona o parte que debe suministrar la prueba de esos hechos o de algunos de ellos, sino en general el panorama probatorio del proceso, pero concreta porque recae sobre hechos determinados.

⁴² Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, 160.

⁴³ Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal civil*, 187.

El Cogep en el inciso segundo del artículo 161 entrega un concepto de lo que es la pertinencia de la prueba, la cual deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos.

Conviniendo que los medios probatorios cumplen con el parámetro o criterio de pertinencia cuando acrediten los hechos que constituyan el objeto de la controversia, esto es, los hechos jurídicamente relevantes que dan fundamento a las pretensiones de los sujetos procesales.

El derecho a utilizar medios de prueba pertinentes se constituye como un derecho fundamental porque se halla ligado al derecho a la defensa, por lo que hallará tutela si es inadmitido injustificadamente o cuando al ser admitido no se verifica su práctica. El derecho de las partes para que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos no es ilimitado, porque la admisión de los medios de prueba se halla reglada bajo principios de oportunidad y aceptada bajo parámetros de pertinencia, conducencia y utilidad, en ese sentido, la Corte Constitucional del Ecuador en sentencia n.º 1208-13-EP/19, caso n.º 1208-13-EP, 04 de diciembre de 2019, establece en el numeral 63 de la parte considerativa que se transcribe a continuación, qué es el principio de pertinencia de la prueba, en la acción extraordinaria de protección a la sentencia dictada por el Juzgado Primero de Inquilinato y Relaciones Vecinales en el marco de los derechos a la defensa, motivación y tutela judicial efectiva al supuestamente haberse impedido la exhibición de documentos y haberse negado la solicitud de confesión judicial requerida por la accionante, concluyendo la Corte Constitucional que el juez se halla facultado para aceptar o rechazar un medio probatorio, y en el caso concreto, el medio al no guardar relación con los hechos sobre los cuales se trabó la *litis* inobserva el principio procesal de la pertinencia:⁴⁴

63. La Corte Constitucional observa que la sentencia impugnada sí explica la pertinencia de normas jurídicas aplicadas a los hechos que se probaron; específicamente, señala por qué algunas pruebas no son pertinentes según las normas jurídicas aplicables. De esta manera, se garantizó el derecho a la motivación acorde con el artículo 76, numeral 7, literal 1, de la Constitución. Al respecto cabe referirse al principio procesal de la pertinencia, el cual dispone que el juez está en la facultad de determinar cuándo un elemento probatorio solicitado por alguna de las partes, no guarda relación, ni con los hechos sobre los cuales se trabó la *litis*, ni sobre el Derecho a aplicar, en cuyo caso el juez puede negarla o rechazarla como elemento para formar su convicción, de manera motivada, como lo ha hecho la autoridad jurisdiccional en el presente caso al resolver”

En el análisis del Cogep podríamos convenir cuáles serían aquellos medios de prueba que deben ser considerados por el juez como impertinentes por no integrar el tema a probar, estos hechos se han determinado en el artículo 163 del Cogep:

1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvenición o los que se determinen en la audiencia preliminar o en la segunda fase de la audiencia única.
2. Los hechos imposibles.
3. Los hechos notorios o públicamente evidentes.
4. Los hechos que la ley presume de derecho.

5.2. La conducencia

El Cogep en el citado artículo 161 entrega un concepto de lo que es la conducencia y pertinencia de la prueba. En el primer inciso se hallaría la conducencia y en el segundo la pertinencia:

La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso. La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos.⁴⁵

El autor Devis Echandía enseña que la conducencia es “la aptitud legal o jurídica de la prueba para convencer al juez sobre el hecho a que se refiere”.⁴⁶

Siguiendo al mismo doctrinario, la conducencia exige de dos requisitos:

1. Que el medio respectivo esté autorizado por la ley; y,
2. Que una norma legal no excluya el valor probatorio del medio respecto del hecho que se quiere probar, por exigir otro especial, como ocurre con los testimonios e indicios cuando exige documento *ad substantiam actus*.⁴⁷

⁴⁵ Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos. Ley 0*. Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015. Última modificación 9 de diciembre de 2016, art. 161.

⁴⁶ Hernando Devis Echandía, *Compendio de derecho procesal*, t. II, 6.^a ed. (Bogotá: Editorial ABC, 1979), 10-1.

⁴⁷ De acuerdo con Guillermo Cabanellas de Torres, la definición de la locución latina *Ad solemnitatem* proporcionada por el *Diccionario jurídico elemental* es: es la formalidad impuesta por la ley para la validez del acto jurídico, y no solamente para su prueba. Se opone a la fórmula *ad probationem*.

De estos requisitos se tiene que la conducencia de la prueba es una cuestión de derecho, porque desde la ley o norma se analiza si el medio probatorio es apto o eficaz para probar el hecho. Aquí se marca una diferencia sustancial con el parámetro de la pertinencia, el cual se halla íntimamente relacionado con los hechos contenidos en el *Thema probandum*. Por ejemplo, si se pretende probar la existencia de un contrato de promesa compraventa de un bien raíz con un documento privado, no existe idoneidad legal del medio probatorio; en cambio la escritura pública sí es la prueba conducente.

En forma ilustrativa para apreciar la aplicación de los parámetros de conducencia y pertinencia en la admisibilidad probatoria, en un juicio de alimentos, es un hecho controvertido la capacidad económica del obligado para fijar la pensión alimenticia de acuerdo a la tabla de pensiones alimenticias mínimas vigentes en el país, en favor del titular del derecho.

Supongamos que el demandado anuncia como medio probatorio una acta de mediación de acuerdo total de alimentos de mujer embarazada con el objetivo de justificar otra “carga familiar” con efectos de deducción conforme a la tabla de pensiones alimenticias mínimas.

Este medio probatorio documental no cumple con el parámetro de pertinencia, porque el caso de alimentos de mujer embarazada es temporal y no constituye carga familiar, de acuerdo al criterio emitido por la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia mediante Oficio n.º 0448-AJ-CNJ-2020, de fecha 22 de junio 2020, si bien no es vinculante, es orientador para las decisiones del juez. El criterio es el siguiente:

CONCLUSIÓN.-La prestación de alimentos a la mujer embarazada tiene un carácter temporal, por lo que sus efectos no pueden acarrear temas definitivos como ser una carga familiar. Carga familiar no es un término propio del Derecho de familia. Está en el Código de Trabajo y para efectos del cálculo de utilidades. No es apropiado utilizar términos como “acarrear temas definitivos como ser una carga familiar”, porque esto también está sujeto a temas de temporalidad (cumplir la mayoría de edad o dejar de ser cónyuge o conviviente).

Tampoco es conducente porque el medio probatorio documental presentado no tiene la condición legal o jurídica para justificar la existencia de “carga familiar” para poder ubicar en el nivel de conformidad con la tabla de pensiones alimenticias mínimas emitidas por el Ministerio de Inclusión Económica y Social cada año, mediante acuerdo ministerial, en el que se clarifica que para calcular la pensión de alimentos, se toma en cuenta el ingreso que tenga el alimentante, expresado en salarios básicos unificados

(SBU), el número total de hijos/as que tenga el alimentante, aún si estos no lo han demandado, por lo que el juez debería inadmitir este medio probatorio.

5.3. De la utilidad

La utilidad al igual que la pertinencia tiene que ver con medios probatorios capaces de crear certeza en el juzgador sobre determinado hecho que se pretende probar. Para el Juez, es el medio necesario para formar su convicción y sostener su fallo en relación con los hechos controvertidos, si cumple con esta función el medio es “útil”. Si el medio no es apto para formar la debida convicción del juzgador simplemente es “inútil”.

El juicio de admisión en relación con el parámetro de la “utilidad” no es una tarea pacífica, porque entraña dificultades particularmente cuando confundimos la utilidad con la eficacia de la prueba o la utilidad con abundancia. La eficacia de la prueba solo podría apreciarse al momento del juicio de valoración.

Al respecto, Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy, clarifican el alcance de esta afirmación, coincidiendo con los antes expuesto, en que el juez está en la obligación de admitir todas las pruebas aun cuando éstas se las pueda calificar de abundantes. Además puntualizan que no debe rechazarlas por creer que son inútiles antes de haber practicado la prueba, porque se estaría prejuzgando el fondo del asunto y esto es un atentado al derecho fundamental de la prueba, así mismo que estos medios probatorios se los valora al final del proceso en el momento de dictar la sentencia.

En conclusión el medio de prueba es útil cuando es confirmatoria del hecho a que se refiere.

5.4. La licitud de la prueba

El límite de la licitud de la prueba se encuentra previsto en los incisos tercero y final del artículo 160 del Cogep: “La o el juzgador declarará la improcedencia de la prueba cuando se haya obtenido con violación de la Constitución o de la ley. Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir”.

Esta regulación deviene de una protección constitucional que protege derechos fundamentales los cuales no pueden ser vulnerados a propósito de la obtención de la

prueba, de ser así estas pruebas no tienen validez alguna y carecen de eficacia probatoria), sentido que ha sido recogido por el Cogep.⁴⁸

Es importante puntualizar que el juez al resolver sobre la admisibilidad o rechazo de la prueba, obligatoriamente debe hacerlo en forma motivada, lo que quiere decir, consignando los criterios analizados desde el punto de vista de pertinencia, conducencia y utilidad de los medios probatorios en relación con los hechos controvertidos; esta información que obtenga de los medios probatorios adquiere relevancia en el momento de motivar la sentencia a través de la cual resuelve el conflicto que es materia del juzgamiento.

Para finalizar, se advierte que la debilidad de los jueces es confundir la motivación con la descripción de las pruebas admitidas y rechazadas en la audiencia acompañada con referencias generales de falta de pertinencia, conducencia y utilidad. Esta práctica judicial no cumple con las exigencias de una concepción racional de la motivación como justificación de la decisión en admisibilidad probatoria.

6. La apelación como recurso para remediar el rechazo de la prueba

6.1. El recurso de apelación del auto de inadmisión de pruebas

La denegación de pruebas que cumplen con los requisitos *ex lege* para su realización procesal, vulnera el derecho a la defensa porque impide la justa corroboración de los hechos alegados y, en consecuencia, el resultado definitivo será adverso a la pretensión.

En el inciso segundo del artículo 160 del Cogep se prevé que el auto de inadmisión de pruebas es apelable con efecto diferido. Y en el artículo 261 se concede la apelación sin efecto suspensivo cumpliendo con lo ordenado en la resolución impugnada y remitida al tribunal de apelación para su conocimiento y resolución. Además, no se continúa con la sustanciación del proceso hasta que la o el juzgador resuelva sobre la impugnación propuesta por el apelante. Con efecto diferido se continúa dando trámite a la causa, hasta que de existir una apelación a la resolución final, este deba ser resuelta de manera

⁴⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76. “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”.

prioritaria por el tribunal. Por regla general, la apelación se concederá con efecto suspensivo. El efecto diferido se concederá en los casos en que la ley así lo disponga.

De admitirse la apelación, la o el juzgador superior ordenará la práctica de la prueba, siempre que con ella el resultado pueda variar fundamentalmente. La premisa general es que solo el auto que inadmite es recurrible, aquello por una lógica procesal, *recurre quien sufre gravamen*, es decir a quien la decisión judicial le perjudique. No puede apelar quien obtuvo lo que pidió. Tampoco puede apelar la otra parte porque el Juez admitió las pruebas del otro contradictor. La lógica procesal en recursos no ha variado.

Desde este artículo podemos establecer los siguientes puntos sustanciales en cuanto al recurso de apelación del auto de inadmisión o rechazo de pruebas:

1. Determinar la oportunidad de su interposición y fundamentación.
2. El procedimiento ante la Corte Provincial de Justicia; en particular, respecto de la forma en que se ha de proceder en caso de revocarse el auto de inadmisión de pruebas dictado en la primera instancia, el momento procesal en que deben resolverse las solicitudes de prueba y su práctica en segunda instancia.

La Corte Nacional de Justicia en la Resolución n.º 15-2017 resolvió estas dudas que se generaron a raíz de la vigencia del Cogep, así como se resolvieron estos problemas en materia recursiva en las reformas introducidas al Cogep mediante la Ley n.º 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 517 de 26 de junio de 2019.

En estas reformas el legislador varió sustancialmente la forma y oportunidad de presentar un recurso de apelación. Anteriormente existían dos actos y oportunidades: el de la interposición y el de la fundamentación, que se regularon en el artículo 256 del Cogep “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*” (énfasis fuera del texto); y el artículo 257:

Se fundamentará por escrito dentro el término de diez días de notificado. Exceptúase el recurso de apelación con efecto diferido, que se fundamentará junto con la apelación sobre lo principal o cuando conteste a la apelación.⁴⁹ (énfasis fuera de texto)

La interposición del recurso de apelación, obligatoriamente se realizaba en la audiencia oral, considerando que el juez emite su decisión oral y las partes presentes se

⁴⁹ Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*, art. 257.

tienen por notificadas. De no interponerlo en audiencia se inadmitía por incumplir el parámetro del tiempo.

Al contrario, interpuesto el recurso de apelación en audiencia, se abre la posibilidad de su fundamentación después de ser notificado con la decisión por escrito, requisito necesario para que el juez de instancia considere tenerlo por deducido (inciso final, art. 258 Cogep).

Por las reformas introducidas al Cogep el artículo 256,⁵⁰ postula que el recurso de apelación “podrá interponerse de manera oral en la respectiva audiencia”; generando dos oportunidades: en la audiencia a través de una simple interposición, o cuando se notifique la decisión judicial por escrito, presentando el recurso ya fundamentado, de allí que el artículo 257 de esta norma reformada⁵¹ trata del recurso de apelación fundamentado, implicando que al notificarse la decisión por escrito el recurrente presentará el recurso pero fundamentado, esto es, no puede limitarse a su interposición con la expectativa procesal que el juez le conceda el término de diez días para que cumpla con la fundamentación, ese no es el sentido del artículo reformado:

Art. 257.- Término para apelar. El recurso de apelación debidamente fundamentado, o la fundamentación en el caso de que se haya interpuesto de manera oral, se presentará por escrito dentro del término de diez días contados a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito. Se exceptúa el recurso de apelación con efecto diferido, que se fundamentará junto con la apelación sobre lo principal o cuando se conteste a la apelación. En materia de la niñez y adolescencia, el término será de cinco días.

Estas reformas aparentemente sutiles, en realidad cambian significativamente el tratamiento del recurso de apelación en el nuevo sistema procesal por audiencias, anteriormente se privilegiaba el modelo y se lo salvaguardaba en miras de su posicionamiento y consolidación, empero, se generaron problemas relacionados con las partes ausentes en la audiencia, quienes perdían la oportunidad de apelar. La Corte Nacional de Justicia mediante la resolución n.º 15-2017⁵² salvaguardó esta garantía constitucional y posicionó entre sus motivaciones que nuestro sistema es predominantemente oral, sin que se haya excluido el empleo de la escritura. Que todo sistema debe garantizar la materialización de los derechos a través de una tutela judicial

⁵⁰ Artículo sustituido por artículo 38 de Ley n.º 0, Registro Oficial Suplemento 517, 26 de junio de 2019.

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución n.º 15-2017.

efectiva cuya finalidad en sí misma sea la protección de la persona en el marco del Estado constitucional.

Por ende, el artículo 2 de esta resolución permitió por excepción la interposición del recurso de apelación de la sentencia escrita o auto escrito, en forma fundamentada, dentro del término de diez días contados a partir de la notificación, en dos casos:

- a) Cuando una de las partes no hubiere comparecido a la audiencia respectiva, por caso fortuito o fuerza mayor calificado por el tribunal de Apelación; y
- b) Cuando la sentencia o auto escrito, contenga asuntos no resueltos en audiencia o cuando estos sean distintos a lo expresado en la decisión dictada en la misma, aspectos que deberá puntualizar expresamente.

En esta resolución de la Corte Nacional de Justicia básicamente se generó una excepción a la regla general sobre el tiempo u oportunidad del recurso de apelación, en el sentido de que al existir una regla general que es “interponer el recurso de apelación en audiencia”, la cual no se varía, por excepción ante situaciones como el caso fortuito o fuerza mayor que entenderemos son hechos a justificarse se justifica su no interposición en la audiencia y se permite presentar el recurso fundamentado.

Considero que las reformas al Cogep, posteriores a esta resolución de la Corte Nacional de Justicia, entregaron una respuesta más tutelar para las personas que forman parte de un proceso permitiéndoles impugnar ya en audiencia o notificada la decisión por escrito, sin que exista esa necesidad de justificar la situación excepcional de “caso fortuito o fuerza mayor”, que en realidad si partimos de las consideraciones de estas situaciones excepcionales y su tratamiento en el Código Civil generaba otras complicaciones relacionadas a esa “justificación de caso fortuito y fuerza mayor” aunadas al desencanto de la otra parte que sostenía vehementemente que esa oportunidad había precluido para el vencido.

En forma ya específica, en relación con el auto interlocutorio que inadmite prueba, por el efecto del recurso que es el diferido, significa que el proceso sigue, que el juzgador lo tiene por interpuesto, y que su fundamentación se realiza cuando el proceso concluye y se notifica la decisión por escrito. Concluida la instancia y con las fundamentaciones del recurso de apelación a la decisión de fondo y a los autos interlocutorios con efecto diferido se prepara la segunda instancia.

6.2. Trámite en segunda instancia

El Cogep regula el trámite en segunda instancia, previamente el juez *a quo*, concederá el recurso de apelación y la adhesión para ante el superior después de sustanciarlos, esto es, después de haber cumplido con el procedimiento previsto en el art. 258 del Cogep que ordena notificar con el escrito de fundamentación del recurso a la contraparte para que lo conteste. La contestación de la fundamentación —aunque al respecto la ley no lo exija así en forma expresa— será razonada para desvirtuar los agravios, si se pretende que sea eficaz. Verificados los presupuestos procesales y el cumplimiento de requisitos de admisibilidad, dictará providencia concediéndolo y emplazando a las partes para ante el órgano jurisdiccional *ad quem* al que remitirá las actuaciones para que continúe la tramitación del recurso y lo decida.

En el artículo 260 el Cogep regula el proceso en segunda instancia que inicia con la convocatoria de la audiencia: “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”. Al tratarse de una audiencia se aplican las reglas generales que el Código prevé, por ejemplo, si el recurrente no comparece a la audiencia se declara el abandono y se tendrá por desistida la apelación o el recurso y por firme la resolución recurrida (*lege lata* art. 249. inciso final Cogep).

Ahora bien, se debe considerar que dentro del proceso en primera instancia existe la posibilidad de dos autos interlocutorios que pueden ser apelados y con efecto diferido, entre ellos, el auto interlocutorio que rechaza excepciones previas; y el que inadmite pruebas. Por lo que la Corte Provincial conoce en forma conjunta varias apelaciones.

Esta posibilidad el Cogep no reguló en forma específica esto es la existencia de varios recursos de apelación y el orden de conocerlos y tratarlos, empero por lógica se estilaba empezar con aspectos de nulidad si fue alegada, resolviendo la apelación sobre autos interlocutorios con efecto diferido y, finalmente, el recurso de apelación de la sentencia.

En nuestro país se generó cierta inquietud en Cortes Provinciales cuando aceptaban el recurso de apelación del auto interlocutorio de inadmisión probatoria,

entendiendo que entre las posibilidades de suspender una audiencia en el Cogep de conformidad con el artículo 82 solo se permitía en los siguientes supuestos:

1. Cuando en la audiencia ya iniciada concurren razones de absoluta necesidad, la o el juzgador ordenará la suspensión por el tiempo mínimo necesario, que no podrá ser mayor a dos días, luego de lo cual proseguirá con la audiencia. Al ordenar la suspensión la o el juzgador determinará el día y la hora de reinstalación de la audiencia. Si reinstalada la audiencia una de las partes no comparece, se observará la regla general, prevista en este Código, para el caso de la inasistencia de las partes. Si la o el juzgador no reinstala la audiencia, será sancionado conforme con la ley.
2. Cuando por caso fortuito o fuerza mayor que afecte al desarrollo de la diligencia la o el juzgador deba suspender una audiencia, determinará el término para su reanudación, que no podrá ser mayor a diez días. Al reanudarla, efectuará un breve resumen de los actos realizados hasta ese momento.

La inquietud surgía si la práctica probatoria se cumplía en esa “audiencia” de segunda instancia o suspendía la misma a pesar de no encontrar en los supuestos señalados esta posibilidad.

Este problema fue resuelto por la Corte Nacional de Justicia en la Resolución con fuerza de Ley n.º 15-2017, respecto de la aplicación de las normas que regulan el recurso de apelación conforme al Cogep, en su artículo 3 señala:

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 práctica 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.

Determinándose que en esa primera convocatoria que realiza el tribunal de apelaciones revoca el auto interlocutorio de inadmisión probatoria, admite aplicando los parámetros de pertinencia, conducencia y utilidad y ordena su práctica que se verifica en la reinstalación de la audiencia. Aquello se justifica considerando que puede existir prueba pericial, testimonial, y se debe notificar con anticipación a peritos y testigos; o

puede existir prueba documental que debe ser obtenida previamente para su posterior práctica.

6.3. El recurso de reposición como alternativa al de apelación

Continuando con el estudio comparado de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, en segunda instancia al igual que en Ecuador por excepción se permite postular prueba sobre hechos nuevos, y además según el artículo 460 de esta ley se señala que podrán solicitarse, las siguientes:

- a) Las pruebas indebidamente denegadas en la primera instancia, siempre que se hubiere intentado la reposición de la resolución denegatoria, o se hubiere formulado la oportuna protesta en la vista
- b) Las pruebas propuestas y admitidas en la primera instancia, que por cualquier causa no imputable al que las hubiere solicitado, no se hubieren podido practicar, ni siquiera como diligencias finales,
- c) al demandado declarado en rebeldía por cualquier causa que no le sea imputable, que, si se hubiere personado en los autos después del momento establecido para proponer la prueba en la primera instancia, pedir en la segunda que se practique toda la que convenga a su derecho.

Se resalta que en la legislación española, existe el recurso horizontal de “reposición” ante el rechazo de los medios probatorios, que tiene la virtualidad que el mismo juez revise su decisión a solicitud del afectado. Este recurso garantiza que el juez frente a los argumentos del recurrente realice un acto de reflexión y autoevaluación de su decisión que posibilita el cambio de la misma sin acudir a otro órgano superior, beneficiando la celeridad del proceso, ahorro de tiempo y dinero de las partes, y por supuesto la decisión de fondo estaría apegada a la verdad procesal.

En el Cogep es una fase más del proceso. El tribunal de apelaciones como regla general debe basar su análisis y decisión en los mismos hechos que fueron sometidos al juez *a quo*. Las partes no pueden introducir nuevos hechos o pruebas. El Cogep admite puntuales excepciones. En primer lugar, anuncio de prueba para segunda instancia si se trata de acreditar hechos nuevos, que son aquellos de relevancia ocurridos después del plazo para dictar sentencia. En segundo lugar se puede anunciar prueba sobre los mismos hechos, solo que haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia. Esta regla está recogida en los incisos segundo y tercero del artículo 258 del Cogep y busca que la decisión se constituya sobre la efectiva situación de las cosas, bienes o derechos a los que

el litigio se refiere al momento de dictar sentencia; consintiendo la alegación de hechos sobrevenidos o de nuevo conocimiento.

Es válido aclarar, por ciertas confusiones que se han observado particularmente en los abogados cuando fundamentan el recurso de apelación, que esta regla difiere con otra institución que es la prueba nueva que se halla en su artículo 166: “Se podrá solicitar prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvención y contestación a la reconvención, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio o única, siempre que se acredite que no fue de conocimiento de la parte a la que beneficia o que, habiéndola conocido, no pudo disponer de la misma. La o el juzgador podrá aceptar o no la solicitud de acuerdo con su sana crítica”. En segunda instancia conforme hemos sostenido las partes no pueden practicar pruebas nuevas atendiendo que la apelación es una fase más del proceso, de carácter contingente o voluntaria.

En el Cogep, no se halla regulado el recurso de reposición al rechazo de la prueba como paso previo para optar por el recurso de apelación a una instancia superior, opción legal que le permitiría al mismo juzgador el rever la decisión para privilegiar en la prueba el principio de inmediación que se relaciona con otros principios en el proceso como el celeridad y economía procesal, vinculados a la tutela judicial efectiva.

Por lo tanto es una tarea de los legisladores el incorporar esta figura jurídica que existe en legislaciones de otros países que comparten el mismo modelo procesal por audiencias, a los que deberíamos tomarlos como referentes considerando que acumulan conocimientos y experiencias.

Conclusiones

El Código Procesal vigente responde a la evolución y a la modernización del derecho procesal. Estas modificaciones también inciden en el tratamiento de la prueba dentro del proceso, en procura de efectivizar esta garantía constitucional y la valoración del juez para alcanzar la certeza sobre los hechos controvertidos sometidos por las partes.

En este modelo procesal por audiencias requiere que el juez en forma imparcial dirija el debate probatorio que le permite aceptar o rechazar los medios probatorios, con argumentos válidos para que se cumpla el mandato del artículo 89 del Cogep, que garantiza la demostración motivada de la verdad procesal del conflicto sometido a su juzgamiento.

La teoría desarrollada en este trabajo de investigación, permite entender que en un Estado constitucional de derechos y justicia, las decisiones judiciales deben ser respaldadas con argumentos jurídicos apegadas a las normas que contiene el Cogep y los derechos fundamentales, por lo tanto es una obligación del operador de justicia garantizar al ciudadano la tutela judicial efectiva para evitar la arbitrariedad y la nulidad.

Considerando la relación instrumental que existe entre el “medio de prueba” y los “hechos” nace la premisa en el contexto del proceso, que fijar o seleccionar los hechos relevantes es tarea imprescindible y necesaria para garantizar que la actividad de admitir la prueba o concretamente el medio de prueba se realice en forma correcta y con ello emitir una decisión en términos de justicia.

Las normas procesales que contiene el Cogep y el Código Procesal de Uruguay, son derivaciones del Código modelo procesal para Iberoamérica. Sin embargo en el tratamiento de admisibilidad probatoria Uruguay incluye como un acto procesal a cumplirse la fijación del objeto de la prueba basada en el enlistamiento de los hechos controvertidos, y de aquellos no controvertidos, para excluirlos del objeto de la prueba. Igual situación acontece con la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Esto facilita la tarea del juzgador al momento de realizar la motivación sobre la admisibilidad y el rechazo de prueba. Este limitante en nuestra legislación hace que los jueces no cuenten con los insumos adecuados para realizar una correcta motivación. Debido a la importancia de este aporte de la legislación uruguaya y española se hace referencia a este tema en tratamiento del objeto de la prueba.

Las falencias de la motivación en la admisión y rechazo de los medios probatorios responde a varias causas, entre ellas, la falta de conocimiento de las formas como se operacionalizan las normas relacionadas a este aspecto, y, la falta de un acto procesal previo a la admisibilidad que es fijar el “objeto de la Prueba”.

De la teoría investigada y del derecho comparado en particular con la Ley de Enjuiciamiento Civil española permite concluir que en el Cogep falta incluir un medio de impugnación horizontal frente a la decisión judicial de rechazo de los medios probatorios, antes de optar por el recurso vertical de apelación que es a otra instancia superior.

Este recurso que en la legislación española, se le conoce como de “reposición” consiste en que el mismo juez revise su decisión de rechazo de pruebas a solicitud del afectado. Esto garantiza que el juez frente a los argumentos del recurrente realice un acto de reflexión y autoevaluación de su decisión que posibilita el cambio de la misma sin acudir a otro órgano superior, beneficiando la celeridad del proceso, ahorro de tiempo y dinero de las partes, y por supuesto la decisión de fondo estaría apegada a la verdad procesal.

Concluyo este trabajo de investigación, resaltando que la correcta administración de justicia se fundamenta en las normas jurídicas que regulan el presente tema, como el artículo 89 del Cogep; y, el artículo 160 que estipula: “Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal”. De esta manera se entrega las razones jurídicas que sostengan su tesis, dotándola de validez y evitar la nulidad y la posible apelación.

Bibliografía

- Abel Lluch, Xavier. “El juicio sobre la admisión de los medios de prueba”. En *Derecho probatorio*, 56-57. Barcelona: J. M. Bosch, 2012.
- Abel Lluch, Xavier, y Joan Pico i Junoy. *Problemas actuales de la prueba civil*. Barcelona: J. M. Bosch, 2005.
- Aguirre Castro, Pamela Juliana. *El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019.
- Arazi, Roland. *La prueba en el Proceso Civil*. 2.^a ed. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1998.
- Armenta Deu, Teresa. *Lecciones de derecho procesal civil*. 8.^a ed. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Carnelutti, Francesco. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Traducido por Jaime Guasp. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1942.
- Castellón Munita, Juan Agustín. *Diccionario de derecho procesal civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica La Ley, 2004.
- Devis Echandía, Hernando. *Compendio de derecho procesal*. t. II, 6.^a ed. Bogotá: Editorial ABC, 1979.
- — —. *Compendio de la prueba judicial*, t. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1984.
- — —. *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, 5.^a ed. Bogotá: Temis, 2006.
- Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos. Ley 0*. Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015. Última modificación 9 de diciembre de 2016.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre 2008.
- España. Ley 1/2000, 7 de enero. *Ley de Enjuiciamiento Civil*.
- Ferrer Beltrán, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2018.
<http://ebookcentral.proquest.com/lib/uasbsp/detail.action?docID=5636215>.
- — —. *Prueba y verdad en el derecho*. 2.^a ed. Madrid: Marcial Pons / Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.

- Gómez Lara, Cipriano. *Teoría general del proceso*, 10.^a ed. Ciudad de México: Oxford University Press México de C. V., 2004.
- Lozada Prado, Alí. *Manual de argumentación constitucional: Propuesta de un método* Alí Lozada y Catherine Ricaurte. Quito: Corte Constitucional del Ecuador / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2015.
- Montero Aroca, Juan. *La prueba en el proceso civil*, 7.^a ed. Madrid: Editorial Aranzadi, 2012.
- Montero Aroca, Juan, y José Flores Matíes. *Tratado de recursos en el proceso civil*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.
- Oyarte, Rafael. *Debido proceso*, 2.^a ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- Pereira Campos, Santiago. “Los procesos civiles por audiencias en Uruguay. 20 años de aplicación exitosa del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. *Revista internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n.º 3 (2009): 1-39.
- Picó i Junoy, Joan. *El principio de la buena fe procesal*, 2.^a ed. Barcelona: J. M. Bosch, 2012.
- Revilla, José Alberto, Norbet Lösing, Santiago Pereira, Lorena Espinosa, y Juan José Martínez. *Estudios comparados sobre reformas al Sistema de Justicia Civil: Alemania, España y Uruguay*. Santiago de Chile: CEJA /JSCA, 2017.
- Taruffo, Michele. “Investigación judicial y producción de pruebas por las partes”. *Revista de Derecho (Valdivia)* 15, n.º 2 (2003): 205-13.
- . *La prueba*. Traducido por Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Uruguay. *Código Procesal Civil. Ley 15.982*. 18 de octubre de 1988.
- Zavala Egas, Jorge. *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*. Guayaquil: Edilex S. A., 2010.