

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Procesal

**La sana crítica como concepto jurídico indeterminado para la
admisión de la prueba nueva en el Código Orgánico General de
Procesos**

Legarda Antonieta Quelal Quelal

Tutora: María Elena Jara Vásquez

Quito, 2021



Clausula de cesión de derechos de publicación de Tesis

Yo, Legarda Antonieta Quelal Quelal, autor/a de la tesis intitulada: **“La sana crítica como concepto jurídico indeterminado para la admisión de la prueba nueva en el Código Orgánico General de Procesos”**, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de: Magíster en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

Fecha:

Firma:

Resumen

El presente trabajo de investigación, tiene como objetivo primario demostrar que la sana crítica es un concepto jurídico indeterminado, que otorga discrecionalidad al administrador de justicia al momento de la aceptación de la solicitud de la prueba nueva. Esa discrecionalidad desencadena incertidumbre en los justiciables, por cuanto existen factores internos y externos, que hacen que el juez pierda objetividad cuando aplica la sana crítica en la aceptación de la solicitud de la prueba nueva.

Los conceptos jurídicos indeterminados son parte inherente en el quehacer del Derecho. Sin embargo, en el caso de la sana crítica, existe a su alrededor errores de índole legislativa que no han sido analizados y considerados lo suficientemente. Esos errores se revelan cuando en la misma normativa le otorga equivocadamente a la sana crítica, un rol de última instancia para la aceptación o no de la prueba nueva dentro del proceso. Debido al génesis de la sana crítica, la falta de un cuerpo jurídico normativo taxativo dedicado a su control y regulación, hace que alrededor de la misma se formen distintas tendencias, que conllevan a ahondar aún más su indeterminación conceptual. Al ser un concepto jurídico indeterminado, la naturaleza de la sana crítica, evidentemente hace que la misma escape a cualquier tipo de control normativo.

Abstract

The main objective of this research work is to demonstrate that sound criticism is an indeterminate legal concept, which grants discretion to the administrator of justice at the time of admission of the new test. This discretion triggers uncertainty in the defendants. Because there are internal and external factors that make the administrator of justice lose objectivity when applying sound criticism in the admission of the new test.

Indeterminate legal concepts are an inherent part of the work of Law. However, in the case of sound criticism, there are errors of a legislative nature that have not been sufficiently analyzed and considered. These errors are revealed when, in the same regulations, sound criticism is mistakenly assigned a role of last resort for the admission or not of the new test within the process. Due to the genesis of healthy criticism, the lack of a specific normative legal body dedicated to its control and regulation, causes different tendencies to be formed around it that lead to further deepening its conceptual indeterminacy. Being an indeterminate legal concept, the nature of sound criticism evidently makes it escape any type of regulatory control.

El presente trabajo lo dedico a todos quienes conformamos el gran espíritu humano, con ese deseo de investigación y amplificación de los sentidos, a través de la cual se conecta hombre y sociedad, para el continuo avance y desarrollo de esta disciplina como es el Derecho. El orden dinámico universal es el cambio, y por ende nada es estático, y todo concepto primigenio debe ser contextualizado a cada desarrollo humano y social, para entender la aspiración del hombre a transformar lo que va quedando obsoleto, en beneficio de una sociedad moderna con pensamientos positivos y justos de quienes administran justicia.

"Todos somos iguales ante la Ley, pero no ante los encargados de aplicarla".

Stanislaw Jerez Leec

Agradecimiento

Agradezco por el presente trabajo investigativo al Altísimo, por ser el arquitecto de mi destino, por guiarme a cumplir su plan divino en mí, por darme la fortaleza de seguir cumpliendo mis sueños, por hacer de mí su instrumento de servicio, a través de esta noble profesión como es la abogacía, en la que el ser humano se proyecta a luchar por la justicia.

Agradecimiento infinito por su amor incondicional a mi madre, a mi esposo, a mi amada hija, a mis hermanas, a todos ellos que hicieron posible el cumplimiento de este nuevo reto, ellos que son el complemento de mi vida.

Gratitud perdurable a mi tutora de tesis, la Dra. María Elena Jara, quien con su don de ser humano y su paciencia, ha sabido guiarme en este trabajo investigativo con sus sabios conocimientos y su dedicado tiempo.

Gracias, gracias, gracias.

Tabla de Contenidos

Introducción.....	15
Capítulo primero: Problemas de la sana crítica como concepto jurídico indeterminado.....	17
1. Qué es la sana crítica.....	17
1.1 La prueba tasada.....	26
1.2 La libre convicción.....	28
1.3 La lógica.....	33
1.4 Los conocimientos científicos.....	34
1.5 Las reglas de la experiencia.....	35
2. Qué son los conceptos jurídicos indeterminados.....	37
3. La sana crítica como concepto jurídico indeterminado.....	47
Capítulo segundo: La sana crítica en el artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos.....	51
1. ¿Qué es la prueba nueva y cómo debe presentarse?.....	51
2. La sana crítica en el artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos.....	64
a. La sana crítica en el contexto del Código Orgánico General de Procesos: criterio de valoración de prueba.....	67
b. La sana crítica en el artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos: ¿Criterio de admisión de prueba nueva?.....	77
c. ¿Es necesario reformar el artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos?.....	85
Conclusiones.....	91
Bibliografía.....	93
Anexos.....	101

Introducción

La sana crítica como facultad del administrador de justicia para la aceptación o no de la solicitud de una prueba nueva dentro del proceso no es confiable. Al ser evidentemente un concepto jurídico indeterminado, la sana crítica no ha logrado ofrecer las garantías jurídicas suficientes para su objetiva aplicación. Desde su génesis, este concepto jurídico indeterminado, únicamente se ha nutrido de opiniones particulares, que han inobservado los cuestionamientos científicos que existen a su alrededor.

La indeterminación conceptual de la sana crítica, básicamente deviene porque la misma ha encontrado sustento únicamente en la doctrina, y esa particularidad no le ha otorgado capacidad demostrativa, cuantitativa ni cualitativa. El Derecho como disciplina gira en torno a una dinámica única que está relacionada con la demostración tanto de las pretensiones como de los descargos. Pero en el caso de la sana crítica, al ser únicamente doctrinaria, esa relación se quebranta, dando paso al criterio personal del administrador de justicia.

El particular origen de la sana crítica no permite, bajo ningún concepto, que a su alrededor se puedan formular contramedidas técnicas que aseguren su correcta aplicación. Por tanto, el punto de vista personal del administrador de justicia, juega un papel relevante, y dada la evidente incapacidad probatoria que existe a su alrededor, no hay garantía alguna que asegure que la aplicación de la sana crítica para la aceptación o no de la solicitud de una prueba nueva dentro un determinado litigio, se la ejecute de manera correcta.

Cuando la legislación ecuatoriana reconoce que la sana crítica y las reglas que la conforman, no se encuentran establecidas de manera objetiva en un cuerpo jurídico taxativo que las regule, da paso a su especulación aplicativa. Se torna imposible que se pueda garantizar la aplicación de algo que no se puede regular, controlar, ni demostrar, por cuanto la sana crítica se debe más a procesos intelectuales particulares, que no pueden ser examinados a profundidad.

El Código Orgánico General de Procesos incurre en un error legislativo cuando estipula que la solicitud de prueba nueva será aceptada o no en base a la sana crítica del administrador de justicia. La finalidad de la prueba nueva está orientada a la

demostración de las pretensiones o los descargos de las partes que la proponen. Por tanto, su capacidad probatoria, no puede ser considerada diferente al de la prueba en general.

Se debe considerar que la aceptación de la solicitud de la prueba nueva, no puede verse condicionada a la posibilidad de la existencia de factores endógenos y exógenos que bien podrían cambiar la apreciación del juez en cuanto a cómo se entiende o se debe aplicar la sana crítica.

Capítulo primero

Problemas de la sana crítica como concepto jurídico indeterminado

1. ¿Qué es la sana crítica?

Para arrancar con este punto, considero relevante, indicar el concepto que tienen diferentes tratadistas respecto de la sana crítica. Para el efecto, Guillermo Cabanellas considera que la sana crítica constituye una: “fórmula de equilibrada armonía entre la libertad de criterio y la necesidad de fundarse en la experiencia y en la razón que entrega el legislador español ante los riesgos de la prueba tasada, la apreciación de las probanzas judiciales, salvo aquellos supuestos [...] en que el juzgador no puede modificar la situación establecida o creada”.¹

Para Boris Barrios Gonzales, la sana crítica es entendida como: “el arte de juzgar entendiendo a la bondad y verdad de los hechos, sin vicios ni error, mediante la lógica, la dialéctica, la experiencia, la equidad, y las ciencias y artes afines, y auxiliares y la moral, para alcanzar y establecer con expresión motivada, la certeza sobre la prueba que se produce en el proceso”.²

Jaime Guasp, al respecto afirma: “Se trata de criterios normativos (reglas pero no jurídicas), que sirven al hombre normal, en una actitud prudente y objetiva (sana), para emitir un juicio de valor (estimar, apreciar; criticar), acerca de una cierta realidad”.³

De las conceptualizaciones citadas, se puede coincidir en que la sana crítica, más que una figura objetiva, termina siendo una especie de guía muy relativa, pero que irónicamente, de su “buena aplicación” dependen decisiones relevantes del administrador de justicia, entre ellas, la de aceptación o no de la solicitud de una prueba nueva. Para que el administrador de justicia pueda juzgar en base a la prueba admitida,

¹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (Argentina: Heliasta, 1985). 223.

² Boris Barrios Gonzales, *Teoría de la Sana Crítica* (México DF: Ubijus, 2018), 8 en: http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf.

³ Jaime Guasp, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil Española*, citado en San Martín Hernández, María Ignacia, *El Control de la Sana Crítica a través del Recurso de Casación* (tesis doctoral, Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile, 2013), 18-36, en: <http://repositorio.unab>.

según Barrios, inevitablemente se debe acudir tanto a la bondad como a la verdad de los hechos.

Por lo tanto el razonamiento que debe existir alrededor de lo mencionado, es que el mismo, obligatoriamente deberá desarrollarse sin ningún vicio ni error. Puesto que, de darse esa corrupción mental en el proceso analítico del juez, se producirá una insuficiencia en la ética del mismo. Lo que si bien es cierto, no se podrá demostrar de manera objetiva, podría influir de manera directa en el desarrollo y desenlace del proceso.

Sin embargo, cuando Cabanellas hace mención que la sana crítica constituye una fórmula de equilibrada armonía entre la libertad de criterio y la necesidad de fundarse en la experiencia, permite vislumbrar, que la sana crítica desde su génesis siempre estuvo condicionada de alguna forma a la libertad del pensamiento intrínseco del administrador de justicia.

Más aún, si consideramos el hecho de que el mentado pensamiento del juez, bajo ninguna circunstancia está sujeto a un escrutinio real y objetivo, es decir, bajo esta perspectiva, se puede hablar de una doble imposibilidad.

Por un lado, no existe medio legal alguno, que permita a los justiciables determinar con certeza probada, que en un determinado caso el administrador de justicia haya obrado con la armonía a la que hace mención Cabanellas, por el mero hecho de que ese factor, al ser intrínseco del juez, es imposible de escrutar técnicamente, debido básicamente a que no existe un método comprobado para el efecto.

Es decir, pretender de alguna forma avalar las simples afirmaciones de una persona como verdaderas, sin que exista modo alguno de probar las mismas, resulta muy poco confiable, por el hecho de que no se puede comprobar. Desde mi perspectiva, tal posibilidad de demostración constituye un factor relevante en el mundo del Derecho.

Con la sana crítica del juez, la libertad de criterio de la que habla Cabanellas, por principio se torna relativa frente a la objetividad que el Derecho debería ofrecer a los justiciables.

Sin pretender de alguna manera demostrar que el administrador de justicia ha obrado con armonía perfecta entre criterio y libertad, resulta ser prácticamente una tarea insostenible una segunda imposibilidad respecto del escrutinio del pensamiento del juez, que está relacionada con un aspecto aún más complejo. El que tiene que ver con una de

las ciencias auxiliares al Derecho, como lo es la psicología, en cuyo caso sobra decir que, por obvias razones estaríamos entrando en un campo desconocido y poco explorado para el Derecho.

Consecuentemente, el escrutinio al que se hace referencia, cae en un aspecto aún más técnico, y por tanto imposibilita obtener una objetividad respecto del mentado pensamiento de un administrador de justicia.

Lo que ocurre al interior de la *psiquis* de una persona (juez), está muy lejos de ser determinado de manera exacta, aún por parte de una ciencia como de la psicología, en cuyo caso ya no estaríamos al frente de una mera especulación, sino a un hecho concreto.

La afirmación que hace José Bleger sobre el tema, es el reflejo de lo que debiera suceder entre Derecho y psicología, esa relación no debe ni puede limitarse a un test en base al cual se pueda o no acreditar la estabilidad mental de una persona.

Para el efecto, el mismo Bleger al respecto manifiesta lo siguiente: “La psicología no es solamente la ciencia de los fenómenos mentales, la psicología abarca el estudio de todas las manifestaciones del ser humano [...]. La psicología no excluye ninguna otra ciencia, sino que las implica necesariamente. Sin psicología no hay un conocimiento total del ser humano [...]”⁴

Por tanto, el conocimiento intrínseco del ser humano, escapa de los dominios del Derecho mismo, y en base a aquello no se puede, bajo ninguna circunstancia, presumir la existencia de una *efectiva* sana crítica del juez.

Se hace imposible “controlar” de alguna manera circunstancias y hechos que bien pueden nublar definitivamente el juicio de un administrador de justicia en el desarrollo de un proceso.

Lo que consecuentemente coloca a la sana crítica en un estatus variable, y por lo tanto aquello la sitúa directamente en el plano de desconfianza, debido a su incapacidad técnica demostrable de ofrecer medios efectivos y objetivos que permitan probar su cuestionada garantía, cuando se refiere erróneamente, que la misma es un medio idóneo dentro del Derecho.

Al respecto se pronuncia Campos Solórzano cuando manifiesta que: “El sujeto valorador de las pruebas debe tener una amplia preparación no solo jurídica, sino

⁴ José Bleger, *Psicología de la Conducta* (Barcelona: Paidós, 1983), 33, en: <http://files.psicologiaisef.webnode.com.uy/200000066ccee6ebdb/Psicologia%20de%20la%20conducta.%20Bleger.pdf>.

también humanística en materias tales como la psicología, la sociología, la lógica y la ética, además de experiencias de otra índole cultural, y sobre todo buen sentido, para aplicar las normas establecidas en el sistema de la sana crítica”.⁵

Siguiendo el lineamiento anterior, el buen sentido al que se refiere Campos Solórzano, como se hace mención en los acápites anteriores, es discordante entre un sujeto u otro.

Por lo tanto, obtener su uniformidad es literal y técnicamente imposible, debido a que existen variables cuantitativamente diferentes, que no pueden ser consideradas por el Derecho, y que hacen que el uso de la sana crítica sea desconfiable.

La desconfianza respecto de la sana crítica, está dada por un sin número de factores, la mayoría de ellos relacionados, como se dijo, a la *psiquis* del juzgador, lo que influye directamente para que la misma (sana crítica), quede en entredicho ante los justiciables.

Una parte muy relevante que alimenta esa desconfianza, está dada por la *imparcialidad* del administrador de justicia, así lo expresa San Martín Hernández, cuando afirma que: “Un punto importante dentro de la sana crítica es la imparcialidad tomada como un rol preponderante en este sistema de valoración. *Y es aquí donde más se debe tener cuidado [...]*”; “ya que, como hemos visto, los principios de la sana crítica pueden ser infringidos llevándonos a una incorrecta valoración”.⁶

Evidentemente, lo que San Martín Hernández trata de explicar, es que cuando el administrador de justicia acude a la sana crítica, la misma siempre estará sujeta al cuestionamiento de si ha sido o no imparcial, tomando como hecho, que los principios en los que se fundamenta, bien podrían ser ignorados.

Lo anterior, inequívocamente conlleva la generación de desconfianza cuando se haga mención a que el administrador de justicia hizo uso de su sana crítica.

Cusi Alanoca, al respecto de la desconfianza que genera la sana crítica en el quehacer judicial, hace referencia a lo que al respecto sucede en Bolivia, y manifiesta: “el sistema de la Sana Crítica está vigente a partir del Código de Procedimiento Penal

⁵ Álvaro Henry Campos Solórzano, “La Sana Crítica como criterio de Valoración de las Pruebas en Materia Penal” (Tesis doctoral, Universidad Dr. Matías Delgado, El Salvador, 1987), 28, en: http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf.

⁶ María Ignacia San Martín Hernández, “El control de la sana crítica a través del recurso de casación”. (tesis doctoral, Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile, 2013), 19.

(Banzer), este criterio ideal de juez es distorsionado cuando los jueces hacen prevalecer, a título de la sana crítica, sus propios valores y concepciones sobre el deber ser”.⁷

En relación a lo citado, cabe reflexionar, que por la simple condición de seres humanos, ese mismo riesgo que produce desconfianza y que se desarrolla en un entorno social ajeno al nuestro, es perfectamente replicable en nuestro medio, por una simple razón: la sana crítica de un administrador de justicia no tiene manera alguna de ser controlada, por el mero hecho de no estar atada a un cuerpo normativo que la regule.

A pesar de las ponencias en su favor, la sana crítica está íntimamente atada a los valores y concepciones que sobre moral y buenas costumbres tiene un administrador de justicia.

De por medio, y a pesar de que puedan existir lineamientos únicamente doctrinarios, lo único que marca una supremacía de la sana crítica es, como dice Cusi Alanoca el deber ser, el que muchas de las veces, está lleno de prejuicios, y se erige sobre la base de una ideología egoísta y orgullosa. Al mismo tiempo alimenta el ego de quienes suelen creer ser los poseedores de la verdad absoluta, sin reflexionar que cuando de sana crítica se trata no existe nada absoluto, sino únicamente verdades relativas.

En los párrafos anteriores, la afirmación de Jaime Guasp corrobora lo afirmado anteriormente por Cusi Alanoca, e incluso va más allá, cuando afirma, que la sana crítica se trata de criterios normativos, reglas, pero que las mismas no son de índole jurídico.

Sin embargo, sus afirmaciones abarcan más factores cuando manifiesta que aquellas reglas sirven a un hombre normal. Consecuentemente nos conduce a cuestionar cómo una regla que aparentemente no tendría respaldo jurídico, puede influir directamente en la toma de decisiones dentro de un proceso legal.

A lo manifestado por Guasp y Cabanellas, le acompaña el criterio de Boris Barrios, el mismo que ofrece tres directrices bien marcadas:

La primera, se revela cuando considera que la sana crítica es un arte, que abarca la bondad y verdad de los hechos, pero hipotéticamente habla de que no debe haber vicios ni error, en este sentido.

⁷ José Luis Cusi Alanoca, La Sana Crítica del Juez “Como método de aplicación en los procesos contra la violencia a las mujeres”, La Revista Federal del Derecho (Argentina), en: <https://www.lejister.com>, 26.

Se puede afirmar que, por el solo hecho de que esa sana crítica se fundamente en que al ser un arte no debe contener vicios, se está dando paso a un consentido escenario de que la misma, bajo ninguna circunstancia, puede ser un medio veraz del que pueda valerse el administrador de justicia, más aún si la misma depende subjetivamente de aspectos tan poco confiables y poco demostrables como la experiencia y la equidad.

La segunda directriz que se puede deducir del concepto de Barrios, tiene que ver con la afirmación que realiza, al manifestar que la sana crítica, naturalmente tiene que buscar apoyo en ciencias que puedan demostrar su eficacia palpable. Es decir, el administrador de justicia, en aras que su sana crítica sea más eficiente, deberá acudir a otras ciencias afines que le permitan vislumbrar el mejor camino, condición que bajo ninguna circunstancia corrobora de alguna manera su efectividad.

Más aún si, como sabemos, se trata de un *arte mental*, el cual solo puede ser dirigido íntimamente por el administrador de justicia. Pero que como se devela, gracias a la inexactitud de sus conceptualizaciones, necesita apoyarse, como dice el mismo Barrios, en otras ciencias. Sin embargo y a pesar de ese apoyo, la sana crítica continúa siendo un concepto jurídico indeterminado, por cuanto las garantías de efectividad y objetividad que ofrece, no pasan de ser únicamente intrínsecas, y dependientes de la moral y ética personales del juez.

Esas indeterminaciones, que a decir de Núñez: “son un estado de las cosas en el derecho, y prácticamente una característica del derecho mismo [...]”,⁸ generan la desconfianza e inseguridad de la que se habla en los acápites anteriores.

El Derecho no es una disciplina social únicamente, sino que es una disciplina que está destinada a “regular” la convivencia social, con todo lo que aquello implica. Esa regulación se ve condicionada a indeterminaciones conceptuales preexistentes, que a pesar de ser parte del Derecho mismo, no permiten que evolucione plenamente, debido básicamente a la impertinencia conceptual, como es el caso de la sana crítica.

Conocer, controlar, vigilar y decidir jurídicamente sobre la problemática que se genera dentro de la convivencia de un conglomerado social, requiere de regulaciones y normativas jurídicas claras, contempladas en cuerpos jurídicos concretos. Aquellas no deben estar sujetas al azar, o peor aún a la discrecionalidad de quienes son los encargados de decidir jurídicamente sobre dichas problemáticas.

⁸ Melissa Núñez Pacheco, *Los conceptos jurídicos indeterminado : La mercadería: Controversias y soluciones* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), 15.

Por tanto, el Derecho, no puede darse el lujo de *confiar* a ciegas únicamente en una aptitud individual del administrador de justicia, constituida por su sana crítica, y esperar que sea inequívoca en todos quienes hipotéticamente la usan, y en todas las circunstancias en que, en base a la misma, se decida. Como se ha explicado en los párrafos anteriores, la confianza en su efectividad no pasa de ser únicamente una utopía doctrinaria.

Finalmente la tercera directriz que arroja el concepto de Barrios, tiene que ver irónicamente con lo relacionado a la moral del administrador de justicia. La moral de la que nos habla Barrios, como *no puede ser demostrable* de manera objetiva, tampoco puede ser fiable. Lo anterior hace que la sana crítica no pase de ser un ideal meramente doctrinario, que aún se aferra a continuar *guiando* determinadas acciones judiciales e impide que el Derecho evolucione frente a las nuevas condiciones de una sociedad cada vez más cambiante, que lastimosamente involucra carencia de principios y moral.

Lo expuesto, sin embargo, aún no aclara la interrogante que gira alrededor de la sana crítica en cuanto a su origen, puesto que, se puede decir que el mismo, hasta cierto punto es desconocido, y en base a aquello, su aproximación histórica nos ubica en un sin número de escenarios, desde la antigüedad, pasando por Grecia y Roma, hasta la actualidad.

Incluso se puede afirmar, que la sana crítica pasó por una etapa de misticismo, en donde era relacionada con una voluntad divina deliberadora, y que tuvo su apogeo en las llamadas ordalías o juicios de Dios. Sin embargo, los orígenes mismos de las ordalías, se pierden en la noche de los tiempos, ya que es imposible determinar con precisión su génesis, pero si se puede saber que en su afán por *descubrir la verdad*, se valían de métodos bárbaros e irracionales.

A pesar de aquello, y debido a su falta de objetividad y practicidad judicial probatoria, “las ordalías fueron abolidas por el Concilio de Letrán, de forma general, en 1215, pero eliminada de forma definitiva por el Concilio de León en 1288, y posteriormente por el de Valladolid en 1322”.⁹

Constituyéndose, lo anterior, como uno de los aportes fundamentales del Derecho Canónico medieval. De esa manera se eliminó definitivamente la posibilidad de acudir a medios probatorios *irracionales*, que no permitían la valoración de la prueba

⁹ Tulio Enrique Espinosa Rodríguez, citado en: Álvaro Henry Campos Solórzano, “La Sana Crítica como criterio de Valoración de las Pruebas en Materia Penal” (tesis doctoral, Universidad Dr. Matías Delgado, El Salvador, 1987), 34, en: http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf.

de manera objetiva e imparcial. Se promovió la apreciación de culpa e inocencia dentro de un proceso, pero basados en hechos probados concretos, objetivos y no meramente especulativos.

Sin embargo, como se puede apreciar, la sana crítica ha atravesado por muchas etapas en el transcurso de la historia, las mismas que ofrecen muy poca demostración objetiva, por tanto, urge aclarar de dónde surge la figura jurídica que conocemos actualmente como la sana crítica.

En este sentido, se debe partir indicando que la misma, tiene sus orígenes desde los momentos primigenios en que la humanidad inició un incipiente modelo de justicia, el que estuvo relacionado directamente con la sabiduría de aquellas personas que fungían las veces de líderes de un conglomerado humano.

Para resolver en un inicio las problemáticas de convivencia, esas personas acudían a su sapiencia, la misma que devenía de sus vivencias pasadas, y que formaban parte de su experiencia y sabiduría.

Al respecto, y en franca relación a lo afirmado anteriormente:

Algunas de las razones por las que la expresión derecho a la prueba no aparece en los textos históricos (de índole judicial), ni se acuña en las normatividades internacionales ha sido por la vaguedad del término prueba, ya que históricamente no se ha reducido a ser solo una fórmula de tipo deóntico como garantía de las personas frente a la actividad de la justicia del soberano, sino que también se ha entendido como la justicia misma, en especial si tiene el carácter de divina, mágica, tribal o patriarcal. Baste con mirar dos ejemplos, la justicia del rey Salomón en la Biblia (libro 1 de *Los Reyes*, capítulo 3) y las formas probatorias que muestra la literatura griega. En efecto, cuando se le presentan al joven rey Salomón dos mujeres con dos niños uno vivo y otro muerto y cada una alegando que el vivo es el suyo, la duda o la dificultad para resolver el caso se disipa mediante una *prueba* a la manera de actividad consistente en confrontar a las mujeres con la idea de cortar el niño en dos para repartirlo entre ellas. A partir de la reacción de ellas, el Rey entregó el bebé a la mujer que prefería perder el hijo a su muerte, y quitándoselo a la mujer que aceptaba que el hijo muriera.¹⁰

Lo citado anteriormente, es un claro reflejo “documentado”, de cómo funcionaba la sana crítica en los procesos judiciales primigenios, y cómo se puede apreciar, aquella siempre estuvo sujeta a la *sabiduría* de quien ejercía las veces de juez y jurado, y en muchas ocasiones, al mismo tiempo verdugo. Por tanto, la concepción de sana crítica no es nueva, ni tampoco novedosa o propia únicamente de los sistemas procesales actuales

¹⁰ Luis Bernardo Ruiz Jaramillo, “El derecho constitucional a la prueba y su configuración en el código general del proceso colombiano” (tesis doctoral, Universitat Rovira i Virgili, 2017) pg33, en: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/461598/TESI_.pdf?sequence=3&isAllo wed=y, Enfasis añadido.

o contemporáneos, sino que es el resultado reciclado del discernimiento racional que tenían quienes guiaban como líderes tribales, sobre lo que consideraban un acierto para resolver las problemáticas sociales surgidas en un conglomerado, pero que, en la actualidad, se ve evidentemente cuestionado.

Con respecto a las formas probatorias respecto de la sana crítica, con las que nos ilustra la literatura griega, podemos acudir a la tragedia literaria de Edipo Rey, la cual narra que:

Cuando aquel estuvo determinado a matar a su padre, el Rey Polibio, huyó de casa, cerca de Tebas, en la encrucijada de los tres caminos, se transa en una lucha con un desconocido al que le dio muerte, sin saber que era su verdadero padre, el rey Layo. Edipo se hace rey de Tebas y se casa con su madre Yocasta, ignorando tal condición. Ante la desgracia por la que atraviesa la ciudad, Edipo consulta al oráculo y este le dice que se trata de una maldición por el asesinato del rey Layo; también Edipo consulta al adivino Tirisias y este le contesta: «prometiste que exiliarías a quien mató a Layo, te ordeno que te destierres». Yocasta le testimonia a Edipo que el adivino se equivoca porque Layo murió en la encrucijada de los tres caminos; pero Edipo le replica que matar a un hombre en sitio parecido fue exactamente lo que él hizo. La verdad se acopla luego con el testimonio del esclavo de Corinto que le informa a Edipo que Polibio murió, y ante la expresión que hace Edipo de que eso demuestra que él no le dio muerte a su padre, el esclavo le aclara que Polibio no era su verdadero padre, y le informa que él (Edipo) cuando estaba niño lo recibió del pastor de Citerón y lo entregó en la casa de Polibio. La verdad se revela completamente con la confirmación del pastor que atestigua que el niño (Edipo) provenía del palacio de Yocasta y que se lo entregó al esclavo de Corinto.¹¹

Con respecto a la ilustración anterior, y con base en esta historia de Sófocles y otras piezas de la literatura de la antigua Grecia: “Foucault (2003: 66) concluye que se dieron dos formas resolver los litigios de un lado, la disputa o desafío reglamentado con juramento ante Dios; en esta modalidad no hay juez, ni sentencia, ni verdad, ni indagación, ni testimonio; del otro lado, el testigo, el cual en la historia de Edipo es un hombre sin importancia, pero que tiene un fragmento del recuerdo [...]”.¹²

Sin embargo, y como todo, la sana crítica ha ido “evolucionando”, a la par que los cambios sociales que han surgido, y aquel grupo social conformado por unas pocas personas, y guiado en sus decisiones por la más sabia y anciana de ellas, pasó a derivar, poco a poco, en distintos grupos, con más miembros, más problemáticos, pero sobre todo con más personas encargadas de guiar aquellos grupos.

La historia deja entrever que esa evolución socio-jurídica abarcó diferentes maneras, en distintas etapas de la humanidad.

¹¹ Biblioteca Virtual Universal, Sófocles, 13, en <https://www.biblioteca.org.ar/libros/133636.pdf>.

¹² Ruiz Jaramillo, “El Derecho Constitucional”, 35.

En efecto, la sana crítica, emerge como un sistema de carácter intermedio, entre la prueba tasada y la libre convicción.

1.1 La prueba tasada

Para abordar este tema, es menester aclarar que con respecto a la prueba tasada se puede afirmar que fue introducida con el Derecho Canónico, pues se consideraba que el albedrío del juez, al momento de aceptar una determinada prueba, solía ser hasta ese entonces, desproporcionado. Por lo tanto se la implementó como una especie de freno jurídico, frente a lo que se consideraba poderes supra judiciales del juzgador, quien mediante los cuales, y durante el desarrollo del proceso, ejercía un dominio absoluto sobre el acusado, y sobre el proceso.

Ese dominio, otorgado por su libre albedrío incondicional, derivaba siempre en decisiones arbitrarias, que muchas de las veces omitían lo probado, para dar paso a un albedrío judicial de cierta manera ilimitado y arbitrario que, so pretexto de provenir de la máxima autoridad judicial, se debía cumplir irremediabilmente.

Cabanellas, define este sistema de la siguiente manera:

Régimen procesal opuesto en absoluto a la libre apreciación de las pruebas por los jueces, y que era característico del antiguo procedimiento, donde la ley regulaba en cada caso la eficacia de los de los medios probatorios y la exclusión de los mismos; como la clásica odiosidad contra el testimonio de un solo testigo, y la aceptación-cándida en el fondo- del testimonio acorde de dos o más, quizás hábilmente confabulados. De no haber precepto limitador, el tribunal aprecia en conciencia y según el resultado del juicio las pruebas sobre los hechos demostrados o verosímiles por vehementes indicios.¹³

La prueba tasada, en su inicio, estuvo concebida para llevar al administrador de justicia por un camino. Se confiaba al juez una especie de guía de regulación de valor probatorio específico de cada medio probatorio, el cual debía estar directamente sometido a una valoración establecida con anterioridad.

Por tanto, al momento en que el juzgador debía valorar los elementos de prueba, estaba sujeto a un conjunto de reglas abstractas que, de ante mano, las había estipulado el legislador, es así como se indicaba al administrador de justicia qué es lo que se debía considerar como prueba y qué no.

¹³ Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 504.

Dicho de otra manera, con relación a lo anterior, al respecto de la prueba tasada se dice:

Es aquel sistema de valoración de la prueba en donde el juzgador en el momento de apreciar los elementos de prueba, queda sometido a una serie de reglas abstractas preestablecidas por el legislador. Es decir, el legislador partiendo de supuestos determinados, fija de modo abstracto la manera de apreciar determinados elementos de decisión, separando ésta operación lógica de aquellas que el juez debía realizar libremente por su cuenta.¹⁴

Es decir, la prueba tasada, al regirse por reglas establecidas con anterioridad, les asignaba, de manera anticipada, un determinado resultado a los medios de prueba introducidos en el proceso, los mismos que no estaban orientados a formar el conocimiento o la convicción del administrador de justicia respecto de la causa, sino que pasaba, de manera directa, a obtener un resultado absoluto.

Ese resultado estaba regido por la normativa, e inclinaba al juez a formar un criterio jurídico anticipado respecto del caso, dependiendo del contenido de la norma mentada.

Por lo tanto, en la prueba tasada, la normativa existente, fija de manera determinada el valor que una prueba debe tener, so pretexto de evitar cualquier arbitrariedad por parte del juzgador. En su momento la prueba tasada pretendió anular un expuesto poder totalitario que, hasta ese entonces, solía manifestar el administrador de justicia.

Es decir, se anula esa capacidad que otorgaba al juez la posibilidad de administrar justicia con apego a su sola conciencia personal, y se la reemplaza para que sus decisiones se dicten en estricto apego a la prueba que presenten las partes, las que deberán estar en correlación con la normativa procesal vigente.

En el caso de Ecuador, la prueba tasada no tiene cabida, sobre todo en el campo penal, en el que obligatoriamente las partes deben probar sus asertos, para que el administrador de justicia llegue a formularse un juicio acertado sobre el caso que se le presenta y poder decidir de “manera objetiva”, sin regirse a un sistema procesal probatorio preestablecido.

¹⁴ Miriam Janeth Escobar Pérez, “La valoración de la prueba, en la motivación de una sentencia en la legislación ecuatoriana.” (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010), 57, en:<http://hdl.handle.net/10644/1135>.

No cabe dejar de mencionar, que a pesar de los cuestionamientos a su alrededor, la prueba tasada, instauró un avance significativo en su momento, que otorgó de alguna manera la legalidad de las acciones judiciales al momento de ventilar un proceso.

En contraposición, en la legislación ecuatoriana actual, son las partes quienes deben establecer y demostrar sus medios probatorios ante al administrador de justicia, otorgándole un rol de *imparcialidad y objetividad procesal*.

Las presunciones como medio de prueba en el sistema penal, es una práctica no aceptada por el sistema procesal penal ecuatoriano, que si bien no es una prueba tasada propia del sistema inquisitivo, implica que la verdad sea un supuesto, algunos autores manifiestan que mediante la prueba a base de presunciones se trata de hacer llegar el razonamiento judicial a una determinada deducción a través de un acontecimiento, lo cual no está en la misma línea del sistema acusatorio y oral, al cual pertenece el COIP.¹⁵

1.2 La libre convicción

En cuanto a la libre convicción, se puede afirmar, que esta institución se concibió para que el juzgador, esté investido de cierta libertad para valorar las pruebas que se le presenten dentro de un caso concreto.

Cuando en su momento la libre convicción estuvo a la par que el sistema procesal: “La ley no le impone al juzgador ningún tipo de regla para aplicar en la apreciación de los diversos medios probatorios [...]. El juez valora la prueba de acuerdo a su leal entender y saber. Es un sistema apto para generar injusticias y arbitrariedades. La autoridad no tiene la obligación ni el deber de razonar o fundamentar los motivos para haber dictado la sentencia”.¹⁶

La libre convicción, fue un sistema encaminado a permitir que el administrador de justicia pueda acudir exclusivamente a sus conocimientos personalísimos sobre la causa que conoce.

Adicionalmente, de *forma complementaria*, la libre convicción (haciendo gala de su composición gramatical), también facilitaba y autorizaba para que a más de lo anterior, el administrador de justicia pueda auxiliarse y hacer uso de sus sentimientos,

¹⁵Héctor Darío Borja Taco, “La Falta de Eficacia Probatoria en Materia Penal” (tesis Doctoral, Universidad Central del Ecuador, Quito: 2016), 61, en: <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/5977/1/T-UCE-0013-Ab-138.pdf>.

¹⁶Miriam Janeth Escobar Pérez, “La Valoración de la Prueba, en la motivación de una sentencia en la legislación Ecuatoriana” (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010), 55, en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/1135>.

intuiciones, impresiones, y demás estados provenientes exclusivamente de sus emociones personalísimas como individuo, con la finalidad única de poder obtener un juicio de valor respecto de una circunstancia que se le presente para resolver, lo que consecuentemente arrastraba al administrador de justicia, ineluctablemente, a *dejar de lado* tanto su racionalidad y experiencia.

Técnicamente no se debería confundir la libre convicción con la sana crítica, la primera adolece de arbitrariedad absoluta, puesto que gira en torno a la libertad de la que dispone el administrador de justicia para valorar o no una determinada prueba. Muchas de las veces, la libre convicción orientaba al juez para que una vez que exprese su veredicto, no lo fundamente exclusivamente en las pruebas alrededor del caso, sino que aquel veredicto encuentre soporte en su sabiduría interior, o más concretamente, en lo que el juez pensaba que era lo correcto.

Situación anterior que no difiere mayormente de la sana crítica. Es decir, mientras en la libre convicción están de por medio las emociones internas propias del administrador de justicia, en la sana crítica nos encontramos con que supuestamente existen *reglas que regulan* su aplicación, pero que irónicamente la sana crítica y por ende sus reglas, no se encuentran normadas por ningún cuerpo jurídico determinado.

Lo que consecuentemente, colocaría a la sana crítica en el mismo nivel que la libre convicción, pero con el reparo que la primera aparenta estar regulada por reglas únicamente doctrinarias, pero que, en realidad, no tienen fundamentación jurídica.

En este sentido, se puede indicar lo siguiente:

Couture considera que el sistema de libre convicción es el razonamiento del juez y no se apoya necesariamente en la prueba que le exhibe el proceso, ni en los medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes. Dentro de ese método el Magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos, y aun en contra de la prueba de autos.¹⁷

En este sentido, la sana crítica y la libre convicción serían particularmente parecidas en el hecho que, en los dos casos, el pensamiento particular del juez (que no está normado) puede jugar un papel fundamental en la decisión final, que bien podría ser arbitraria.

¹⁷ Cristian Manuel Toaquiza Vilca, “La Admisión y Valoración de la Prueba en el Procedimiento Penal Abreviado”(tesis doctoral, Universidad Central del Ecuador, 2014),14,en: <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3960/1/T-UCE-0013-Ab-168.pdf>.

La libre convicción, por naturaleza, no está consignada a aplicar ningún criterio de apreciación y, no da las facilidades objetivas sobre cómo el administrador de justicia debería valorar las pruebas.

No se puede ignorar, que la valoración de la prueba constituye un aspecto medular en todo proceso, de tal manera que constituye una parte fundamental dentro de las etapas probatoria y decisoria. En ese contexto, los dos sistemas anteriores (prueba tasada y libre convicción) no brindaban garantías suficientes para el buen desarrollo del proceso, y más aún no se permitía llegar a discernir la verdad, como finalidad única del Derecho, tomando en consideración que la finalidad de toda prueba, mediante su correcta valoración, determinará de manera lógica el resultado que derive en la práctica de un medio de prueba.

Ni la libre convicción, ni la prueba tasada garantizaron, en su momento la ecuanimidad del juez para justipreciar la prueba.

En virtud de ello, surge la sana crítica como un punto medio o solución ecléctica, frente al arbitrio de las leyes y del juez, estando concebida para *otorgar técnicamente* la capacidad al administrador de justicia para valorar la prueba en todo su espectro.

Sin embargo, se imponen determinadas reglas, las que serán de estricto *cumplimiento y observancia* por parte del juez, como es la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos, sobre los cuales profundizaré más adelante.

En la misma línea, y desentrañando el origen de la sana crítica, más allá de ser una *alternativa* entre el sistema de la prueba tasada y el de libre convicción, sus primeros vestigios dentro de una normativa jurídica, los encontramos en el Reglamento sobre el modo de proceder del Consejo Real de 1846, que en su artículo 148 disponía: “que los testigos podían ser examinados y calificados sus dichos por el referido Consejo conforme las reglas de la sana crítica”.¹⁸

El Decreto Español de 1852 que regulaba asuntos relacionados a los impuestos, establecía que el Consejo debía apreciar: “según las reglas de la sana crítica las circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de las declaraciones”.¹⁹

¹⁸ Manuel Colmeiro, citado en Johann Benfeld, “Los Orígenes del Concepto Sana Crítica”, Revista de Estudios Historicos-Juridicos. (2013) 571, en <https://www.scielo.cl/pdf/rehj/n35/a18.pdf>.

¹⁹ José de Vicente y Caravantes, *Tratado Histórico, Crítico, Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil*, (Madrid: Ed. Imprenta de Gaspar y Roig, 1856)T.1, 225.

Esta normativa, en su momento, sirvió como el antecedente más inmediato para la elaboración de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855 (LEC), y a su vez, pasó a convertirse en la referencia más palpable e inmediata que ha influido directamente en las legislaciones latinoamericanas, incluido Ecuador, más concretamente en lo que tiene que ver con el contenido del artículo 317 que dispone: “Los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos”.²⁰

Bajo ese precepto, al administrador de justicia no solo que se le otorgaba cierta libertad para formar su convicción alrededor de una versión incierta que propiciaban dos o más testigos, sino que esa libertad tenía relación directa con las afirmaciones que fueran convincentes de un solo testigo.

Buscando el génesis de la sana crítica en la legislación ecuatoriana, debemos remontarnos hasta el año 1918, fecha en la que fue reformado el Código Civil Ecuatoriano, donde se encuentra la primera referencia objetiva y documentada de la sana crítica en el ordenamiento civil ecuatoriano, cuando el mentado cuerpo legal disponía, en su artículo 244, al referirse a los testigos lo siguiente: “Los Jueces apreciaran, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos”.²¹

Lo citado, puede ser considerado como el inicio de la sana crítica en el ordenamiento civil ecuatoriano.

En los acápites anteriores realicé una reflexión sobre la moral del administrador de justicia, y por allá en 1918, cuando se consideró a la sana crítica como un medio personal y confiable que tenía a la mano el juez, la ética y la moral eran aspectos de suma relevancia en una persona que ocuparía el cargo de juzgador, empero, en la actualidad y dada las condiciones de degradación moral y ética en todos los aspectos tanto profesionales como humanos, la sana crítica no debería ser considerada como un medio fiable dentro del quehacer judicial.

Sentís Melendo, al respecto afirma: “el concepto y la expresión nos pertenecen: son netamente hispánicos. Fuera de nuestros países, la sana crítica, como sistema de valoración de la prueba, o mejor como expresión de esa valoración, no se encuentra”.²²

²⁰ Barrios, *Teoría de la Sana Crítica*, 5.

²¹ Ecuador, *Código de Enjuiciamiento Civil*, RA 1907, 19 de octubre de 1907 Derogado, art. 244.

²² Santiago Sentis Melendo, *La Prueba* (Buenos Aires: Editorial EJE, 1979), 259.

Lo citado, es una muestra que la sana crítica es un concepto jurídico indeterminado por naturaleza, más que por interpretación circunstancial, pese a que, como se dijo, alrededor de la misma, de manera inútil se han establecido reglas para pretender darle cierta validez a un concepto que más allá de su incierta aplicación, no pasa de ser una aspiración doctrinaria.

Pero esas reglas que rigen o regulan la aplicación de la sana crítica, son aún más inciertas, considerando el hecho que las mismas, al estar supuestamente destinadas a controlar la aplicación de la sana crítica, debido a su naturaleza de permeabilidad e inaplicación práctica, son irresolutas.

Al respecto de las reglas de la sana crítica Couture afirma: “Las reglas de la sana crítica, son reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo [...]”.²³

Es decir, aquellas reglas que en el génesis de la sana crítica fueron consideradas como oportunas y absolutas, han sido afectadas en razón del tiempo. Las circunstancias sociales y su problemática, al ser siempre cambiantes, son factores relevantes que influyen directamente para exigir al Derecho una configuración que le permita adaptarse a los nuevos fenómenos sociales.

Ya en la contemporaneidad, nuestra legislación nacional con relación a las reglas de la sana crítica, se pronuncia de la siguiente manera, dentro de la Sentencia del 31 de octubre de 1995, (Gaceta Judicial No. 4) que dice: “Las reglas de la sana crítica no se hallan consignadas en ningún precepto legal concreto y taxativo que haya podido citarse como infringido y, por lo tanto, tal expresión no obliga a la Sala de instancia a seguir un criterio determinado”.²⁴

Como ya mencioné en los acápites anteriores, dentro de las reglas de la sana crítica encontramos a la lógica, los conocimientos científicos, y las reglas de la experiencia, y a pesar de lo que dice la sentencia antes mencionada, es menester abordar estos puntos.

1.3 La lógica

Si los procesos lógicos, necesarios para alcanzar un razonamiento judicial se realizan de *manera correcta al interior de la mente del juez*, el resultado obvio será la

²³ Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: Ediciones Editar S.A., 1958), 319-320.

²⁴ Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”, en *Juicio No.- 313-15-SEP-CC*, de 31 de octubre 2005,18.

obtención de razonamientos objetivos, que podrán orientar al juez para alcanzar criterios incuestionables. Sin embargo, lo lógico muchas veces no está a la par de la normativa jurídica, y es ahí, donde surge la controversia entre humanidad y legalidad.

Al respecto cabe mencionar un ejemplo práctico, que se relaciona plenamente con lo afirmado en el acápite anterior. Partamos del derecho a la vida, técnicamente es un derecho innato de los seres humanos, que implica que nuestra vida, como derecho, tiene las garantías suficientes frente a cualquier tipo de acto que pretenda vulnerarlo de cualquier manera. En este punto surge un tema de discusión, que al parecer aún no tiene una “solución” consensuada, como es el aborto, en qué punto se cruza la delgada línea entre la lógica y la legalidad o la ilegalidad del acto.

La lógica nos dice que debemos respetar y promover el derecho a la vida, pero alrededor de aquello existen infinitas variables que podría hacer que ese derecho sea *transgredido*, es decir, ¿podría ese derecho a la vida buscar un espacio, cuando es producto de una violación, a otros derechos en cualquiera de sus formas?

De lo anterior se desprende que no necesariamente se puede considerar a la lógica como una garantía ineludible al momento de aplicar la sana crítica. Sin importar de quien provenga, siempre suele tener un rango de error e interpretación, y sin interesar cuan pequeño pueda ser, esa misma capacidad de error genera inseguridad y, por tanto, indeterminación.

Al respecto se debe considerar seriamente lo siguiente: “Así, los jueces exponen una forma de trabajo intelectual rígida y un tanto mecanizada en donde el proceso de reflexión está siempre controlado por una meta: la decisión del caso. Esto, entre otras cosas, explica una cierta incomodidad cuando los saberes a los cuales los jueces necesitan recurrir se les presentan como más difusos”.²⁵

1.4 Los conocimientos científicos

Los conocimientos científicos, de una u otra manera, nacen de los conocimientos empíricos, o tácitos, estos suelen ser su génesis.

Al respecto del conocimiento tácito, Joaquín Alegre Vidal se manifiesta de la siguiente manera: “El conocimiento tácito es muy personal y difícil de formalizar y de comunicar o de compartir con otras personas, incluye elementos tales como puntos de

²⁵ Rodrigo Coloma Correa y Claudio Agüero San Juan, “Fragmentos de un imaginario judicial de la sana crítica”. *Revista, Ius et Praxis* vol. 20 n.- 2 (2004), 20, en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000200011>.

vista subjetivos y las intuiciones [...] se encuentra profundamente enraizado en la experiencia personal, así como en los ideales, valores y emociones de cada persona”.²⁶

Alegre Vidal claramente se pronuncia al respecto del conocimiento empírico, y parte afirmando que no pasa de ser únicamente personal, es decir, nace de las experiencias de vida adquiridas por las personas, desde su perspectiva individual.

Por lo que, es difícil que se pueda alcanzar su formalización, y por ende, tanto su comunicación, como su compartimento suele verse, a menudo, cuestionado debido a su falta de comprobación y respaldo técnico que le permita ser objetivo.

En cuanto al conocimiento explícito o científico propiamente dicho “puede ser expresado con palabras y/o números, y puede ser fácilmente comunicado y compartido bajo la forma de datos, fórmulas científicas, procedimientos codificados o principios universales [...] de fácil transmisión”.²⁷

Los conocimientos científicos propiamente dichos sobrepasan por mucho a sus antecesores, básicamente debido a que, a diferencia de ellos, van mucho más allá de la experiencia, de los aprendizajes e impresiones personales. Para sustentar su validez se someten a la comprobación, lo que les da su peculiar supremacía por sobre los conocimientos empíricos, y les otorga esa capacidad de demostración bajo debate.

Los conocimientos científicos no son de uso excepcional del juez, sino que son de mayor competencia y dominio exclusivo de personas que prestan apoyo a la administración de justicia, como los peritos.

Se debe entender que el perito judicial es un profesional dotado de conocimientos técnicos especializados (científicos) y reconocidos en una área en especial, el perito, cualquiera sea su área de dominio, suministra información u opinión fundada y demostrable al administrador de justicia sobre los puntos litigiosos que han sido sometidos a su escrutinio técnico.

Al respecto, Mauricio Duce expresa: “Si el conocimiento científico, técnico u otro especializado ayuda al juzgador a entender la evidencia, o a determinar un hecho en cuestión, un perito calificado por conocimiento, destreza, experiencia, entrenamiento o educación puede declarar como experto [...]”.²⁸

²⁶ Joaquín Alegre Vidal, *La Gestión del Conocimiento como motor de la innovación-Lecciones de la industria de la alta tecnología para empresas* (España:Atenea,2004) ,52, <https://books.google.com.ec>.

²⁷ Alegre Vidal, *La Gestión del Conocimiento como motor de la innovación*, 52.

²⁸ Mauricio Duce, *La prueba pericial y su admisibilidad en un nuevo Proceso Civil*(Chile ,2011),127,en:<http://200.14.85.186/reformasprocesales/images/Publicaciones/Contribuciones>.

El juez tendrá la sapiencia alrededor de la normativa jurídica existente, pero por razones lógicas, eventualmente necesitará del apoyo de personas calificadas y expertas en determinadas ramas de las ciencias, que le permitan formular un juicio alrededor de una circunstancia determinada.

Cuando dentro de un proceso en particular confluye el administrador de justicia y el experto en una materia, se origina una especie de *aprendizaje casual* que, sin embargo, no hace que ninguna de las dos partes sea un experto en el área de conocimiento del otro, y en el caso del juez no le puede servir para justificarlo como elemento de su sana crítica. Los conocimientos científicos que menciona la sana crítica, únicamente se refieren a aquellos conocimientos de índole jurídica, en cuyo caso no debieran llamarse científicos sino conocimientos jurídicos especializados.

1.5 Las reglas de la experiencia

Se debe partir indicando, que al igual que las dos reglas anteriores, las reglas de la experiencia, están indeterminadas en cuanto a su conceptualización objetiva. Por tanto, al igual que la misma sana crítica, su entendimiento es difuso e incluso es inobservado.

La experiencia de las personas es relativa, es el resultado los hechos que ocurren en las múltiples etapas de su existencia, por lo que pretender establecer que la experiencia pueda ser igual en todos los individuos, por lógica es impensable y por ende inaplicable.

En este mismo contexto, la experiencia relacionada al administrador de justicia también es relativa, debido a que constituye únicamente un valor aproximado que emana del conocimiento jurídico del juez. No se puede comparar la experiencia que tiene un administrador de justicia de carrera, con la de uno que recién ha ingresado, por primera vez, a ejercer sus funciones. Al respecto es acertada la afirmación de Ángel Martínez Pineda, cuando manifiesta que: “La palabra experiencia no es sinónimo de doctrina, ni enseñanza técnica para el tratamiento científico del proceso [...]. No puede la experiencia considerarse como cierta e indiscutible apodóticamente [...]”.²⁹

La afirmación de Martínez Pineda, corrobora lo manifestado. La experiencia, por mucho que se pretenda normarla mediante reglas, no puede ser considerada objetiva y

²⁹ Ángel Martínez Pineda, citado en Boris Barrios Gonzales, *Teoría de la Sana Crítica*(MéxicoDF:Ubijus,2018),45,http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf.

tampoco indiscutible, su estandarización no puede ser posible, ya que como se dijo, depende de las vivencias particulares y personalísimas de cada individuo.

Al respecto y en relación a ello se refiere Héctor Oberg, cuando de las máximas de la experiencia afirma: “Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia”.³⁰

Al estar las máximas de la experiencia en la misma incertidumbre que los conocimientos científicos y que la lógica, es imposible que en torno a aquellas se logre el vínculo necesario para elaborar un verdadero criterio jurídico.

Las máximas de la experiencia, a las que se refiere Oberg, son universales con respecto a un determinado saber científico, lo que en suma es totalmente diferente cuando en la doctrina se menciona a las reglas de la experiencia contenidas como reglas de la sana crítica del administrador de justicia. En cuyo caso, cuando se invoque a las mismas, lo único que se está haciendo es invocar una elemental expresión que por sus características carece de demostración.

Por todo lo expuesto en los párrafos anteriores, se puede concluir que indudablemente las reglas de la experiencia son totalmente subjetivas, no pueden ser aplicables de manera uniforme, y tampoco pueden ser demostrables objetivamente.

Por lo tanto, no pueden demostrar de forma fehaciente que son un medio idóneo para que el administrador de justicia pueda invocar la sana crítica al momento de admitir la solicitud de una determinada prueba nueva y su posterior valoración, al respecto Marcelo Midón, manifiesta enfáticamente que: “Las máximas de la experiencia nada tienen de jurídico y, por lo tanto, carecen de aptitud para la valoración de la prueba [...]”.³¹

En pocas palabras, que el legislador diga que los jueces deben someterse a los principios de la lógica, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicamente afianzados, deja abierto un abanico amplio de posibilidades en el contexto de la determinación de lo que debe darse por probado en un juicio [...] De esta manera, las expectativas que tienen los juristas sobre la SC [sana crítica] suelen verse frustradas ante la constatación de que no estamos siendo capaces de ir más allá de lo que nos ofrece ese modo de pensar que llamamos cultura, a los efectos de domesticar el pasado que se discute en los juicios.³²

³⁰ Héctor Oberg, citado en Joel Gonzales, “Fundamentación de la Sentencia y la Sana Crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N.- 1(2006) 93-105, <http://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v33n1/art06.pdf>.

³¹ Marcelo Midón, *Derecho Probatorio* (Buenos Aires:2007, Ediciones Jurídicas), en: <https://books.google.com.ec>.

³² Coloma Correa, “Fragmentos de un imaginario judicial de la sana crítica”. 3.

2. ¿Qué son los conceptos jurídicos indeterminados?

Para poder introducirnos en el tema de los conceptos jurídicos indeterminados, es prudente partir indicando lo que al respecto manifiesta Eduardo García de Enterría: “Nos encontramos ante conceptos jurídicos indeterminados cuando la ley define el supuesto de hecho a través de conceptos abstractos [...], bien porque la norma se refiere a una realidad cuyos límites no pueden ser bien precisados en su enunciado ya que no admite una cuantificación o determinación rigurosa”.³³

En la misma línea está la acepción que al respecto de los conceptos jurídicos indeterminados realiza Melissa Núñez Pacheco, cuando afirma que: “Uno de los principales problemas de las normas jurídicas, discutido desde la teoría general del derecho y desde la filosofía jurídica, es que por lo general adolece de vaguedad e imprecisión y por ello incluye con frecuencia conceptos o términos jurídicos indeterminados”.³⁴

Vale la pena mencionar lo que al respecto de los conceptos jurídicos determinados e indeterminados David Ortega Gutiérrez nos indica: “la diferencia principal entre ambos, es que en los primeros el ámbito de realidad se delimita de una manera precisa e inequívoca, mientras que en los segundos no”.³⁵

En ese contexto, es menester enfatizar que en el Derecho podemos encontrar conceptos, que no son capaces, en la práctica, de otorgar claridad y por tanto aplicación total en un marco normativo. Estos tienden a dar lugar a especulaciones e interpretaciones personales. Constituye una característica intrínseca de muchos ordenamientos jurídicos, en donde el legislador, en lugar de otorgar objetividad a la norma jurídica, la rodea de determinadas técnicas o figuras legales como la sana crítica, que lo único que consiguen es entorpecer y confundir la labor del administrador de justicia en unos casos, y en otros, dejando vacíos legales, permiten la vulneración de determinada normativa.

Empero, si de alguna forma se podría hablar de un derecho “ideal”, sería, aquel que pueda regular ampliamente toda la realidad socio-jurídica, y por tanto, propender, lo

³³ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*. vol. i, 15^a (España: Ed. Thomson Civitas, 2011), 481.

³⁴ Melissa Núñez Pacheco, *Los conceptos jurídicos indeterminados: La mercadería Controversias y soluciones* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), 16.

³⁵ David Ortega Gutiérrez, citado en Melissa Núñez Pacheco *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería Controversias y soluciones* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), 20.

máximo posible, a mantener control, y ofrecer soluciones casi totales para una determinada problemática surgida en el entorno social.

Sin embargo, en el amplio mundo de lo jurídico, ciertos conceptos jurídicos indeterminados, también son parte importante del Derecho, como la buena fe, la lealtad procesal, la debida diligencia.

Por lo tanto, estos conceptos jurídicos indeterminados son parte de la esencia del Derecho, pero en mi criterio, se diferencian de la sana crítica por cuanto de esta última depende, en gran medida, la aceptación o no de una solicitud prueba nueva, es decir, de la prueba de un derecho dentro de un juicio, y por lo tanto, requiere criterios más objetivos.

Al respecto se pronuncia Timothy Endicott, cuando afirma acertadamente que:

El derecho es indeterminado, cuando una cuestión del derecho, o de cómo el derecho se aplica a los hechos, no tiene una «única» respuesta correcta. Solo entonces hay indeterminación jurídica. Y esto ocurre, entre otras causas, cuando la indeterminación se debe a la inclusión de un término jurídico que no es concretado por el derecho y, por tanto, admite un «marco de posibilidades» de sentido a la hora de ser aplicado y/o interpretado.³⁶

Enrique Pedro Haba, se manifiesta de la siguiente manera:

Todo lenguaje (tomando el término “lenguaje” en su acepción estricta, el de la habilidad específicamente humana consistente en sonidos articulados que dan lugar a palabras, tanto si se usa en su forma oral como escrita o audiovisual: lenguaje *verbal*) tiene carácter de *CONVENCIÓN*. Se llama “convención”, en el sentido más amplio de esta palabra, a cualquier convenio entre dos o más partes.³⁷

Sin embargo, Haba, no considera el hecho de que, no todas las palabras o términos simples o compuestos, pueden compartir esa convención de la que él habla. Existen un sin número de términos, que a pesar de que individualmente suenan y se *entiendan* bien, cuando se unen generan confusión, lo que deriva en la especulación inmediata, debido básicamente a la interpretación que de ellos se hacen por parte de diferentes personas.

Tratar de encontrar un punto de encuentro o concomitancia entre tales conceptos y la realidad tanto social como jurídica, deriva en la indeterminación misma, debido a

³⁶ Timothy Endicott, citado en Melissa Núñez Pacheco *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería Controversias y soluciones* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), 17.

³⁷ Enrique Pedro Haba, *Axiología Jurídica Fundamental* (San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2004), 121.

que las interpretaciones son diversas, más aún cuando esas palabras o términos no son simples, sino compuestos.

Determinadas posturas, consideran que el Derecho no podría ni debería alcanzar total precisión y claridad, porque no es una ciencia exacta.

En contraposición, considero que no se puede pretender que esas aseveraciones primen por sobre lo lógico. Es decir, la sana crítica de un juez juega un papel muy relevante dentro del proceso, y es en base a ella que se toman decisiones que pueden cambiar sustancialmente el desarrollo del proceso.

Si bien es cierto, el Derecho como disciplina, actualmente, tiene falencias que arrastra desde su génesis, para una mejor aplicación futura, sin lugar a dudas debe ir acoplándose constantemente a los distintos cambios que ofrece la dinámica social. Parte de esa adaptación constituye otorgar al Derecho una aclaración exacta de su normativa, en lo relacionado al uso discrecional de la sana crítica del juez, que permita dejar de lado la especulación y la mera expectativa, que alrededor de la sana crítica se forman, inevitablemente, en el pensamiento de las partes procesales.

Cabe recordar lo que manifiesta Tiffany Montero Cano: “pues existen algunas, las cuales se denominan indeterminadas o conceptos abiertos, que no poseen ese equivalente fáctico, por lo que, resulta arduo adjudicarles un significado, pues la mayoría de las veces, dichas palabras están permeadas de cierta subjetividad, lo cual, impide que exista una definición unívoca [...]”.³⁸

Sin importar cuán profundo aparente ser el análisis que gira en torno a un concepto jurídico indeterminado, el mismo no pasa de ser un punto de vista, no es nada concreto, ni mandatorio. Al contrario, está basado en opiniones y debates, los que al final, terminan por generar costumbre cuando se los ha aplicado de manera constante y consuetudinaria. En el caso de las legislaciones, estas buscan otorgar a una normativa cierto grado de aplicación, pero en este afán, descuidan la demostración objetiva que debe girar alrededor de ellas, y que propenden al albedrío personal.

En base a lo anterior, pretender otorgar un significado unívoco a los distintos conceptos jurídicos resulta una tarea titánica. Como se expone, los mismos giran en torno a concepciones y creencias a favor y en contra, que se han formulado a su

³⁸ Tiffany Montero Cano, Amanda Vargas Ortiz, “Las implicaciones de los conceptos jurídicos indeterminados del artículo 138 inciso d) del código procesal contencioso administrativo respecto del acceso a la justicia en casación administrativa” (tesis doctoral, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Costa Rica, 2017), 116, en: <https://docplayer.es/140580072-Universidad-de-costa-rica-facultad-de-derecho-tesis-para-optar-por-el-grado-de-licenciatura-en-derecho.html>.

alrededor, más aún, si se considera el hecho que dependen, en gran medida, de la concepción del bien y del mal que puedan tener las personas. Por tanto, considerar que existen definiciones reales alrededor de un concepto jurídico indeterminado resulta ser apresurado y poco real, por lo que tratar de encontrar apoyo en la jurisprudencia actual, resultaría ilusorio y poco práctico.

Si los sistemas procesales aún insisten en encontrar en una doctrina caduca, el apoyo para justificar la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, como la sana crítica, no se podría dar un cambio significativo. Mientras el sistema judicial no efectúe cambios esenciales que creen una nueva jurisprudencia, capaz de otorgar precedentes significativos, no se podrá cambiar lo precario por lo nuevo.

Con respecto a lo anterior, Haba se pronuncia de la siguiente manera:

No puede hablarse, por lo tanto, sin grave riesgo de equívocos, de dar “definiciones reales”, o de “describir el significado intrínseco o *esencial* de un término o expresión”, o de “determinar la *naturaleza* de la entidad designada por la palabra”. Es verdad que los hombres hemos pretendido, y seguimos pretendiendo, hacer estas cosas; pero también lo es que al amparo de estos rótulos oscuros se hacen muchas cosas distintas, que no deben ser confundidas. De lo contrario se multiplican los equívocos, favorecidos por la ambigüedad, no siempre advertida [...].³⁹

Consecuentemente, la imposibilidad de obtener uniformidad conceptual respecto de un término, obliga a la aplicación de conceptos personales, lo que únicamente enriquece las ponencias particulares debido a las interrogantes que se generan.

La naturaleza de los conceptos jurídicos indeterminados, en especial el de la sana crítica, hace que alrededor de ellos, gire la incertidumbre debido a las razones expuestas, lo que consecuentemente no permite su efectiva aplicación, ni una estandarización universal consensuada.

Cuanto mayor sea la indeterminación semántica de los términos de un discurso, más variadas son las posibilidades interpretativas que están en condiciones de poner en juego sus locutores. En el lenguaje de la teoría de la propaganda política, como así mismo dentro del discurso jurídico, en todas sus ramas, no faltan tales términos. Ellos representan lo que se ha dado en llamar unos “conceptos indeterminados”, aquellos cuyo ámbito *semántico* es muy elástico: a menudo resultan polisémicos, siempre ofrecen anchos márgenes de vaguedad (“aureolas de penumbra”).⁴⁰

³⁹ Haba, *Axiología Jurídica Fundamental*, 131.

⁴⁰ *Ibíd.*, 236.

La indeterminación que rodea a muchos conceptos en el área del Derecho, tiene su génesis en las concepciones primigenias que del mismo se han formulado, las que están relacionadas con los valores en torno a los cuales giran dichos conceptos, como la moral o la ética, e incluso la religión que son abstractos.

En el caso de la indeterminación conceptual en el área del Derecho, no es posible apartar el misticismo y la religión que giran en su entorno, tomando en cuenta que, uno de los orígenes del Derecho es la costumbre. Por tanto, al encontrar en sus orígenes bases de carácter idealista hace más probable que la indeterminación conceptual se manifieste en sistemas jurídicos contemporáneos.

Entender de alguna forma la figura de la sana crítica, depende de factores íntimos aún más profundos, y al observar o ignorar esos factores, no necesariamente quiere decir que debemos catalogar al administrador de justicia como bueno o malo, ya sea como persona o profesional del Derecho.

Lo que antecede, se relaciona directamente, con que el Derecho es una disciplina social, y por ende depende siempre de las concepciones, e incluso de los prejuicios sociales, que vienen interconectados desde su génesis. Ciertamente resultaría complejo deshacerse de esta característica que, aunque contraria a la lógica, es parte inherente del mismo. A pesar de aquello, no se debe dejar de propender a buscar una objetividad más amplia, que permita al Derecho tener la menor cantidad de falencias posibles, cuando las personas sometidas al mismo, llámense jueces o partes procesales, vean garantizados tanto sus obligaciones, como sus derechos.

Solo así se conseguirá la certeza que al momento en que se reclame la vulneración de un derecho, este reclamo tenga fundamento en algo que se pueda probar, y no en una opinión meramente idealista e intrínseca de cada persona. Por tanto, se deben buscar cambios constantes que permitan al Derecho como disciplina ser más exacto y menos especulativo.

Es importante recordar que, a pesar de que se pretenda que el Derecho sea “objetivo”, lo cierto es que no se debe dejar de lado el hecho de que el derecho es una construcción humana. Tanto la formulación de las leyes, como la práctica del Derecho, están siendo operadas por seres humanos, y resulta bastante ilusorio pensar que los seres humanos son absolutamente capaces de despojarse de todas sus creencias y preferencias personales, de todas las índoles, para poder ejercer el derecho sólo desde la parte técnica.⁴¹

⁴¹ Montero Cano, “Las implicaciones de los conceptos jurídicos indeterminados”, 129.

Haba plantea una clasificación, alrededor de la cual gira el nivel mismo de indeterminación de los conceptos jurídicos, y manifiesta lo siguiente:

En síntesis, podría decirse que el contenido semántico de un concepto jurídico indeterminado es articulable en cuatro niveles, orientados de mayor a menor en cuanto al respectivo grado de indeterminación que allí tiene el significante que se interpreta.

- *Ámbito lógico-semántico*: lo conforman *todas* las interpretaciones posibles de una expresión lingüística, llamando “posibles” a aquellas que respondan a reglas de uso comunes de los términos en cuestión; es decir, significados suyos que son reconocidos como tales por la generalidad de sus locutores, o en algunos círculos de estos (numerosos o no).

- *Ámbito semántico social*: de entre las interpretaciones que caben en el ámbito lógico, se toman en consideración *solo* aquellas que aceptan locutores de una cierta colectividad, en un momento histórico dado; vale decir, interpretaciones reconocidas *hic et nunc*, ya sea por la generalidad de los locutores de ese medio o al menos por quienes pertenecen a los sectores sociales más influyentes.

- *Ámbito semántico real*: de entre las interpretaciones que caben en el ámbito social, se admiten solo las que tienen bastante “peso” político para ser recogidas eventualmente como palabra del aparato estatal de ese país y ejecutada por parte de este; son solo aquellas interpretaciones cuya puesta en práctica es promovida, o al menos puede ser tolerada, por las fuerzas sociales *dominantes*.

- *Interpretación autorizada*: es una dentro del ámbito real, escogida por un intérprete autorizado (legislador, gobernante, juez, personal administrativo), o sea, por funcionarios estatales cuya ubicación en el aparato del Estado hace que la determinación decidida por ellos quede respaldada por ese aparato.⁴²

Esta clasificación, es una muestra más de la diversidad de criterios que existe alrededor de los conceptos jurídicos indeterminados, lo único consensuado, es la aceptación misma de su existencia en el Derecho, por parte de tratadistas, juristas, jueces, abogados en el libre ejercicio y público en general.

En la misma línea de las interpretaciones de los conceptos jurídicos indeterminados está la que otorga Gustavo Gonzales Solano, cuando se refiere a una clasificación, pero de índole jurídica, que a diferencia de la otorgada por Haba de naturaleza semántica, así:

1. Multiplicidad de las interpretaciones jurídicas.
2. Independencia de las interpretaciones jurídicas.
3. Impermanencia de las interpretaciones jurídicas.
4. Imposibilidad de una única y verdadera interpretación jurídica.
5. Selección de la interpretación jurídica.⁴³

⁴² Haba, *Axiología Jurídica Fundamental*, 238-239.

⁴³ Gustavo González Solano, *Principios de metodología jurídica* (San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2007), 27.

En cuanto a la multiplicidad de interpretaciones, estas giran en torno a la raíz misma de los conceptos jurídicos indeterminados. Se configuran por cuanto a su alrededor las interpretaciones son múltiples, teniendo como requisito *sine qua non*, que no necesariamente las mismas convergen en cuanto a su finalidad.

Es decir, tanto unas como otras, alimentan una tendencia en particular, que al mismo tiempo puede ser considerada como, posible, imposible, falsa o verdadera, debido a que una interpretación no se rige necesariamente por normativa precitada. Más bien obedece a procesos de apreciación circunstancial de índole personal, ahondando de esta manera a la naturaleza misma de los conceptos jurídicos indeterminados.

El principio de la independencia de las interpretaciones jurídicas, al que se refiere Gonzales Solano, es una consecuencia exacta del anterior. La multiplicidad es generada por la independencia de interpretaciones.

Por tanto, la misma será considerada solo como referencia que a su vez servirá para una nueva interpretación, que bien puede o no ser admitida como apegada o no a la necesidad.

Un ejemplo de lo anterior, se da con frecuencia en los textos que al respecto de los conceptos jurídicos indeterminados ofrecen diferentes autores. Son un reflejo de sus interpretaciones personales, que a su vez se fundamentan en otras similares, y desechan las opuestas. En definitiva, la independencia que existe alrededor de la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados es diversa.

Con respecto al principio de impermanencia de las interpretaciones jurídicas, Gonzales Solano hace una afirmación por demás apegada tanto a realidad como a la dinámica socio-jurídica: “(...) establece que *ninguna interpretación se mantiene incólume a través del tiempo, sino todo lo contrario. Toda interpretación jurídica puede modificarse [y de hecho] se modifica a través del tiempo*”.⁴⁴

Con lo anterior se puede vislumbrar, que los conceptos jurídicos indeterminados, giran en torno a un patrón en particular. En gran medida su indeterminación está relacionada con los cambios tanto de concepciones como de circunstancias. Es decir la inmovilidad de una interpretación jurídica no es una condición permanente, puesto que la misma, por razones lógicas, tiende a variar debido a los cambios tanto de tiempo como de espacio.

⁴⁴ Gonzales Solano, *Principios de Metodología Jurídica*, 28.

Dentro de estos dos aspectos, las relaciones circunstanciales obedecen siempre a la evolución del pensamiento, que depende exclusivamente del cambio constante de condiciones y realidad.

Lo que, consecuentemente, nos ubica en el cuarto principio de interpretación que se refiere, a la imposibilidad de una única y verdadera interpretación jurídica. El aspecto medular de los conceptos jurídicos indeterminados está en franca relación con la imposibilidad de lograr un consenso sobre la verdadera aplicación y significado de la exégesis que al respecto de un concepto jurídico indeterminado se pueda hacer.

Ese impedimento técnico al que me refiero, es consecuencia de la confluencia de tres tipos de circunstancias que escapan a cualquier control técnico-jurídico, como son: las expresiones de origen dogmático, los valores morales y las valoraciones que de los mismos se pueda hacer, y las expresiones relacionadas a las circunstancias sociales, culturales e incluso históricas que surgen del interno del conglomerado social.

Lo que, definitivamente, hace que los conceptos jurídicos indeterminados, giren alrededor de los valores personales y de la perspectiva tanto social como jurídica que tiene quien los formula y que pretende su vigencia y aplicación.

Finalmente, el principio de la selección de la interpretación jurídica, nos lleva a la autonomía que tiene una persona para poder elegir o no una u otra interpretación que alrededor de un concepto jurídico exista. En base a esta libre elección se enfocará la aplicación o crítica posterior que puedan hacer tanto los juristas como la misma doctrina.

Como podemos ver, los conceptos jurídicos indeterminados, cualesquiera que estos sean, provocan imprecisión y falta de consensos.

3. La sana crítica como concepto jurídico indeterminado

Una vez que se ha analizado y aclarado lo referente a los conceptos jurídicos indeterminados, es imperante relacionar esta explicación con la sana crítica, entendida como el medio que otorga el Código Orgánico General de Procesos al administrador de justicia para aceptar o negar una solicitud de prueba nueva.

Una de las más patentes muestras de la pretenciosidad del lenguaje jurídico es, sin duda, la recurrente apelación a la existencia de conceptos jurídicos indeterminados, no tanto por lo que la misma pudiera tener de descripción inexacta del derecho vigente, sino por la connotación ocasional que implícitamente acompaña en la generalidad de las ocasiones a su reconocimiento. Con ella vienen los juristas a asumir la imposibilidad de

encontrar en los enunciados que incorporan conceptos jurídicos indeterminados una solución automática para los supuestos de hecho relevantes en el mundo del derecho. Se supone así que cuando nos encontramos frente a uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, debemos efectuar un esfuerzo adicional al normalmente exigible, o en su caso apelar a una instancia superior, con vistas a solucionar la indeterminación semántica, esto es, a hacer que el concepto en cuestión resulte convenientemente determinado, siquiera se produzca la apuntada solución en un momento lógicamente ulterior a la emisión del enunciado en cuestión.⁴⁵

Después de desentrañar y entender el incierto origen de la sana crítica como figura jurídica, y el significado de los conceptos jurídicos indeterminados, se debe realizar una relación que permita determinar por qué la sana crítica debe ser considerada un concepto jurídico indeterminado, y por tanto no confiable.

Lo anterior, nos lleva a la existencia de una disparidad de criterios relativos a la eficacia y aplicación de la sana crítica, ratificando su discrecionalidad. Este particular se puede manifestar en menor o mayor grado, dependiendo de los procesos intrínsecos que cada administrador de justicia, o litigante pueda realizar, y de su capacidad de razonamiento y análisis. Más aún si alrededor de la sana crítica ronda una incertidumbre legal, que concluye que sus reglas, y por tanto la misma sana crítica, no se encuentran determinadas objetivamente en un cuerpo normativo expreso.

Al respecto la Resolución N° 505-09 del 20 de febrero de 2009, dentro del juicio N° 41-07, de la Corte Nacional de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, se manifiesta de la siguiente manera:

[...] esta Sala considera necesario señalar que el sistema procesal ecuatoriano, funda la valoración de la prueba en las reglas de la sana crítica, sin que exista norma legal que taxativamente señale cuáles son dichas reglas, debiendo el juzgador analizar las pruebas aportadas por las partes, aplicando su conocimiento y el consejo de la experiencia, en un proceso lógico - jurídico que forme su convicción, la que en forma motivada deberá expresar en su sentencia [...].⁴⁶

De lo anterior se desprende que la sana crítica, como facultad del administrador de justicia, impide la orientación eficaz del juez al momento de aceptar o no una solicitud de prueba nueva. La figura legal de la sana crítica, irónicamente (como queda demostrado en la cita anterior), no tiene asidero jurídico que la enmarque dentro del principio de legalidad, que implica que las acciones del juzgador deben

⁴⁵ Ignacio Ara Pinilla, “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, *Anuario de filosofía del Derecho*, ISSN 0518-0872, N° 21 (2004), 109, en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1217046.pdf>.

⁴⁶ Ecuador, Corte Nacional de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social “Resolución” N.º 505-09, en Juicio N.- 41-07, 20 de febrero de 2009.

obligatoriamente ejecutarse acorde a la ley vigente. En el caso de la sana crítica, resulta prácticamente imposible, puesto que lo único que la sustenta, como ya se ha manifestado, son las opiniones y criterios que a su alrededor se han realizado.

Empero, si la normativa afirma que el administrador de justicia acudirá a su sana crítica para aceptar o no la solicitud de prueba nueva, estaríamos frente a una dicotomía jurídica, ya que, por un lado, se afirma que el juez debe cumplir con lo dispuesto por la ley, pero, por otro lado, que la sana crítica, en la práctica, no es fiable.

A la par, no podemos olvidar que los conceptos jurídicos indeterminados, son elementos que por su naturaleza no están contenidos en una norma como son, la buena fe, la diligencia, la moral, las buenas costumbres, el interés social, y más similares. Son valores cuya única forma de explicarse y aplicarse es la abstracta, por el simple hecho que no existe ninguna normativa comprobada que explique la forma tanto de aplicar como de cuantificar y por lo tanto calificar su correcto desempeño.

A pesar de lo expuesto, como se mencionó en los acápites anteriores, los conceptos jurídicos indeterminados forman parte de la normativa jurídica, de su estructura integral. En el caso muy particular de la sana crítica, que es la que nos compete en esta investigación, no puede ser relevante en el proceso en el que el juez decida o no aceptar una solicitud de prueba nueva.

La sana crítica, a más de ser un concepto abstracto, depende de otros conceptos de similares características, lo que inevitablemente impide que a su alrededor se puedan formular cuantificaciones o determinaciones exactas. Esto, debido básicamente a que lo que determina como actúa una persona, no es solo su carácter, sino también la situación en la que se encuentra. De allí que, a más de lo abstracto del concepto, contribuye para tal afirmación quien la aplique y bajo qué circunstancias lo haga.

Jaime Guasp, se pronuncia al respecto claramente cuando afirma: “Se trata de criterios normativos (reglas pero no jurídicas), que sirven al hombre normal, en una actitud prudente y objetiva (sana), para emitir un juicio de valor (estimar, apreciar; criticar), acerca de una cierta realidad”.⁴⁷

La afirmación de Guasp corrobora el hecho que la sana crítica constituye un concepto jurídico indeterminado. Las reglas que la conforman no pueden de ser normadas dentro de una convivencia social, y tampoco pueden ser estandarizadas para emitir juicios de valor.

⁴⁷ Guasp, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil Española*, 647.

En la afirmación de Guasp, se manifiesta que la sana crítica son criterios normativos que sirven para el hombre normal. Esa *normalidad* a la que se refiere Guasp profundiza aún más lo afirmado. La lógica como regla de la sana crítica podría ser considerada efectiva, pero eso dependerá del razonamiento que el juzgador realice.

En relación con lo anterior, cabe destacar la afirmación que hace Gregorio Fingermann al referirse a la lógica: “La ciencia de las leyes y de las formas del pensamiento, que nos da normas para la investigación científica y nos *suministra un criterio de verdad*”.⁴⁸

Martha Noya afirma:

[...] la “sana crítica del juez”, [...] presenta debilidades en su aplicación. Desde una perspectiva feminista, encuentra su principal límite en que el juzgador o juzgadora, al estar impregnado/a de una ideología patriarcal y androcéntrica, al momento de realizar la valoración de la prueba antepone esta ideología, emitiendo en sus fallos criterios cargados de prejuicios y subvaloración de la mujer, manteniendo jerarquías patriarcales [...].⁴⁹

Es decir, la valoración de la prueba tiene que ser igual, sin importar si quien la efectúe sea hombre o mujer. Pero, qué pasa cuando en el sistema procesal existen administradores de justicia y profesionales en el libre ejercicio que están impregnados de prejuicios. Se podría afirmar, que sus razonamientos no devienen de un proceso lógico que garantice que los mismos tendrán una aplicación ecuánime y objetiva, al aceptar o no la solicitud de prueba nueva.

Al respecto de lo manifestado, Lyda García y Máximo Vicuña de la Rosa, afirman acertadamente que: “el 75 % de los jueces y el 75 % de los abogados litigantes siempre utilizan la lógica [...]”.⁵⁰

Es decir, la lógica (ni los conocimientos científicos ni las reglas de la experiencia) como requisito *sine qua non* dentro de los elementos de la sana crítica, no goza de la misma apreciación e interpretación en todas las personas, lo que evidentemente la hace vulnerable. Por consiguiente la lógica incrementa la debilidad de la sana crítica y ratifica su indeterminación.

⁴⁸ Gregorio Fingermann, *Lógica y teoría del conocimiento* (México: El Ateneo, 1997)10, en: file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/logica.pdf. Énfasis Añadido.

⁴⁹ Martha Noya, “La Sana crítica del juez, insana para el ejercicio de los derechos de las mujeres”, *Tinkazos, Revista Boliviana de Ciencias Sociales*, núm. 39 (2016) 8, en: <http://www.redalyc.org/pdf/4261/426146435005.pdf>.

⁵⁰ Lyda Fabiola García García, y Máximo Vicuña de la Rosa, “Elementos de la Sana Crítica en el proceso civil”, *Revista Scielo* (2014), 51 en: <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n26/n26a04.pdf>.

De lo explicado anteriormente, se puede concluir que la indeterminación conceptual de la sana crítica, tiene su fuente, aparte de su primigenio origen, en las conceptualizaciones de las reglas que la conforman. La doctrina difiere al momento de otorgarle un concepto unívoco y objetivo que permita de alguna manera entender y aceptar ampliamente su rango de acción y aplicación.

La sinapsis existente entre la lógica, los conocimientos científicos y las reglas de la experiencia, al ser meramente idealista y depender de concepciones personales, hacen que la sana crítica como recurso del juez, sea evidentemente cuestionado. Por tanto, se manifiestan de manera evidente las falencias que esas reglas presentan, pues al ser indeterminadas las reglas en las que se fundamenta, más indeterminada aún es la figura que la conforma.

En plena relación con lo anterior está la afirmación de Coloma Correa:

En pocas palabras, que el legislador diga que los jueces deben someterse a los principios de la lógica, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicamente afianzados, deja abierto un abanico amplio de posibilidades en el contexto de la determinación de lo que debe darse por probado en un juicio [...] De esta manera, las expectativas que tienen los juristas sobre la SC [sana crítica] suelen verse frustradas ante la constatación de que no estamos siendo capaces de ir más allá de lo que nos ofrece ese modo de pensar que llamamos cultura, a los efectos de domesticar el pasado que se discute en los juicios.⁵¹

Para finalizar, la indeterminación conceptual de la sana crítica a la que hacemos referencia, va de la mano con la capacidad y el estado de la mente del juez. Al existir una evidente carencia de lenguaje conceptual alrededor de la sana crítica, conlleva inminentemente a una imposibilidad comunicativa. El proceso mental que se desarrolla a su alrededor tiene implicaciones de índole psicológico que por su naturaleza misma escapa del control doctrinario, y discrepa con las ponencias teorizantes de los tratadistas del Derecho.

La siguiente afirmación, bien vale la pena mencionar:

[...] pues la conducta a más de alcanzar los actos de un individuo, está relacionada lógicamente con sus pensamientos, sentimientos, percepciones, y demás emociones y sensaciones, procesos que inevitablemente se desarrollan al interior de la mente de cada persona, por lo tanto, incumbe al derecho tener pleno dominio sobre este campo, más aún si se considera lo que en los últimos años se ha ignorado, es decir, que la conducta humana de un administrador de justicia, bien podría estar influyendo

⁵¹ Coloma Correa, "Fragmentos de un imaginario judicial de la sana crítica", 3.

negativamente cuando aquel acuda al sistema de valoración de prueba conocido como sana crítica.⁵²

El complemento final, para que la sana crítica encaje perfectamente en el campo de los conceptos jurídicos indeterminados, lo constituye, como se dijo, su análisis desde el punto de vista de la psicología. Esta ciencia se concentra en el estudio de los distintos procesos mentales y de los fenómenos que tienen relación con el comportamiento humano individual íntimo de las personas.

El Derecho no puede dar ninguna garantía de que la sana crítica del administrador de justicia sea saludable e invulnerable y, demostrar aquello fehacientemente, es una afirmación idealista, para nada objetiva. El Derecho no puede describir normativamente los requisitos que puedan determinar la sana crítica, debido a que las conductas y las emociones de las personas escapan de su control.

Intentar *uniformidad de criterios* en torno a la aplicación de la sana crítica resulta una tarea infructuosa. Ha de considerarse que el comportamiento y las emociones de las personas pueden verse influenciados directamente por el medio social en el que se desenvuelven, y las distintas circunstancias que pudieran estar atravesando, en un determinado momento.

⁵² Antonieta Quelal, “La Aplicación de la sana crítica para resolver sobre la prueba nueva a partir de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos” (Monografía, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador Quito.2018), 36.

Capítulo segundo

La sana crítica en el artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos

Una vez que en el capítulo anterior se ha desentrañado y revelado detalladamente el problema que involucra que la sana crítica sea un concepto jurídico indeterminado, es el momento de pasar a exponer el nexo causal que erróneamente el legislador le ha otorgado a la sana crítica con relación a la aceptación o no de la solicitud de la prueba nueva en el Código Orgánico General de Procesos. Para el efecto, partiré abordando primeramente lo relacionado a la prueba nueva.

1. ¿Qué es la prueba nueva, y cómo debe presentarse?

Como preludio para abordar este tema, constituye un punto importante abordar de manera rápida lo relacionado a la prueba en general.

En este sentido se debe tener claro que la prueba en Derecho, constituye todo motivo o razón que las partes aportan dentro de un determinado proceso, ya sea de cargo como de descargo, que apegados tanto a los medios como a los procedimientos legales preestablecidos, tienen como única finalidad, conducir al juez a la certidumbre sobre la seguridad de los hechos puestos en su conocimiento.

Al respecto de la prueba, la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (LEC), manifiesta lo siguiente: “La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso”.⁵³

El tratadista Manuel Borja, al respecto afirma: “Las pruebas, como medios, llevan a conformar razones, motivos, que son argumentos si sirven para establecer la posibilidad de un hecho para que se pueda creerlo, si se trata de demostrar para corroborarlo o confirmarlo”.⁵⁴

Guillermo Cabanellas, con relación a la prueba, se pronuncia de la siguiente manera: “Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho”.⁵⁵ Mientras que Michele Taruffo al respecto de la prueba afirma: “elemento de confirmación de consideraciones referidas a aserciones sobre

⁵³ España, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, ley 1/2000, de 7 de enero de 2018, Art.281.

⁵⁴ Manuel Borja, *La prueba en el Derecho Colombiano* (Bucaramanga: Editorial, Bucaramanga 2000), 20.

⁵⁵ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (Argentina: Heliasta, 2006) 392.

hechos, o bien como premisa de inferencias dirigidas a fundamentar conclusiones consistentes en aserciones sobre hechos”.⁵⁶

Con respecto a la prueba, Ángel Vicente Illescas Rus sostiene:

Con el término «prueba» se designa una pluralidad de realidades. Hay conceptos estáticos como los de fuente de prueba y resultado de la prueba y dinámicos como los de medio de prueba o actividad probatoria. Todos ellos participan de un sustrato común: la acción y el efecto de constatar, hacer patente o verificar alguna cosa. No obstante, es en punto a determinar qué sea aquello cuya exactitud deba ser comprobada o justificada donde comienzan a surgir las discrepancias.⁵⁷

Se podría decir, que, cuando Taruffo menciona a la prueba como un elemento de confirmación de conclusiones referidas a aserciones sobre hechos, básicamente se refiere al hecho de que aquella dentro del ámbito jurídico es el único medio mediante el cual el juzgador encontrará asidero para aclarar sus dudas respecto de las alegaciones o pretensiones de las partes dentro del proceso. En la misma línea se manifiestan las conceptualizaciones tanto de Cabanellas como de Illescas Rus. El único objetivo que la prueba mantiene es la comprobación de los hechos sometidos a conocimiento del juez, y para demostrar esos hechos, la prueba debe por mandato legal, apegarse a lineamientos establecidos con anterioridad en la ley.

De igual manera, Sentis Melendo, se refiere a la prueba en los siguientes términos: “La palabra prueba, deriva del término latín probatio o probationis, que a su vez procede del vocablo probus que significa: bueno, por tanto lo que resulta probado es bueno y se ajusta a la realidad; de lo que se infiere, que probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa”.⁵⁸

Del concepto anterior, se puede observar que Sentis Melendo, le da aún más relevancia dentro del ámbito procesal a la prueba. Para el efecto, le otorga de dos condiciones, la primera, es que la prueba obligatoriamente debe ser *buen*a, es decir, las pruebas que las partes deben presentar ante al juez deben ajustarse a la normativa establecida. Lo anterior se ajusta a lo exigido respecto de la prueba por la legislación ecuatoriana, cuando la Constitución de la República del Ecuador manifiesta en el

⁵⁶ Michele Taruffo, *La Prueba de los Hechos*, trad. Ferrer Beltrán (Madrid: Trota 2002), 327.

⁵⁷ Ángel Vicente Illescas Rus, “La Prueba en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y su Repercusión en los Procesos del Automóvil,”(ponencia del Congreso Constituyente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros),4, en: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon5.pdf>.

⁵⁸ Santiago Sentis Melendo, *Qué es la Prueba* (Naturaleza de la prueba) Revista Derecho Procesal Iberoamericana, N.-2 1973, en: <http://www.academiadederecho.org>.

numeral 4 del artículo 76 lo siguiente: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”.⁵⁹

Dentro de esta primera condición, Sentis Melendo no solo que se refiere a que la prueba debe apegarse a la normativa vigente. Sino que también, esa condición de buena, debe ser catalogada como útil dentro del proceso, es decir, su contenido debe aportar de manera directa a la resolución del conflicto. Por tanto, una prueba mala no solo que sería aquella que vulnera lo establecido por la ley, sino que también sería inútil porque su contenido no se relaciona directamente con el proceso, o su contenido no aporta cosas útiles.

La segunda condición a la que se refiere Sentis Melendo, está relacionada con el hecho de que la prueba presentada, debe obligatoriamente ajustarse a la realidad de los hechos. Es decir, una prueba que pretenda tergiversar la realidad en torno a la cual gira una determinada pretensión, naturalmente que no será buena, su eficacia probatoria será cuestionada y por tanto carecerá de validez procesal.

La normativa constitucional citada parte de la premisa que la prueba contiene la obligación intrínseca que existe en la solidaridad y ética de las partes que la proponen para la obtención de la verdad. Por lo tanto, si una de las partes oculta una prueba o pretende de alguna manera hacerlo de mala fe, directamente infringirá la autenticidad del proceso. Es deber de las partes, al momento de presentar una prueba, no contar una *verdad a medias*, por tanto en este sentido las acciones u omisiones con miras a favorecer sus intereses es una transgresión a la normativa constitucional.

Pretender presentar una *verdad a medias* con miras a sacar ventaja, inevitablemente, conlleva la vulneración de la buena fe, y la normativa citada está en contra de aquello. La prueba bajo ninguna circunstancia debe alejarse del principio de la igualdad de condiciones que deben tener las partes en la causa. Es lo que les permite, por así decirlo, tener una *pelea limpia*, que garanticen el derecho a la contradicción y por ende la anhelada imparcialidad judicial. Es por tanto, que la disposición de la normativa constitucional citada en los párrafos anteriores, obliga que el proceso en lo relacionado a la prueba, siga un lineamiento que le otorgue legalidad y que lo aleje del aspecto especulativo. Para el efecto, también encuentra apoyo en lo dispuesto en el artículo 158 y siguientes del Código Orgánico General de Proceso, que nos otorga los

⁵⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, RO 449, 20 de octubre 2008. Art. 76.

lineamientos precisos sobre los cuales se debe enmarcar la prueba para que tenga validez jurídica.

El artículo 158 *ibíd.*, se correlaciona con la disposición del artículo 27 del Código Orgánico de la función judicial, que habla sobre el principio de la verdad procesal: “Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes.”⁶⁰ Es decir, esa disposición encuentra sustento en los cuando los principios, leyes, y práctica de las pruebas presentadas siguen los lineamientos preestablecidos para el efecto.

Respecto de la verdad procesal, Ramiro Estrada Proaño se manifiesta en los siguientes términos: “La verdad procesal es una conclusión derivada del proceso judicial dialéctico de tesis y antítesis y que está apoyada en un sistema probatorio. El juez escucha los argumentos y los contrasta con las pruebas para alcanzar la verdad procesal”.⁶¹

Como podemos ver, la normativa contenida en la disposición constitucional ecuatoriana del numeral 4 del artículo 76 no se encuentra aislada, y está sustentada en otras disposiciones que le otorgan un apoyo complementario, como es el caso del artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, que manifiesta: “La persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, excepto en los casos en que se invierte la carga de la prueba. La recepción de pruebas se hará únicamente en audiencia y la jueza o juez sólo podrá negarla cuando la haya calificado de inconstitucional o impertinente”.

No se puede descartar un factor determinante, en torno al cual gira cualquier tipo de prueba, es aquel al que se refiere acertadamente Juan Carlos Cabrera Zegovia, cuando manifiesta que: “hay que verificar la exactitud de la afirmación formulada[...]”.⁶²

Es decir, cualquier prueba que se presente ante el juez, debe estar orientada exclusivamente a demostrar de manera inequívoca lo que su contenido afirma. Lo que pretende explicar la prueba debe estar en franca concordancia con la realidad, en torno a la cual giran los acontecimientos sobre los cuales se trata en el proceso.

⁶⁰ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, RO 244 del 9 de marzo del 2009, 27.

⁶¹ Ramiro Estrada Proaño, “Verdad histórica y verdad procesal” *Iuris Dictio*, 2017: 102, en: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/download/904/1128/#:~:text=Un%20tipo%20de%20verdad%20que,es%20decir%2C%20la%20verdad%20procesal>.

⁶² Juan Carlos Cabrera Segovia, Algunos apuntes Doctrinarios sobre la prueba y la prueba prohibida, *Revista Derecho y Cambio social*, 2, en: <https://www.derechocambiosocial.com/revista004/probanza.htm>.

Para Couture, la prueba es:

La acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación. La prueba es, en todo caso, una experiencia, una operación, un ensayo, dirigido a hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición. En ciencia es tanto la operación tendiente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma.⁶³

Como se puede deducir, la prueba, es todo recurso que aportan las partes y ponen a disposición del administrador de justicia. Estos recursos están orientados para que el juez pueda alcanzar una convicción inequívoca, con respecto a las pretensiones o descargos de las partes dentro del proceso, siempre y cuando las mismas estén apegadas a la normativa jurídica que las regula. Particular que es de relevancia, para que esa prueba este enmarcada en la normativa jurídica.

La prueba, es sin duda el punto substancial, en torno al cual gira el Derecho, si no hay prueba prácticamente, no podría haber litigio, aún a pesar de que existan pretensiones o descargos, ya que no podrán ser demostradas. La afirmación de Fernando Flores García encaja con lo manifestado, cuando dice: “El interés relevante del tema deriva de su función lógica y práctica que le convierte en un quehacer indispensable dentro del proceso, ya del tipo jurisdiccional, ya de otras heterocomposiciones como las que se realiza en el área administrativa”.⁶⁴

Por otro lado, Jeremías Bentham, se refiere a la prueba en los siguientes términos: "un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho".⁶⁵

El concepto que otorga Bentham, es el más sencillo, pero irónicamente es el más completo a la vez, sobre lo que se puede afirmar acerca de la prueba en general. Los hechos supuestamente verdaderos que alegan tanto el actor como el demandado, deben tener veracidad. Para aquello, esos hechos deben estar respaldados por cualquier tipo de prueba (nueva) que corroboren su existencia. Es por tanto que la prueba, no se limita únicamente a la presentación *vacía* de argumentos, sino que los mismos deben gozar de la credibilidad jurídico-técnica para que sean avalados y considerados en el proceso.

⁶³ Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal* (Buenos Aires: Depalma, 1973), 215.

⁶⁴ Fernando Flores García, “Elementos de la prueba”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, biblioteca Jurid512, En: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx>.

⁶⁵ Jeremías Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales* (Buenos Aires: Edit. Ejea, 1959), tomo I, 21.

Una vez que se tiene claro cuál es el propósito de la prueba en general, abordaré de manera complementaria, rápidamente lo relacionado a la prueba nueva como tal.

Para el efecto, partiré indicando lo que al respecto dice la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (LEC), que no contempla el término de *prueba nueva*, sino que en su lugar se refiere como *hechos nuevos o nueva noticia*, y respecto de los mismos manifiesta lo siguiente:

Hechos nuevos o de nueva noticia. Prueba. 1. Si precluidos los actos de alegación previstos en esta Ley y antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito, las partes podrán hacer valer ese hecho, alegándolo de inmediato por medio de escrito, [...] salvo que la alegación pudiera hacerse en el acto del juicio o vista. [...] 3. Si el hecho nuevo o de nueva noticia no fuese reconocido como cierto, se propondrá y se practicará la prueba pertinente y útil del modo previsto en esta Ley [...].⁶⁶

En la legislación ecuatoriana, la prueba nueva se estipula en el contenido del Código Orgánico General de Procesos, y que al igual que Ley de Enjuiciamiento Civil Española (LEC), tampoco la contempla como prueba, sino que en su lugar, le da el termino de *prueba no anunciada*, y al respecto dispone: “Se podrá solicitar prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio 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”.⁶⁷

De lo visto en los párrafos anteriores, se puede afirmar, que la prueba nueva se manifiesta, cuando las partes por situaciones no consideradas y que escapan de sus manos, no pueden anunciar a tiempo las pruebas que ayudarían en sus pretensiones o que brindarían descargo de las acusaciones. Por tanto, la normativa otorga una *posibilidad adicional* de presentar a consideración del juez aquellas pruebas *nuevas* que consideren pertinentes siempre y cuando estén apegadas a Derecho.

La afirmación anterior, está en armonía con lo que al respecto de la prueba nueva manifiesta Carlos Ramírez Romero, y se apega a lo mencionado, cuando afirma que: “prueba nueva es aquella que no ha sido anunciada o no ha podido ser anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la

⁶⁶ España, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, ley 1/2000, de 7 de enero de 2018, Art.286.

⁶⁷ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 517, 26 de junio 2019, Art. 166.

reconvención, porque no fue de conocimiento de la parte o habiéndola conocido, no pudo disponer de la misma”.⁶⁸

Por su parte Carnelutti, hace referencia a la prueba nueva, cuando afirma que: “cuantas veces el hecho que hay que valorar, no esté presente, el juez tiene que servirse de otros objetos, (prueba nueva), que le permitan conocer el hecho ausente”.⁶⁹

Cuando Carnelutti, menciona a *otros objetos*, claramente alude a la prueba nueva como un medio adicional que debe ser considerado por el administrador de justicia, para permitirle llegar al convencimiento de los hechos. Por tanto, con la posibilidad de introducción de la prueba nueva, el juzgador puede tener un medio adicional de apoyo que le permitirá llegar a la verdad ya sea de las pretensiones del actor, o del descargo de aquellas por el demandado.

Empero, esos *otros objetos* a los que se refiere Carnelutti, no pueden ser presentados con la única finalidad de dilatar el proceso, o de inducir al juez al error judicial. Por lo tanto, deberán tener un sustento técnico que aporte a su finalidad jurídica, y deben relacionarse directa y obligatoriamente con los hechos tratados en el litigio.

Es decir, la prueba nueva, no por el hecho de ser *extemporánea*, está exenta de su licitud. Sin embargo, no escapa al principio general de toda prueba, que habla de que aquella será obtenida de manera legal, con apego irrestricto al único objetivo que es el de la prueba misma y que se reduce a la obtención de la verdad procesal.

La Corte Suprema de Justicia colombiana, respecto de la prueba nueva se manifiesta de la siguiente manera: “La jurisprudencia de la Corte ha entendido tradicionalmente por prueba nueva todo instrumento o mecanismo probatorio que por cualquier causa no se incorporó al proceso”.⁷⁰

De lo anterior se puede ver que en la legislación citada, se considera prueba nueva a cualquier elemento que por causas ajenas no ha podido ser incorporada al proceso. Esos elementos, no dejan de ser relevantes, es decir el hecho de que la prueba nueva sea considerada como no anunciada, definitivamente no influye en su capacidad probatoria, mucho menos en su poder de demostración.

⁶⁸ Carlos Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba en el COGEP* (Quito: Corte Nacional De Justicia, 2017), 136.

⁶⁹ Francesco Carnelutti, *Institución del Proceso Civil* (Buenos Aires: Edit. Ejea, 1959), 257. Énfasis Añadido.

⁷⁰ Colombia, *Corte Suprema de Justicia*, Auto interlocutorio, dentro de la causa N.- 29626.

Serra Domínguez, al respecto de la finalidad de la prueba (nueva), acertadamente afirma:

El fin de la prueba (nueva) consiste en acercarse lo más posible a la realidad de los hechos. Ciertamente lo que interesa del proceso es que las afirmaciones de las partes, concordes o no con la realidad, sean declaradas probadas positiva o negativamente. Pero ello no quiere decir que el proceso debe entenderse aislado de la realidad precisamente una de las funciones de la prueba es la de lograr la traslación de los hechos de la realidad del proceso.⁷¹

Siguiendo el lineamiento de la prueba nueva, en la legislación ecuatoriana, existe la posibilidad de presentar prueba no anunciada ya sea por parte del actor o del demandado en cualquier momento posterior, tanto a la presentación de la demanda o su reconvencción. También se la podrá presentar en la contestación de la demanda o la contestación de la reconvencción, tal como lo dispone el mismo contenido del artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos. En todo caso, en cualquiera de las dos circunstancias deberá ser hasta antes de la audiencia respectiva. “Se podrá solicitar prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio o única [...]”⁷²

Si se procede a analizar el contenido íntegro del artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos, se puede deducir que esa *extraordinaria oportunidad* de presentar una prueba nueva, debe estar apegada a determinados lineamientos y parámetros preestablecidos por el mismo cuerpo legal, que a continuación se procede a analizar.

El primer lineamiento exige, que para pretender proponer prueba nueva por una de las partes, primeramente se debe considerar que la prueba no haya sido anunciada de manera oportuna por cualquiera de las dos partes dentro del litigio, ya sea dentro de la demanda, o su contestación, reconvencción o contestación de esta.

Un segundo parámetro, está en franca relación con el anterior, y está dado por la exigencia que aquella prueba nueva únicamente puede ser presentada hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio o única. Esto, debido a que básicamente, lo que se pretende es garantizar el principio de contradicción de la prueba.

⁷¹ Serra Domínguez, citado en Marco Terán Luque, El Debido Proceso legal, *La Prueba Ilícita*, 2005, 1, en: <https://www.derechoecuador.com/la-prueba-ilicita>.

⁷² Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 517, 26 de junio 2019, Art.166.

Al respecto, del principio de contradicción, la Corte Constitucional ecuatoriana, se manifiesta de la siguiente manera:

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

De la norma recurrida se refleja la limitación del derecho de contradicción de las pruebas documentales, y por consecuencia se vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva antes referida, y al debido proceso [...] ⁷³

El principio de contradicción es inherente al debido proceso, de la prueba que se presente la parte contra quien se la hace no puede ser desconocida. Es decir, el juez como garantista de los derechos constitucionales de las partes en conflicto, mediante la ejecución directa del derecho a la contradicción de las pruebas, otorga mayor solides al debido proceso. Particular que consigue su pináculo al momento de motivar su resolución.

De esta manera, el principio de contradicción se ejecuta conforme lo establecido en la disposición constitucional del artículo 76, en su numeral 7, literales c) y h), que manifiestan: “c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”. ⁷⁴

El tercer parámetro es el más relevante, y se relaciona plenamente con el anterior, pero a su vez se divide en dos aristas medulares. Según el artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos, una primera arista está dada por el hecho de que se debe evaluar que aquella prueba nueva no fue de conocimiento de la parte que la propone. Mientras que la segunda arista, se refiere al hecho de que la prueba nueva, aun habiendo conocido de su existencia, prácticamente se hizo imposible disponer de ella a tiempo.

Empero, a pesar de que cualquiera de las partes procesales puedan justificar acertadamente lo exigido por parte del mismo Código Orgánico General de Procesos, la

⁷³ Ecuador, Corte Constitucional para el Período de Transición, “Sentencia” No. 031-10-SCN-CC, en casos acumulados: 004-10-CN, 0045-10-CN, 0046-10-CN, y 0047-10-CN, de 2 de diciembre de 2010, en Registro Oficial, Suplemento No. 372, de 27 de enero de 2011, 16.

⁷⁴ Ecuador, *Constitución*, RO 449 del 20 de octubre de 2008, 76.

aceptación de la solicitud de la prueba nueva no está garantizada en su totalidad, particular que para efectos de esta investigación lo abordaremos más adelante.

Naturalmente que la prueba nueva, al igual que la prueba en general, comprende una amplia variedad. Es decir, bien puede dentro de un mismo litigio existir prueba nueva documental o testimonial o incluso pericial, por tanto, deberá ser individualizada.

Lo anterior guarda armonía con lo que dispone el artículo 199 del Código Orgánico General de Procesos sobre la indivisibilidad de la prueba. La individualización a la que me refiero, implica que se podrá proponer prueba nueva documental, o testimonial o pericial, pero bajo ninguna circunstancia se podrá considerar como una sola prueba nueva a la suma de todas ellas.

Es decir, cualquiera de las dos partes que presente la solicitud de prueba nueva, apegada desde luego a las exigencias que establece el Código Orgánico General de Procesos, lo hará de manera individualizada, más no en paquete. En otras palabras, deberán ser consideradas como distintas pruebas nuevas, aun cuando sean presentadas en conjunto por una sola de las partes.

Respecto de la contradicción, que por ley debe otorgar y tener la prueba nueva, Piero Calamandrei afirma claramente como aquella no escapa a los lineamientos que para el efecto existen para la prueba en general. Así manifiesta: “la prueba en sentido jurídico se dirige siempre a suscitar en la mente del juez una imagen, una representación de la existencia o del modo de ser de hechos concretos, esto es, de sucesos singulares de la vida, que han tenido o tienen existencia en el tiempo y en el espacio [...]”.⁷⁵

Lo afirmado por Calamandrei, confirma el hecho de que la prueba nueva naturalmente no escapa al principio de contradicción, caso contrario perdería su naturaleza como prueba.

El derecho a la contradicción, que de la prueba nueva tienen las partes dentro de un litigio, constituye un medio de verificación, de que sus alegaciones u objeciones son ciertas. Las pretensiones que las partes intenten alcanzar dentro del proceso, mediante la prueba nueva aportada, dependen exclusivamente de la capacidad de contradecirlas.

Por lo tanto, la prueba nueva, constituye un medio complementario (cuando el caso lo amerita) para dar mayor validez a las pretensiones o descargos de las partes dentro del litigio. De la capacidad de contradicción que ofrezca la prueba nueva, se podrá dar una mayor o menor credibilidad de los hechos ante el juzgador. Es decir, si la

⁷⁵ Piero Calamandrei, *Estudio sobre el Proceso*, trad. Santiago Sentis Melendo (Buenos Aires: Bibliográficas Argentina, 1961), 378.

prueba como tal, en una primera etapa está orientada a la averiguación de las pretensiones o descargos de las partes, la prueba nueva y la contradicción que de ella se derive está dirigida a reforzar aún más mediante la comprobación la veracidad de los hechos sometidos al conocimiento del juez.

Se puede afirmar, que el derecho a probar, es inherente al derecho de contradecir, no puede existir el uno sin el otro. Es una relación simbiótica, en torno a la cual gira el Derecho. Lo afirmado anteriormente, Hernando Devis Echandía, lo manifiesta de manera más contundente cuando dice: “Hay un derecho abstracto a probar, esto es, a llevar o a pedir las pruebas en el supuesto de llegar a ser parte en un proceso por el ejercicio de los derechos abstractos de acción y contradicción, derecho que es inseparable de éstos [...]”.⁷⁶

Adicionalmente, no se puede dejar de mencionar, que a pesar de lo expuesto, la prueba nueva como tal, al igual que la prueba en general, no puede versar sobre hechos inverosímiles e imposibles de demostrar físicamente o intangibles. En este sentido, el principio de contradicción estaría imposibilitado de ejecutarse, y la prueba nueva perdería su capacidad probatoria. Al respecto Miguel Fenech explica: “La imposibilidad puede ser metafísica, física o natural, y ordinaria o común. La primera consiste en que el hecho se oponga al principio de contradicción, sea porque sus diversos elementos constitutivos se excluyan entre sí, o porque la causa que se le imputa lo excluya radicalmente”.⁷⁷

Por tanto, la prueba nueva planteada, debe guardar correlación directa con los hechos alegados por la parte que pretende su aceptación. El defensor técnico no puede solicitar prueba nueva de cosas legalmente inverosímiles, y por tanto imposibles de contradecir. De lo contrario, se vulneraría disposiciones constitucionales superiores que hablan sobre la igualdad de las partes dentro del proceso, y que las pruebas no pueden ser obtenidas con violación a la Constitución misma y a la ley.

Sin embargo, al ser aceptada la solicitud de prueba nueva en el litigio, la contradicción dependerá exclusivamente de la destreza del asesor jurídico-técnico. Devis Echandía, lo explica de la siguiente manera: “La contradicción adecuada se cumple otorgándole a las partes la oportunidad procesal para ejercitarla, pero en la

⁷⁶ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial* (Buenos Aires: Víctor de Zavalia), 261.

⁷⁷ Miguel Fenech, *Derecho Procesal Penal* (Barcelona: Edit. Labor, 1960), 594.

práctica su eficacia depende de la actividad e inteligencia de aquéllos o de sus apoderados”.⁷⁸

Sin embargo, como se mencionó, puede darse el caso de que se pretenda presentar como prueba nueva, hechos inverosímiles o físicamente imposibles de probar y por tanto de contradecir. En cuyo circunstancia, se debe ser enfático en señalar que al respecto el conocimiento privado del juez no constituye un medio de esa prueba nueva, porque no puede ni debe fundamentar su decisión en sus conocimientos personales y/o extraprocesales, que al respecto de esos hechos inverosímiles pueda tenerlos. Dicho de otra manera: “su desconocimiento implica la violación de la imparcialidad necesaria en el funcionario, de la contradicción indispensable en la prueba, y de la igualdad de oportunidades y derechos de las partes en el derecho probatorio”.⁷⁹

Es decir, el juzgador no puede dar validez a un hipotético hecho inverosímil, presentado por una de las partes, basado únicamente en su experiencia respecto de aquello.

Por lo tanto, se puede afirmar que el principio de contradicción de la prueba en general, y que lógicamente contempla también a la prueba nueva, se constituye en un eje fundamental dentro del desarrollo del proceso. Su ejecución está orientada a que las partes cuenten con las mismas posibilidades, en igualdad de condiciones, de ser escuchadas por el juez para formular su defensa, que incluye la capacidad de objetar la prueba nueva presentada por la contra parte.

Con respecto a lo anterior, la Corte Constitucional del Ecuador manifiesta: “El derecho a la defensa [...] forma parte de las garantías básicas del derecho al debido proceso. El derecho a la defensa se basa en la igualdad procesal en virtud de la cual las partes intervinientes en un proceso deben estar en igualdad de condiciones ante la administración de justicia”.⁸⁰

A la par, la Constitución de la República del Ecuador dispone: “Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”.⁸¹

⁷⁸ Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 361.

⁷⁹ Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 560.

⁸⁰ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia” No. 016-13-SEP-CC, *caso 1000-12-EP*, 16 de mayo de 2013, 11.

⁸¹ Ecuador, *Constitución*, RO 449 del 20 de octubre de 2008, 76.

La disposición constitucional, está en plena concordancia con el pronunciamiento de la Corte. La igualdad de condiciones dentro del aspecto procesal a la que debe apegarse el juez, debe estar marcada por otorgar las mismas oportunidades tanto al actor como al demandado. Por tanto, replicar las pruebas presentadas por una de las partes, se constituye en la base misma de esta etapa procesal, por cuanto la contradicción, será el medio por el cual el juez pueda ir consolidando su criterio sobre el hecho controvertido puesto a su conocimiento.

Considerando el hecho de que la prueba nueva pueda ser considerada como *atrasada* en relación del tiempo, la presentación de su solicitud, bajo ninguna circunstancia quiere decir que será una especie de *sorpresa* para la parte contra quien se la propone. En este sentido, el juez en apego irrestricto a la disposición constitucional y al pronunciamiento de la Corte, como se menciona anteriormente, será el garantista del debido proceso. Y será quien evite la indefensión de una de las partes, otorgando el derecho a la contradicción, tomando en consideración que si se acepta o no la solicitud de prueba nueva, esa prueba nueva contenida en esta solicitud posteriormente deberá ser aceptada, admitida y valorada, conforme a los lineamientos que para el efecto ha establecido el Código Orgánico General de Procesos.

Al respecto, Nattan Nisimblat acertadamente afirma:

“Es aquí donde surgen los principios integradores. Decimos entonces: toda persona tiene derecho a conocer las actuaciones judiciales (publicidad), a conocer las alegaciones en su contra (nuevamente publicidad) y a controvertirlas (contradicción), a presentar pruebas que las desvirtúen (defensa) [...]”.⁸²

Toda persona tiene el derecho constitucional de refutar, ya sean los hechos o alegaciones que se presenten y formulen en su contra, sin embargo, también se puede debatir las decisiones judiciales, y cualquier tipo de acciones donde se produzcan en perjuicio de una de las partes dentro del proceso. De esta manera se puede expresar la plenitud en su máxima expresión del debido proceso. “[...] la contradicción hace parte inescindible del debido proceso. Un alegato incontrovertido, una prueba no conocida, [...] impiden la realización efectiva del derecho al debido proceso. Lo no controvertido no es pleno y solo aquello que sea pleno será objeto de debate”.⁸³

⁸² Nattan Nisimblat, *Los principios rectores del procedimiento y del proceso en Colombia*, 1, en: http://www.academia.edu/30498710/los_principios_rectores_del_procedimiento_y_del_proceso_en_colombia_Principles_of_Procedure_and_process_in_Colombia.

⁸³ Nattan Nisimblat, *Los principios rectores del procedimiento y del proceso en Colombia*, 16.

Como se manifiesta en la primera parte del contenido literal del artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos, la solicitud de prueba nueva(no anunciada) puede ser presentada por cualquiera de las dos partes dentro del litigio, en forma posterior a la presentación de la demanda, contestación de la misma, reconvencción o contestación a esta. Al igual que las otras presentadas en el momento procesal oportuno, debe ser evacuada en audiencia única, en los procesos de una sola audiencia, y en la audiencia de juicio en los procesos que contemplan dos fases.

Si nos direccionamos al contenido del artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos, cuando afirma: “Se podrá solicitar prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio o única [...]”.⁸⁴ Por lo tanto, en el caso de los procesos ordinarios, considerando el hecho de que la audiencia de juicio en estos deviene de una audiencia preliminar, la solicitud de prueba nueva será ventilada en esta instancia. Pero, en el caso de la audiencia única a la que se refiere el mismo Código Orgánico General de Procesos, y que se da en los procesos sumarios, monitorios, y ejecutivos, la solicitud de prueba nueva deberá ser resuelta hasta antes de la audiencia correspondiente. De esta manera, se cumple lo exigido en el contenido del artículo citado, para resolver sobre la aceptación o no de la solicitud de prueba nueva por cualquiera de las partes.

2.- La sana crítica en el artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos

Después de haber expuesto lo relacionado a la prueba nueva o prueba no anunciada, y para continuar con el desarrollo de la presente investigación, es relevante explicar cómo está concebida la sana crítica en el contenido literal del artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos y vislumbrar la orientación que el legislador le ha tratado de otorgar con respecto a la aceptación o no de la solicitud de una prueba nueva.

En este sentido, para efectos de esta investigación, será de importancia acudir rápidamente a los puntos de vista de otras personas (jueces) en las entrevistas realizadas, para revelar la disparidad de criterios que respecto de la sana crítica existen en este punto.

Pregunta 1 de la entrevista:

Para Usted ¿qué es la sana crítica?

⁸⁴ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 517, 26 de junio 2019, Art.166.

Jueza N.- 1, pregunta 1: “La sana crítica es el método de apreciación de la prueba [...] faculta al Juez, la apreciación de las pruebas, otorgándole libertad para examinarla, preferir aquellas que a su juicio tienen mayor credibilidad”.⁸⁵

Juez N.- 2, pregunta 1: “Son los juicios de valor que aplicaban los Jueces-Juezas para resolver un litigio civil, laboral, entre otros basado en sus conocimientos y experiencia [...]”.⁸⁶

Juez N.- 3, pregunta 1: “La sana crítica es considerada un sistema ecléctico, entre la prueba tasada y la libre convicción, mediante la cual el juzgador aprecia los elementos probatorios conforme a las reglas de la lógica, la experiencia, las ciencias y artes afines”.⁸⁷

Juez N.- 4, pregunta 1: “Son reglas de que debieran servir al juez para valorar las pruebas practicadas en juicio”.⁸⁸

De lo anterior, se puede observar claramente la discordancia de criterios que se emiten alrededor de la sana crítica. Lo que ahonda la problemática de que se haya constituido como un concepto jurídico indeterminado. Esa evidente indeterminación, no solo por parte de la doctrina, sino de la normativa existente, conlleva, como se puede observar, a una apreciación diferente en cada caso de la sana crítica.

Particular que como se expuso en el primer capítulo de esta investigación, irremediablemente conlleva a que se formulen juicios de valor, con diferentes apreciaciones personales. Esos juicios, en determinadas circunstancias, podrían afectar la objetividad de un juzgador al momento de encontrarse ante una solicitud de prueba nueva.

A pesar de aquello, y aun a sabiendas que la sana crítica no se encuentra regulada en un cuerpo legal taxativo, las posibles soluciones que plantea cada entrevistado siguen el mismo patrón de antagonismo.

Para correlacionar las ideas respecto de lo anterior, acudiré a la pregunta 11 de la entrevista en mención:

⁸⁵ Raquel Núñez, entrevistada por la autora, 13 de noviembre 2020. Para leer la entrevista completa ver anexo 1.

⁸⁶ Wilson Hernán Quelal, entrevistado por la autora, 15 de enero 2021. Para leer la entrevista completa ver anexo 1.

⁸⁷ Carlos Fuentes, entrevistado por la autora, 20 de diciembre de 2020. Para leer la entrevista completa ver anexo 1.

⁸⁸ Paul Narváez, entrevistado por la autora, 5 de enero de 2021. Para leer la entrevista completa ver anexo 1.

Pregunta 11 de la entrevista:

Como es de su conocimiento una de las falencias de la sana crítica es que no consta en un cuerpo jurídico normativo taxativo, ¿qué solución propondría al respecto?

Jueza N.- 1, pregunta 11: “[...] las reglas de la sana crítica no se encuentran definidas en la ley, suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba, pero que no excluyen la discrecionalidad absoluta del juzgador. El legislador debería definir conceptualmente en la ley a la sana crítica [...]”.⁸⁹

Juez N.- 2, pregunta 11: “Ninguna, no debe constar en un texto legal la aplicación de la sana crítica, es un retroceso que debe quedar en el pasado”.⁹⁰

Juez N.- 3, pregunta 11: “La sana crítica para ser efectiva debiera estar reglada, sin embargo a falta de eso, debe mantenerse como conocimientos adquiridos a lo largo de la experiencia”.⁹¹

Juez N.- 4, pregunta 11: “No deben estar en ningún cuerpo normativo porque no puede reducirse a lo que se diga en un texto legal, dada su amplitud. La doctrina y la jurisprudencia deben desarrollarla y enriquecerla”.⁹²

El legislador ha tratado en la medida de lo posible, que el Código Orgánico General de Procesos, sea lo más claro y objetivo respecto de la aceptación o no de la solicitud de una prueba nueva. Empero, las respuestas que los entrevistados dan a la interrogante planteada, dejan ver que existe un vacío considerable respecto de la conceptualización, y de cómo se entiende a la sana crítica en el imaginario judicial individual.

A pesar de eso, como se afirmó, la falta de reglamentación de la sana crítica es un obstáculo legal que impide una aplicación acertada. Sin embargo, no es menos cierto, que al ser una compleja figura, pretender estandarizarla en la *psiquis* de los diferentes jueces, resulta una tarea titánica, que por obvias razones no podría ser ejecutada.

⁸⁹ Raquel Núñez, entrevistada por la autora, 13 de noviembre 2020. Para leer la entrevista completa ver anexo 1.

⁹⁰ Wilson Hernán Quelal, entrevistado por la autora, 15 de enero 2021. Para leer la entrevista completa ver anexo 1.

⁹¹ Carlos Fuentes, entrevistado por la autora, 20 de diciembre de 2020. Para leer la entrevista completa ver anexo 1.

⁹² Paul Narváez, entrevistado por la autora, 5 de enero de 2021. Para leer la entrevista completa ver anexo 1.

Del contenido del artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos, se puede vislumbrar claramente, que el legislador otorga a la sana crítica un papel relevante en lo relacionado a la aceptación o no de la solicitud de prueba nueva. Bajo la premisa de que la doctrina *concede* los lineamientos suficientes que eviten su especulación y otorguen claridad en las decisiones del juez que tengan relación a la sana crítica, el legislador por no considerar las diferentes objeciones que en la actualidad existen para cuestionar la sana crítica, mantiene una posición preferente sobre esta figura legal.

Sin embargo, eso es lo interesante de la disciplina del Derecho, su naturaleza misma, al estar atado a las condiciones que le imponen el medio social, inevitablemente le conllevan a una evolución. Y es esa evolución, la que tarde o temprano será la encargada inevitablemente de abrir una eventual posibilidad, para que pueda considerarse en su momento, las objeciones fundadas que en esta investigación planteo, con las sugerencias que propongo.

2.1 La sana crítica en el contexto del Código Orgánico General de Procesos: criterio de valoración de la prueba

Para abordar este tema, es un punto medular, despejar las dudas respecto de lo que significa realizar la valoración de las pruebas, actividad de extrema destreza, que está en manos del juez, y que se ve concretada en la sentencia que pronuncia respecto de un caso puesto en su conocimiento.

En este punto, personalmente, considero para los fines posteriores, que como antesala, sería oportuno recordar que la actividad de la valoración de la prueba como tal, no es nueva, sino más bien se remonta hace mucho tiempo atrás. Es así que según Esther Torregrosa existen cinco sistemas fundamentales de valoración de la prueba:

La etapa primitiva de la prueba corresponde un sistema empírico de valoración; a la etapa religiosa de la prueba le corresponde el sistema de valoración divina o peritación divino-legal; a la etapa legal de la prueba le corresponde el sistema legal de prueba o de tarifa legal; a la etapa moral o sentimental le corresponde el sistema de la íntima convicción; y, a la etapa científica de la prueba el sistema de libre valoración de la prueba.⁹³

⁹³ Norhys Esther Torregrosa Jiménez, Carlos Bernardo Medina Torres, “Valoración y análisis de la Prueba Judicial”, *Primera instancia*, N.-5, 15 de mayo de 2015, 59 en <https://www.primerainstancia.com>

En base a lo anterior, se podría decir, que el ejercicio de la valoración de la prueba, tal como la conocemos en la actualidad, podría ser un conjunto de todos los sistemas (etapas) a los que hace mención Torregrosa. En la *psiquis* del administrador de justicia, debido al medio social, que como se ha explicado, es un factor determinante, bien podrían estar inmersos todos los sistemas mencionados por Torregrosa. Es así que, la etapa primitiva, podría estar representada en el instinto que el juez desarrolla al momento de valorar una prueba, el mismo que obedece a una primera impresión meditada.

La etapa religiosa, estaría presente en la concepción del bien y del mal que tienen todas las personas, en este caso el juez, sobre las pruebas, y la forma cómo estas han sido presentadas ante él. La etapa legal, y científica serían la fase de razonamiento más sólido, debido a que el juzgador, ante las pruebas presentadas, acudirá tanto a la normativa legal existente, como a los conocimientos científicos que le aportaran los peritos para realizar una valoración correcta de ellas, y que esta valoración este apegada a las disposiciones legales pertinentes. La etapa científica que hace mención Torregrosa, estaría representada por el sistema de valoración mixta, que le otorga al juez un rango de acción más amplio para realizar la valoración, y que no está determinado por lineamientos más estrictos.

Sin embargo, la actividad intelectual que supone el ejercicio de la etapa legal y científica, estarían empañadas por la etapa moral y sentimental. Esta etapa, bien podría alterar el razonamiento intrínseco del juez. Es evidente la existencia de una simbiosis de factores endógenos y exógenos impuestos por el medio social, que a simple vista son indiscernibles, pero que en la *psiquis* del administrador de justicia, podrían ser un factor imperceptiblemente desequilibrante al momento de realizar la valoración de una prueba nueva.

Al respecto de la valoración de la prueba, manifiesta Jordi Nieva Fenoll:

La valoración de la prueba es una actividad jurisdiccional muy relevante y extraordinariamente compleja, que puede ser muy fácilmente víctima de la superficialidad de una labor judicial mal llevada a cabo. [...] La referida actividad esencial es, en realidad, el juicio jurisdiccional en su conjunto, y en el mismo la valoración de la prueba no es más que un episodio importante, pero que no siempre aparece.⁹⁴

⁹⁴ Jordi Nieva Fenoll *La Valoración de la Prueba*, (Edit. Marcial-Pons, Madrid, 2010), 19 en: <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788497687577.pdf>

De la afirmación de Nieva Fenoll se desprende que la actividad de valoración de la prueba, es un proceso intelectual que obedece a diferentes capacidades de aptitud y discernimiento del administrador de justicia. No obstante, esa actividad jurisdiccional bien podría ser blanco de vulneraciones, debido a la combinación de criterios que sobre aquello existe. Lo que a la par con la interpretación personalísima que cada administrador de justicia pudiera hacer, hace que se ahonde e incluso se tienda a tratar de predominar ciertas perspectivas personales al respecto. La falta de objetividad, orientación y experticia en la tarea, hacen de la actividad de la valoración de la prueba, una capacidad de muy pocos jueces con extraordinarias facultades de análisis, discernimiento y apreciación.

Al respecto el mismo Nieva Fenoll afirma:

Nadie le explica al juez cómo valorar la prueba. No es suficiente decirle que aplique las «máximas de experiencia» o remitirle al uso de su «sana crítica». Equivale a dejarle solo ante una actividad extraordinariamente compleja, sin suministrarle las adecuadas herramientas para llevarla a cabo. Ello no sólo desorienta, lógicamente, a la justicia, sino también a los abogados, que sólo con gran esfuerzo logran adivinar qué es aquello que puede convencer, o al menos persuadir, a un juez.⁹⁵

La afirmación de Nieva Fenoll, incluso va más allá de la destreza que debe tener el juez para resolver objetivamente la actividad de la valoración de la prueba. Sin embargo, esa aptitud es algo que no se puede desarrollar de forma improvisada, debido a que requiere de práctica constante, dedicación e imparcialidad, que devienen de la experiencia que como juzgador se ha adquirido a lo largo del tiempo. Al igual que la observación que se hizo en su momento en el capítulo primero sobre la sana crítica, en torno a la valoración, también se configura un cierto titubeo de qué es lo que puede persuadir al juez para llevarlo al convencimiento de un hecho planteado.

Sin embargo, la actividad de la valoración, inevitablemente gira en torno a la verdad procesal que va de la mano con lo verosímil, características básicas que deben reunir las pruebas que aportan las partes dentro de un litigio, pero que cuyo análisis, como se dijo, son competencias únicas del juez.

No se puede ignorar, que la valoración que se haga de las pruebas, está en íntima relación con la motivación que posteriormente realizará el juez para sustentar su fallo. Particular que demanda aún más exactitud, destreza y dedicación por parte del administrador de justicia. Así, sus decisiones revelarán su capacidad nata de análisis y

⁹⁵ Jordi Nieva Fenoll *La Valoración de la Prueba*.

por tanto, en base a ella, la potestad de administrar justicia con fundamento en un acertado proceso de valoración de la prueba.

Al respecto de la motivación la Corte Constitucional del Ecuador manifiesta:

El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, tiene íntima relación con el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación, en tanto esta última, tutela que todas las resoluciones dictadas por las autoridades públicas se encuentren debidamente motivadas. En tal sentido, la motivación no se limita a la referencia de disposiciones jurídicas y antecedentes del caso, al contrario la motivación es la justificación razonada de los motivos que llevaron a la autoridad judicial a adoptar una decisión.⁹⁶

Es decir, de la valoración de las pruebas que en su momento haga el juez, dependerá en gran medida la posterior fundamentación de la motivación, particular que se constituye en el pináculo de esa actividad, para que de esta manera se pueda cumplir objetivamente la disposición constitucional que al respecto manifiesta el artículo 76, numeral 7, literal 1): “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”.⁹⁷

Es por eso, que el proceso de la descripción que de la motivación realice el administrador de justicia es medular, ya que únicamente mediante aquel, el juez podrá explicar la valoración que ha realizado de la prueba. Lo que en ese preciso momento de motivación, develará su garantismo o no, considerando que la finalidad de la función de un juez es precisamente la de solucionar conflictos con apego irrestricto a las pruebas que se someten a su conocimiento. Lo que le conllevará al convencimiento de la verdad, mediante un examen crítico de las pruebas que se someten a su consideración, y que buscan determinar su credibilidad como tal.

Un punto importante, es que esa verdad, no solo será para convencimiento del juez, sino que también, será para explicar a los justiciables, que el razonamiento del juzgador es correcto, y que la administración de justicia es objetiva, ecuánime, y apegada a Derecho. Por tanto, la verdad, reflejada en una correcta aplicación de la justicia, no solo debe convencer a mismo administrador de justicia de que ha actuado con certeza en la valoración de la prueba. Sino que, también debe convencer a los

⁹⁶ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia” N.- 244-16-sep-cc, 3 de agosto de 2016.

⁹⁷ Ecuador, *Constitución*, RO 449 del 20 de octubre de 2008, 76.

justiciables, que la valoración de la prueba realizada por el juez ha sido una actividad garantizada, en la que ha encontrado sustento el debido proceso y el derecho a la defensa. Sin embargo, la valoración que se haga de la prueba, bien podría estar sujeta a determinados factores que entorpezcan su objetividad. Devis Echandía, al respecto manifiesta:

[...] son enemigos de la valoración probatoria la ignorancia, la pereza intelectual, el desconocimiento de la jurisprudencia y la doctrina, la falta de asesoría de expertos, la simpatía o antipatía, la suficiencia de la primera impresión, la ausencia de clasificación, la omisión u olvido en el examen de cada una de ellas y el estudio individual por sobre el estudio en conjunto.⁹⁸

Por tanto, la responsabilidad del juez al realizar la compleja labor de valorar una prueba, debe estar alejada, de todos esos riesgos latentes que pueden afectar su objetividad, y que no se puede asegurar, no invadan su *psiquis*. Sin embargo, uno de esas condicionantes que menciona Devis Echandía es la simpatía o antipatía, particular que inherentemente depende de factores íntimos que se desarrollan en el interior de la mente del juez, y que mencionaremos más adelante, pero que es un factor incontrolable y a la vez determinante.

Por lo tanto, me permito afirmar, que una efectiva actividad de valoración está marcada indudablemente por la experiencia que el juez ha desarrollado a lo largo de su vida profesional como juzgador. Situación que no será la misma en el caso de un juez novato, y que por obvias razones tardará un tiempo prudente en adquirir esa destreza. Sin embargo, la experiencia a la que hago mención, no siempre será sinónimo de experticia en el ámbito de la valoración de la prueba.

Pero, la verdad a la que se hace referencia, depende en gran medida de la valoración que se realice en aras del acercamiento de la realidad, situación que podría ser debatible, considerando el hecho, que como se dijo, aun la valoración puede estar sujeta a un punto de vista en particular. Al respecto Nieva Fenoll manifiesta: “Y es que no se debe olvidar que la valoración de la prueba es una actividad que debe estar dominada por la lógica, pero que se ve condicionada por la psicología del pensamiento que describe la percepción judicial, así como por la sociología que desvela el entorno del juez”.⁹⁹

⁹⁸ Hernando Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales*, Tomo II. (Biblioteca Jurídica Dike. Décima Edición. 1994) ,111.

⁹⁹ Nieva Fenoll *La Valoración de la Prueba*.25.

En este punto, es donde toma relevancia la relación intrínseca que podría existir entre la valoración sujeta a las condiciones que manifiesta Nieva Fenoll y la sana crítica como un concepto jurídico indeterminado. Particular que como se manifestó en su momento son partes inevitables del Derecho como disciplina.

Se puede afirmar, que la lógica en la actividad de la valoración de la prueba a la que se refiere Nieva Fenoll, es la misma a la que acude el administrador de justicia, cuando hace uso de su sana crítica. Al respecto, Torregrosa manifiesta: “[...] debe tenerse presente que las reglas de la lógica son de carácter permanente y las reglas de la experiencia son variables en función del tiempo y del espacio”.¹⁰⁰

Por tanto, existiría una posibilidad que valoración y sana crítica estarían innegablemente condicionadas a entornos como la psicología y la sociología, y las demás etapas a las que hace mención Torregrosa.

Y es en este contexto, donde las dos figuras convergen, y al compartir circunstancias similares que las condicionan, bien podrían ser actividades inexactas, en torno a las cuales giran decisiones relevantes del juez relacionadas a la valoración de la prueba, para determinar derechos y obligaciones dentro de un proceso.

Respecto de la motivación, Pablo Castañeda realiza la siguiente afirmación: “El juez [...] debe ser imparcial valorando pruebas, pero parcializado buscando la verdad”.¹⁰¹ Descartar la idea que la decisión del juez no es susceptible de errores en la parte jurídica, es un poco apresurado, y es la razón de las observaciones que realiza esta investigación, que tiene que ver con la aplicación *correcta* de la sana crítica.

Al respecto: “Manuel Borja, no hay un lindero preciso entre lo absurdo y lo imposible, entre lo imposible y lo inverosímil, entre lo improbable y lo dudoso [...]”.¹⁰²

Una vez que se ha relacionado lo pertinente en cuanto a la prueba nueva, y la actividad de la valoración, es momento de pasar a lo relacionado con la sana crítica, para terminar de formar ese triángulo legal que se ha configurado en torno a este tema. En este contexto, el Código Orgánico General de Procesos manifiesta:

Se podrá solicitar prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvenición y contestación a la reconvenición, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio o única, siempre que se acredite que no fue de conocimiento de la

¹⁰⁰Torregrosa Jiménez, “Valoración y análisis de la Prueba Judicial, 60.

¹⁰¹Pablo Castañeda, “Aspectos Procesales de la Prueba”, en: <https://www.derechoecuador.com/aspectos-procesales-de-la-prueba,71>.

¹⁰²Manuel Borja, citado en Pablo Castañeda, “Aspectos Procesales de la Prueba”, 5.

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.¹⁰³

Como se explico de manera contundente en el capítulo primero de esta investigación, la sana crítica, debido a sus características, constituye innegablemente un concepto jurídico indeterminado, y como tal, es parte constitutiva de la naturaleza misma del Derecho.

Sin embargo, como se desprende del contenido literal del artículo citado, cuando se hace mención a la aceptación de la solicitud de la prueba nueva, se debe considerar el hecho innegable, que para que el juez proceda o no con la solicitud de aceptación de la prueba nueva, ha existido la observancia pertinente de las normativas en su conjunto. Es decir, para que el juez decida imparcialmente, y sin influencia de prejuicios, aceptar o no, una solicitud de prueba nueva, ésta, no debe estar imperantemente atada de manera única a su sana crítica como un factor determinante y decisivo.

Para el efecto, lo lógico y procedente es que se debe mirar de manera conjunta la normativa, relacionada a la aceptación o no de la solicitud de prueba nueva, y de la admisión de la prueba en general, más no de manera aislada o independiente. Y no se debe confundir, que tanto aceptación como admisión son dos etapas totalmente diferentes.

Es decir, el administrador de justicia, dará paso en una primera instancia a la aceptación o no de la solicitud de la prueba nueva, (particular que bajo ningún concepto garantiza que la prueba como tal será aceptada). Posteriormente la evaluará en la etapa procesal pertinente, que esté apegada a los requisitos de utilidad, pertinencia y conducencia, de esta manera la aplicación de la ley será en conjunto.

Al respecto el artículo 160 del Código Orgánico General de Procesos dispone: “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”.¹⁰⁴

Sin embargo, y pese a lo estipulado en la normativa citada, existe cierta incertidumbre al respecto. Para el efecto, se debe aclarar el hecho que tanto la pertinencia, la utilidad y la conducencia, también pueden caer en el campo de la indeterminación conceptual.

¹⁰³ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 517, 26 de junio 2019, Art.166.

¹⁰⁴ Ibid. Art.160.

El razonamiento del administrador de justicia, para lograr una correcta valoración, tendrá que buscar y encontrar sustento en la sana crítica, aun a pesar de también ser un concepto jurídico indeterminado, pero que en este caso, su aplicación dirige a la observancia en conjunto de toda la normativa relacionada a la prueba. Así lo dispone el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos:

Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.

La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.¹⁰⁵

La única manera de que la sana crítica sea un criterio para la valoración de la prueba, es bajo los lineamientos establecidos en el artículo que antecede, en cuyo caso el juez, deberá observar irrestrictamente lo mandatorio para el efecto. No existe posibilidad alguna de que la sana crítica este enfocada como criterio de valoración de la prueba, bajo los lineamientos actuales del artículo 166 *ibíd.*, debido, a que como se explicó, este último recalca sobre los requisitos de una solicitud. Por tanto, estamos frente a dos momentos procesales diferentes, que por razones obvias y preestablecidas deben ser asumidos de manera disímil, pero que solo para uno de ellos, la sana crítica podría ser aplicable de una manera lo más acertada posible.

La valoración de la prueba, bajo las directrices del artículo 164 *ibíd.*, debe obligatoriamente realizarse bajo la tutela de la sana crítica del juzgador, la actividad de la apreciación que de la misma se realice, obliga a que el juez acuda a su sana crítica. En este punto, al ser una disposición que obliga al juzgador a ver todo el panorama relacionado con la prueba presentada, esa sana crítica le permitirá llegar a conclusiones que le permitan establecer la validez o no de la prueba sometidas a su conocimiento.

Lo anterior difiere totalmente del contenido de la parte final del artículo 166 del mismo cuerpo legal, por cuanto, este último, otorga requisitos establecidos de manera clara, pero en su inexactitud confiere a la sana crítica un rol equivocado y redundante. En estas circunstancias, ésta sana crítica no está configurada como criterio de valoración de la prueba nueva, sino únicamente como requisito de aceptación, como ya se ha mencionado, únicamente de una solicitud.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, Art.164

El discernimiento que en base a su sana crítica realice el juez, le permitirá tomar la decisión más acertada sobre la aceptación o no de una solicitud de prueba nueva, y el análisis sobre los principios de pertinencia, utilidad y conducencia, le permitirá tomar la decisión correcta para la posterior validez o no de la prueba nueva contenida en esa solicitud. En este punto, el juzgador se remitirá al contenido expreso del artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos. Es decir, controlará que la prueba nueva, no haya sido del conocimiento del actor o del demandado, o que conociéndola no pudieron tener acceso a ella, y que haya sido presentada en el momento procesal oportuno.

La reflexión anterior, tiene lugar, debido a que básicamente nuestro sistema no es un sistema tasado, ni de libre criterio, sino más bien se ha constituido como un sistema mixto de valoración de la prueba. En este contexto, es imperioso comprender que la aceptación o no de la solicitud de la prueba nueva, actualmente, gira en torno al sistema mixto que se hace mención. Por tanto, el juez hace un análisis en conjunto de la normativa existente al respecto, tal como mandan las directrices que le otorga el sistema de valoración mixta, pero que, bajo las observaciones realizadas existe un riesgo cuando de por medio se encuentra la sana crítica.

La prueba nueva como tal será apreciada de manera global. Al ser considerada como *prueba nueva*, se sobreentiende que está sujeta a las mismas directrices técnicas de aceptación de la prueba en general. Por tanto su valoración, como se dijo, será en el contexto de un marco global, más no aislado. Así lo dispone el inciso segundo del artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, cuando manifiesta: “La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica [...]”.¹⁰⁶

Como se ha aclarado, la sana crítica como la plantea el inciso segundo del artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos, se constituye como un criterio de valoración de la prueba, y naturalmente, de la prueba nueva.

El juez, posteriormente a haber recopilado y analizado las pruebas sometidas a su conocimiento, incluida la prueba nueva, determinará el valor que le otorgará a cada una de ellas, y a todas en conjunto, para lo que inevitablemente acudirá a su sana crítica.

[...] en nuestro sistema probatorio opera “La Sana Crítica”, es decir, la valoración de las pruebas en conjunto, que se genera con el análisis detallado de cada una de ellas, conforme con lo que las partes presentaron y lograron probar en el desarrollo del

¹⁰⁶ *Ibíd.*, Art. 164

proceso. Esta valoración se da por el convencimiento del juez, por el sentimiento de certeza que logre al haber adquirido todo el conocimiento sobre el caso.¹⁰⁷

La capacidad analítica que el administrador de justicia demostrará al realizar la valoración, respecto de la prueba, se verá reflejada en la claridad de su fallo posterior. La íntima convicción a la que el juez acudirá en base a su sana crítica, será producto de su amplia preparación al respecto. En este contexto, no se puede ignorar una gran ventaja de la que dispone el administrador de justicia, pues a diferencia del sistema de la tarifa legal, al usar su sana crítica para la valoración de la prueba no se rige por parámetros rígidos que hayan sido determinados con anterioridad por el legislador respecto de otorgar valor a cada prueba presentada.

Por lo tanto, una correcta actividad de valoración de las pruebas que realice el administrador de justicia, inevitablemente estará marcada por dos directrices bien establecidas. La primera, es que bajo ninguna circunstancia el juez puede ignorar la finalidad misma de la prueba judicial, que está orientada a la demostración de la verdad que existe sobre una pretensión, es decir la prueba como tal debe demostrar la existencia de las cosas que se alegan por cualquiera de las dos partes. Al respecto Couture manifiesta: “[...] en sentido jurídico y específicamente en sentido jurídico procesal, la prueba es ambas cosas: un método de averiguación y un método de comprobación [...]”. La prueba civil es, normalmente, comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio”.¹⁰⁸

Bajo esa premisa, el juzgador acude a la segunda directriz, que como ya se explicó, estará marcada, porque para completar una correcta valoración de estas pruebas puestas a su conocimiento, el juez acudirá a su sana crítica, que a diferencia de la tarifa legal, le otorga un margen más maniobrable, para realizar la valoración de la prueba sometida a su conocimiento.

Solo siguiendo estas dos directrices, el juez podrá lograr realizar una valoración exitosa de la prueba, lo que consecuentemente le permitirá realizar una posterior y acertada motivación de su fallo. En su parte considerativa, deberá contener el proceso de convicción o certeza al que le han llevado las pruebas que ha conocido y valorado. De esta manera, se estará respetando el principio del debido proceso y el derecho a la

¹⁰⁷ Ana Giacometto Ferrer, *Teoría general de la prueba judicial*, (Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2003), 69.

¹⁰⁸ Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981), 215.

defensa, lo que consecuentemente, evitará en la medida de lo posible, que el fallo incurra en una hipotética arbitrariedad.

Mediante una correcta valoración de las pruebas, el juzgador pone en evidencia dos aspectos: su preparación profesional mediante la capacidad de razonamiento de las pruebas conocidas, y, su honestidad y ética como juez, en su capacidad de impartir justicia. Sin embargo, no se debe ignorar el hecho que desde al momento mismo en que el juez tiene conocimiento de una determinada prueba, y conforme se desarrolle el proceso, intrínsecamente se irá formando un juicio de valor, respecto de la credibilidad y valor de esas pruebas, que se verá materializado al momento de realizar la motivación de su fallo.

Recordemos lo que respecto de la valoración manifiesta Nattan Nisimblat: “La valoración en conjunto es, por lo tanto un deber y no una potestad del juez [...]”¹⁰⁹

2.2 La sana crítica en el artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos, ¿criterio de admisión de la prueba nueva?

Anteriormente se ha explicado, cómo la sana crítica constituye inequívocamente un criterio válido para la valoración de la prueba en general, y naturalmente de la prueba nueva.

Sin embargo, en este punto, personalmente considero prudente realizar una observación respecto de la parte final del contenido literal del artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos, que habla sobre la prueba nueva en concreto.

Se podrá solicitar prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio 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.*¹¹⁰

Para efectos de la presente investigación, de la norma citada, se puede observar los requisitos que se deben cumplir para que una solicitud de prueba nueva sea aceptada en un primer escenario. Sin embargo, también se puede apreciar en su parte final, que se hace mención a la aceptación o no solo de una solicitud, más no de una prueba en sí. Es

¹⁰⁹Nattan Nisimblat, Derecho Probatorio, 153, en: https://www.academia.edu/5102407/derecho_probatorio_nattan_nisimblat.

¹¹⁰ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 517, 26 de junio 2019, Art.166 ,Énfasis Añadido.

decir, cuando se habla de aceptación, bajo ninguna circunstancia se está hablando de admisión, debido a que son dos momentos diferentes, situación de la que hablaremos más adelante.

No se puede olvidar tres etapas relevantes por las que tiene que pasar obligatoriamente toda prueba: aceptación, admisión y valoración. Se podría considerar a la aceptación de la solicitud de prueba nueva, únicamente como una antesala de estos tres momentos de la prueba, por el simple hecho de que se trata únicamente de una solicitud, más no de una prueba en concreto. Esa aceptación o no de una solicitud, bajo ningún concepto quiere decir que se está aceptando, o peor aun admitiendo o valorando una prueba, porque como se dijo, únicamente se trata de una solicitud de prueba nueva.

Al respecto, bien se podría generar confusión o controversia, sin embargo es importante no olvidar lo que al respecto manifiesta la disposición constitucional ecuatoriana cuando afirma en el numeral 4 del artículo 76 lo siguiente: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”.¹¹¹

La disposición constitucional se refiere al hecho que las pruebas, cualesquiera que estas sean, obligatoriamente deben estar enmarcadas dentro del aspecto legal. Es decir, bajo ninguna circunstancia el juez puede obviar que cualquiera de las pruebas sometidas a su conocimiento vulnere las garantías del debido proceso. El aspecto legal al que se hace mención, es la normativa contenida por el Código Orgánico General de Procesos. Este cuerpo legal establece claramente los momentos procesales por los que debe atravesar una prueba como tal.

El contenido del artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos, se refiere a los lineamientos sobre los cuales se podrá solicitar una prueba nueva. Sin embargo, de la parte final del artículo mentado, habla sobre la aceptación de la solicitud de la prueba nueva, la misma que se resolverá en base a la sana crítica del juez.

Personalmente, considero un error legislativo que se haya incorporado a la sana crítica, a sabiendas de su indeterminación conceptual, como un requisito para que el juez pueda o no aceptar la solicitud de la prueba nueva. Como concepto jurídico indeterminado la sana crítica es inexacta, y podría ser potencialmente peligrosa para realizar una actividad de extremo cuidado, y que podría marcar el proceso, como es la aceptación o no de la solicitud de la prueba nueva.

¹¹¹ Ecuador, *Constitución*, RO 449 del 20 de octubre de 2008, Art. 76.

La disposición del artículo citado no da un margen de definición exacta cuando hace mención a la sana crítica. En su lugar, se puede decir que en base a todo lo explicado, el juez tiene un cierto libre albedrío, sobre el cual podrá o no aceptar la solicitud de la prueba nueva.

Si analizamos de manera más detenida el artículo 166 *ibíd.*, se puede observar que este artículo habla exclusivamente de una solicitud, más no de una prueba en concreto. Sin embargo, se encuentran inmersas determinadas condiciones que debería cumplir esa hipotética prueba nueva contenida en la solicitud. Y es en base a ese requisito *sine qua non* que se debiera decidir sobre aceptar o no aquella solicitud.

Por tanto se pueden identificar tres momentos del contenido del artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos. El primero, como ya se explico es tener claro que este artículo contiene una la solicitud de la prueba nueva. El segundo, esta dado por los requisitos que previamente deben reunir esa hipotética prueba nueva, marcados por la justificación que harán en primer lugar los solicitantes de que esa prueba nueva no fue de conocimiento de la parte a la que beneficia o que, habiéndola conocido, no pudo disponer de la misma. Esos requisitos naturalmente tendrán que ser justificados y posteriormente evaluados por el administrador de justicia.

El tercer momento, del artículo 166 *ibíd.*, está dado cuando se manifiesta que el juez podrá aceptar o no aquella solicitud de prueba nueva, pero de manera irreflexiva el legislador, dice que esa aceptación estará sujeta a la sana crítica del juez.

Después de darle objetividad al contenido inicial del artículo mentado, en su parte final se le quita toda su fuerza normativa cuando en último momento se deja en manos de la sana crítica del juez una decisión final. Lo que de una u otra manera vulneraría el principio de legalidad, puesto que la sana crítica del juzgador en este punto, bien podría identificarse con su voluntad personal para aceptar o no la solicitud de la prueba nueva, pese ha haber justificado los requisitos que se exigen. Lo que inevitablemente le otorga cierto grado de ambigüedad al artículo en mención.

Si bien es cierto, los casos en los que las partes puedan o deban presentar una prueba nueva resultan ser extraordinarios, esto no quiere decir que esta figura jurídica debido a su particular condición, no genere una incertidumbre legal, cuando se ve anclada en un último momento a la sana crítica del juez. Al estar condicionada en última instancia la solicitud de prueba nueva de manera taxativa a la sana crítica del administrador de justicia, de una u otra manera se puede contraponer al derecho constitucional al debido proceso, en la garantía a la defensa.

La Corte Constitucional del Ecuador, al respecto a la garantía de la defensa manifiesta:

[...] Se establece constitucionalmente el derecho a la defensa de toda persona, y en tal sentido, todo tipo de actos que conlleven la privación o limitación del referido derecho producirá en última instancia, indefensión. En otras palabras, esta garantía esencial es una complementación del debido proceso, la relación existente entre la tutela judicial efectiva y la prohibición de la indefensión se configuran en un único derecho, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.¹¹²

Cuando se condiciona la aceptación o no de la solicitud de la prueba nueva a la sana crítica del juzgador, la consecuencia directa es la existencia de una posibilidad de parcialización intrínseca del administrador de justicia, que incluso el mismo juez la estaría ignorando por lo complejo y sutil del acto. Debido básicamente a que las *reglas* que regulan la sana crítica del administrador de justicia en este sentido no son legales, sino únicamente doctrinarias, puesto que como vimos no constan en ningún cuerpo jurídico. Por tanto, el riesgo de perjudicar a una de las partes es una posibilidad latente, que bien podría darse de forma intencional o a su vez inconsciente por parte del juez, siendo esta última más probable, por el hecho de todas las circunstancias detalladas en su momento en esta investigación.

En este punto, constituye un factor muy importante acudir a la Sentencia del 31 de octubre de 1995, Gaceta Judicial N° 4 de 31 de octubre de 1995, cuando manifiesta: “*Las reglas de la sana crítica no se hallan consignadas en ningún precepto legal concreto y taxativo que haya podido citarse como infringido y, por lo tanto, tal expresión no obliga a la Sala de instancia a seguir un criterio determinado*”.¹¹³

En correlación directa con lo anterior, se debe tomar en cuenta el contenido expreso del artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, el mismo que objetivamente manifiesta: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.¹¹⁴

Por consiguiente, la manera en cómo se otorga una evidente capacidad resolutoria respecto de la aceptación o no de la solicitud de una prueba nueva, en la parte final del

¹¹² Ecuador. Corte Constitucional, “Sentencia” No. 012-13-SEP-CC, caso No. 0253-11-EP., 9 de mayo 2013, 7, en: <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=012-13-SEP-CC>.

¹¹³ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia” de 31 de octubre de 1995, Gaceta Judicial N° 4, de 31 de octubre de 1995, citada en “Sentencia”, No.- 313-15-SEP-CC, en caso No.-2005-13-EP, 23 de septiembre de 2015, 18 (Énfasis añadido).

¹¹⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, RO 449, 2 de octubre 2008, Art. 82 (Énfasis añadido).

artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos, constituye una vulneración a la normativa citada. El artículo 82 de la Constitución ecuatoriana, es claro al mencionar que la seguridad jurídica tiene como piedra angular a la existencia de normas previas, claras y públicas. Particular que en la caso de la sana crítica no existe, por tanto, quitarle toda la fuerza legal que tiene en sus dos primeras partes el artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos, y acudir erróneamente por parte del legislador a la sana crítica, es un desacierto legislativo, y una vulneración e inobservancia de la normativa constitucional.

Más aun, como se puede observar, que las normas jurídicas previas, claras y públicas a las que se refiere el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, no se aplica en el caso de la sana crítica. La gaceta judicial n.- 4 del 31 de octubre de 1995 es clara afirmar que la sana crítica no se encuentra en ningún cuerpo legal concreto y taxativo. Por tanto, la sana crítica a la que hace alusión la parte final del artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos, no encaja en la exigencia constitucional, y su mención, es un error legislativo.

Adicionalmente, no se debe ignorar lo que en el mismo sentido dispone la Resolución N.º 505-09 del 20 de febrero de 2009, en el juicio N.º 41-07, de la Corte Nacional de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, que dice:

[...] esta Sala considera necesario señalar que el sistema procesal Ecuatoriano, *funda la valoración de la prueba en las reglas de la sana crítica, sin que exista norma legal que taxativamente señale cuáles son dichas reglas*, debiendo el juzgador analizar las pruebas aportadas por las partes, aplicando su conocimiento y el consejo de la experiencia, en un proceso lógico-jurídico que forme su convicción, la que en forma motivada deberá expresa en su sentencia [...].¹¹⁵

En definitiva, de qué manera se puede tener la certeza de aplicar algo, cuando aquello no tiene el respaldo legal pertinente que le otorgue la suficiente fuerza legal para que su correcta aplicación pueda ser comprendida de manera uniforme en la mente del juez. En su lugar, se apela a una capacidad de comprensión que está sujeta a diferentes factores tanto endógenos como exógenos, que le impiden tener objetividad e imparcialidad.

Como se explicó, desde mi perspectiva, el artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos, detalla los requisitos que debe cumplir una mera solicitud, que por

¹¹⁵ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, Resolución N.º 505-09, *en juicio N.- 41-07*, de 20 de febrero de 2009. (Énfasis Añadido).

más que contenga lo relacionado a la prueba nueva, no deja de ser únicamente una solicitud en un inicio. Pero al condicionar su aceptación a la sana crítica del juez, como lo hace de forma redundante el legislador en la parte final del mentado artículo, que deja una ventana abierta donde pueda hacerse presente una discreción disfrazada de falso criterio judicial.

Existe el riesgo de que, en la *psiquis* del juez, se forme, inconscientemente una falsa percepción de seguridad de su criterio judicial bajo la figura de la sana crítica, a pesar de que no está regulada en un texto legal, tal como se afirma en la Sentencia del 31 de octubre de 1995, Gaceta Judicial N° 4 de 31 de octubre de 1995, y la Resolución N.º 505-09 del 20 de febrero de 2009, en el juicio N.º 41-07, de la Corte Nacional de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social.

El juez se inclinará a pensar que la deducción que se haga de la misma en su interior, a su criterio *será correcta*, pero ¿qué pasaría si esa operación intelectual es sometida al escrutinio público?, sería interesante escuchar los argumentos a favor y en contra que se escudriñarían sobre esta interrogante.

Siguiendo el mismo análisis, esa falsa percepción de seguridad, a la que hago mención, afectaría también, como ya se mencionó, a la vigencia del principio de imparcialidad judicial. Que se fundamenta en el hecho que el administrador de justicia, debe tomar las decisiones en torno al caso sometido a su conocimiento de manera objetiva, sin influencias externas o internas infundadas o prejuiciosas. La imparcialidad del juzgador debe manifestarse de manera equitativa en relación al actor y al demandado. La imparcialidad va de la mano con la potestad de independencia judicial de la que está revestido el administrador de justicia con respecto de cualquiera de las partes.

Sobre la imparcialidad, la Constitución de la República del Ecuador dispone en su artículo 76, numeral 7, literal k): “Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente”.¹¹⁶.

Al respecto de la imparcialidad del juzgador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifiesta lo siguiente: “la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de

¹¹⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, RO 449, 2 de octubre 2008, Art.76.

índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”.¹¹⁷

Si analizamos lo que manifiesta la Corte, se evidencia, una vez más que la aceptación de la solicitud de prueba nueva no se apega a este pronunciamiento, por cuanto hay un riesgo latente de arbitrariedad, debido a que pueden surgir prejuicios, falta de objetividad, por tanto imparcialidad, tal como se ha explicado a lo largo de esta investigación. Particulares que bien podrían pasar desapercibidos tanto para el juez, como para los justiciables. Esa posible carencia de imparcialidad que se configura en torno a la sana crítica, se puede manifestar en múltiples escenarios. Pero no todos ellos podrán ser percibidos objetivamente por los justiciables, ni aun por el mismo juez, quien aparentemente podría tener una falsa sensación de seguridad respecto de su propia sana crítica.

En esta perspectiva cabe lo que manifiesta al respecto Michael Gauquelin: “¿A qué juez se le permite juzgarse a sí mismo?”¹¹⁸

Desde mi punto de vista, la sana crítica tiene dos impedimentos muy concretos que la hacen vulnerable. El primero, como ya expliqué, se relaciona con su falta de normativa en un cuerpo legal específico, lo que naturalmente la conlleva al campo de la arbitrariedad. La doctrina y la jurisprudencia han hecho lo posible por otorgarle mayor fuerza, lo que hasta cierto punto se ha conseguido, pero parcialmente. El objetivo no podrá ser total, por cuanto se olvida que el Derecho como disciplina, obligatoriamente debe relacionarse con otras disciplinas o ciencias, particular que constituye el segundo impedimento.

Una de ellas es la psicología, al no ser un tema del que se topará a detalle en esta investigación. Sin embargo, lo que pretendo reflexionar, es que si se realiza un análisis, de si en una misma circunstancia se entrelazan directamente la sana crítica, la solicitud de prueba nueva pero no se toma en consideración el aspecto psicológico que rodea al administrador de justicia en sus labores diarias, se podrían concluir cosas interesantes.

En ese sentido, *no se puede saber* cuán confiable y sana puede estar la salud mental de un juez, tomada en consideración desde el punto de vista de las emociones, sentimientos y experiencias, más no como una patología mental.

¹¹⁷ Corte IDH, “Sentencia” de 5 de agosto de 2008 *Caso Apitz Barbera y otros vs Venezuela*, 5 de agosto de 2008, 18, en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf.

¹¹⁸ Michael Gauquelin, *Los Temperamentos y los Caracteres*, citado en: *La psicología Moderna de las A a la Z, Varios Autores* (Bilbao: Ediciones Mensajero) ,448.

Por tanto, si se trata de confiar en la hipótesis de una sana crítica del juez, la única opción restante, pero no ideal, es *confiar* en un supuesto *buen juicio* que puede formular una persona extraña (juez) y de quien con certeza no se sabe nada de cómo piensa, ni qué prejuicios sociales tenga, o que inclinaciones ideológicas practique. El universo de posibilidades al respecto es muy amplio, lo único certero que se puede argüir, es que aceptar una solicitud de prueba nueva está sujeta a la sana crítica del juez, aunque irónicamente, aquella no tenga sustento legal alguno que respalde su validez jurídica.

Martha Noya manifiesta lo siguiente:

[...] la “sana crítica del juez”, [...] presenta debilidades en su aplicación. Desde una perspectiva feminista, encuentra su principal límite en que el juzgador o juzgadora, al estar impregnado/a de una ideología patriarcal y androcéntrica, al momento de realizar la valoración de la prueba antepone esta ideología, emitiendo en sus fallos criterios cargados de prejuicios y subvaloración de la mujer, manteniendo jerarquías patriarcales [...].¹¹⁹

Como se puede observar, la cita anterior, hace referencia a la valoración de la prueba, pero ¿qué sucede si la aplicación de la sana crítica a la que se refiere Noya se da al momento de la aceptación o no de la solicitud de la prueba nueva, bajo los mismos prejuicios? Bajo esta perspectiva, mis argumentos detallados en esta investigación cobran relevancia.

De la afirmación de Noya, se desprende que existe no solo un riesgo latente sobre la mala aplicación de la sana crítica, sino que en determinadas circunstancias es un hecho real que puede suceder dentro del proceso, particular que evidentemente afectaría el derecho a la defensa de los justiciables.

La sana crítica, bien puede estar atada a los procesos que se desarrollan en la mente de cada individuo (juez), es por tanto que existe una gran posibilidad de su incertidumbre, es decir no ofrecería las garantías legales y éticas suficientes para confiar en ella. Como se ve de la cita de Noya, puede nacer de apreciaciones de índole personal, lo que le da un carácter de relatividad. Este particular, puede dar lugar al surgimiento en la mente de los justiciables, y de las personas en general, de la figura de los jueces buenos y malos, no como personas, sino en el ejercicio de sus funciones.

¹¹⁹ Martha, Noya “La Sana crítica del juez, insana para el ejercicio de los derechos de las mujeres”, *Tinkazos, Revista Boliviana de Ciencias Sociales*, núm. 39, (2016) 8, en <http://www.redalyc.org/pdf/4261/426146435005.pdf>.

Con las consideraciones expuestas sobre la sana crítica, que debieran ser reflexionadas por el legislador, se podría afirmar que la dinámica del Derecho como disciplina, obliga a que se consideren otros puntos de vista respecto del tema. El entorno social obliga a que se cambien determinadas concepciones que en su momento pudieron ser consideradas acertadas como en es el caso de la sana crítica, para determinadas situaciones.

Por consiguiente, la sana crítica desde la perspectiva actual del artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos, no constituye bajo ninguna circunstancia un criterio de admisión de la prueba nueva, que como se explicó en su momento es una etapa diferente. Sino más bien, es un *requisito (innecesario)* que el legislador coloca para la aceptación o no de la solicitud de prueba nueva.

Por tanto, esta investigación no plantea ignorar o eliminar por completo a la sana crítica, que como se ha demostrado, es un concepto jurídico indeterminado, y como tal es parte inherente del Derecho como disciplina, al igual que otros tantos conceptos jurídicos indeterminados. En su lugar, se hace una observación de que la sana crítica depende a su vez de otras circunstancias endógenas y exógenas que deben ser consideradas y analizadas más detenidamente antes de otorgarle una validez sin cuestionamientos. La condición de intangibilidad que rodea a la sana crítica es algo sobre la cual el Derecho no debería sustentar decisiones que podrían afectar los derechos de los justiciables, debido a que impiden tener objetividad respecto de las mismas.

A diferencia de la pertinencia, utilidad y conducencia, que de alguna manera están conceptualizadas y regladas en la normativa del Código Orgánico General de Procesos, pero que a pesar de aquello no dejan de ser conceptos jurídicos indeterminados, la sana crítica, no encuentra cabida legal, y no tiene punto de referencia que oriente su ejecución en el cuerpo legal mencionado.

2.3 ¿Es necesario reformar el artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos?

Posterior a haber realizado las observaciones, que a mi criterio considero relevantes, y que podrían afectar la objetividad de la sana crítica del juez respecto del tema que nos atañe, es momento de analizar la pertinencia o no de una hipotética reforma del artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos.

Para el efecto es importante partir indicando lo que manifiesta el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.¹²⁰

Al respecto de la seguridad jurídica, la Corte Constitucional se manifiesta en los siguientes términos:

De lo anotado se deduce, que la Constitución del Ecuador garantiza la seguridad jurídica a través de la concreción del debido proceso, ya que es obligación de los operadores judiciales efectuar el ejercicio de la potestad jurisdiccional en estricto apego a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Ley, lo que implica una correcta y debida aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico, afianzando así la seguridad jurídica.¹²¹

La aplicación de la sana crítica por las razones expuestas, no encuentra cabida ni en la normativa constitucional citada, ni en el los pronunciamientos de la Corte. El simple hecho de que como se demostró no conste en un cuerpo legal taxativo que avale su precisión y legalidad, hace que su aplicación sea estrictamente doctrinaria, con las consecuencias que implica su entendimiento e interpretación.

Anteriormente, se han planteado los diferentes problemas que la sana crítica adolece, que van desde problemas conceptuales, formas de interpretación de su significado, maneras de entendimiento de sus reglas. Incluso, se puede afirmar que más allá del aspecto legal, se inmiscuye, como se demostró, el aspecto psico-social e individual en que se desenvuelve y rodea al administrador de justicia.

Se ha podido demostrar, que en el imaginario personal tanto de jueces y profesionales del Derecho en libre ejercicio, la sana crítica como figura legal es un concepto que muy a parte de brindar certezas, lo único que otorga es dudas y puntos de vista antagónicos, que profundizan su indeterminación conceptual.

Se torna inevitable afirmar que el artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos, contiene los requisitos que debe cumplir para ser aceptada una solicitud de prueba nueva. Para el efecto, este artículo determina los momentos en que esa solicitud puede caber, es decir en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, pero hasta antes de la convocatoria a la audiencia de

¹²⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, RO 449, 2 de octubre 2008, Art. 82 (Énfasis añadido).

¹²¹ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia” N.- 067-14-SEP-CC, 9 de abril del 2014.

juicio o única. Delimitando objetivamente de esta manera, el momento procesal oportuno en el que se puede presentar esa solicitud.

Posterior a eso, el mismo artículo define cuales debieran ser las dos características únicas que debe cumplir esa solicitud. La primera es que se acredite que la prueba nueva no fue de conocimiento de la parte que propone. Y la segunda característica, es que habiéndola conocido no puedo disponer de ella. Es evidente, que el contenido del artículo 166 *ibíd.*, no exige que las dos características estén inmersas al mismo tiempo, puede ser la una o la otra, en cualquiera de los dos casos, justificadas una de ellas se puede cumplir con los requisitos exigidos por la normativa.

Hasta este punto, la literatura del artículo 166 *ibíd.*, parece acertada, porque se delimita concreta y objetivamente sobre los momentos de presentación y características exactas que se debe reunir. Pero en mi criterio, esa imparcialidad se ve empañada con el contenido de la última parte de la disposición del artículo mencionado.

Desde mi perspectiva personal, considero que el legislador cometió una falta, al inmiscuir de forma redundante y poco meditada a la sana crítica como un requisito de último momento para que la solicitud de prueba nueva pueda o no ser aceptada. Si se han reunido los requisitos que considero son de tiempo y de forma que exige en las dos primeras partes del artículo mentado, debiera ser condición suficiente para que esa solicitud de prueba nueva sea aceptada o no.

La sana crítica a la que se hace mención, da a entender que aún a pesar de que se haya cumplido los requisitos temporales y de forma, no es garantía suficiente de que esa solicitud de prueba nueva pueda o no ser aceptada. Pareciera que el legislador desconoce que la sana crítica, como se ha explicado, por sus confusos orígenes, las particulares formas de entenderla, las posibilidades del medio social que la rodean y que le condicionan a ser permeable, pero sobre todo la imposibilidad de no estar respaldada por un cuerpo jurídico concreto que de alguna manera la regule o la norme, aun a pesar de ello, le otorgar una capacidad resolutive final, sobre la cual gira la aceptación o no de la solicitud de prueba nueva, puede ser una redundancia y un error, que bien podría ser mal interpretado.

Sabemos con exactitud que existen tres momentos de la prueba: aceptación, admisión y valoración. Sin embargo el artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos no habla de ninguna de esos tres momentos. Al contrario, contiene únicamente los requisitos que una solicitud de prueba nueva que se presenta ante el juez y que se debe cumplir para que sea o no aceptada. Bajo ninguna circunstancia se refiere a aceptar

o no una determinada prueba. Las pruebas como tal, no se aceptan en un expediente, sino que se las admite en audiencia, y dependerá de otros factores para que sea admitida, particular del que no se está tratando en esta investigación.

Por lo tanto, darle esa opción al juez, de que aun a pesar de haber cumplido los requisitos mencionados para la aceptación de la solicitud de prueba nueva, deba decidir en apego a su sana crítica es contraproducente, y le resta credibilidad y objetividad a su decisión al respecto. Más aun, de esta manera, se configura innegablemente una especulación alrededor de la decisión judicial, si ésta no acepta la solicitud de la prueba nueva.

Quienes avalan la sana crítica, seguramente dirán que existen lineamientos establecidos que permiten aplicarla *correctamente*. Desde mi perspectiva, en la parte final del contenido del artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos, no es asunto de aplicar o una confusa sana crítica, sino que únicamente es un asunto de simple lógica natural, todas las personas somos capaces de inferir unas verdades de otras, por lo tanto: si algo cumple con lo establecido se acepta, si algo no cumple, no se acepta, afirmación que aplica perfectamente en el presente caso.

Considero pertinente que la redundancia legislativa en el contenido del artículo mentado, referente a la aceptación o no de la solicitud de la prueba nueva de acuerdo a la sana crítica del juez, y por las consideraciones expuestas se puede cambiar para lograr un mejor entendimiento y otorgar objetividad a la disposición. Por lo tanto, por los argumentos expuestos a lo largo de esta investigación, personalmente considero que si es viable proponer una reforma parcial del artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos. La propuesta de reforma consistirá en eliminar la parte final del artículo mentado, concerniente a aceptar o no la solicitud de prueba nueva de acuerdo a la sana crítica del juez.

Con la reforma propuesta, considero que se otorgará mayor solidez y claridad, y así se evitara la especulación que los justiciables puedan realizar sobre las decisiones que en torno a este aspecto deba tomar el administrador de justicia. Como se dijo, únicamente se trata solo de aceptar o no una solicitud de prueba nueva, que ha cumplido con los requisitos exigidos, y cuya prueba contenida, será resuelta en la etapa procesal pertinente, bajo los lineamientos que para el efecto prevé y regula el Código Orgánico General de Procesos.

Aceptar o no de la forma como planteo, con la reforma propuesta la solicitud de prueba nueva, será garantía adicional de la tutela judicial efectiva en la figura de la imparcialidad de la que habla el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la *tutela efectiva, imparcial* y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad [...]”.¹²²

El contenido del artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos, tal como se encuentra concebido en la actualidad, y con las consideraciones expuestas en esta investigación, podría generar una lectura errónea, que a su vez derive en un entendimiento confuso, y en el imaginario de los justiciables al respecto se cuestiona sobre la decisión del juez.

Sería prudente considerar la reforma propuesta, el Derecho al ser una disciplina que está destinada a otorgar garantías suficientes sobre los derechos de los justiciables, no puede ni debe dar por supuestos determinados hechos. Es decir, afirmar de manera innegable e incluso poco meditada, que aplicando las reglas de la sana crítica existen garantías suficientes de que no se podrían vulnerar derechos, resulta apresurado después de todas las consideraciones expuestas en esta investigación.

Naturalmente se debe comprender, que lo que se pretende con esta investigación no es hacer del Derecho una disciplina perfecta. Sabemos que por su naturaleza esto sería poco sensato y desapegado de la realidad, pero tampoco se debería descartar la posibilidad que puede ser perfectible. Por tanto sugerencias como la planteada podrían otorgarle mayor claridad, y alejar la especulación que sobre la imparcialidad judicial existe alrededor de este tema en cuanto a la sana crítica.

¹²² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, RO 449, 2 de octubre 2008. Art. 75 Énfasis Añadido.

Conclusiones

Debido a la naturaleza social del Derecho como disciplina, los conceptos jurídicos indeterminados son parte inherente del mismo. Muchas veces, los conceptos jurídicos indeterminados están presentes en la legislación, debido a la intención voluntaria del mismo legislador de introducir esos conceptos jurídicos, como es el caso de la sana crítica. La sana crítica debido a las razones expuestas en esta investigación, no es fiable, por su intangibilidad e indeterminación conceptual, no existe manera alguna de preparar contramedidas cuando se haya fallado en su ejecución.

La sana crítica, como concepto jurídico indeterminado, tiene un papel relevante, pero esa relevancia no se la debe enfocar en la aceptación o no de la solicitud de la prueba nueva. Desde mi perspectiva esta inclusión normativa es una equivocación legislativa.

La indeterminación conceptual de la noción de sana crítica conlleva lesiones al derecho a la seguridad jurídica y al derecho a la defensa. Ante la evidente falta de una normativa expresa y objetiva, el juez tiende a acudir a su apreciación conceptual de índole personal, con las consecuencias que aquello implica.

No se puede pretender bajo ninguna circunstancia, que la aplicación, entendimiento y ejecución de la sana crítica sean las mismas en uno y otro juzgador. Como se ha analizado en las entrevistas realizadas, tiene diferentes modos de comprensión en el imaginario judicial.

La prueba nueva, sin duda constituye un avance significativo. La presencia de esta figura jurídica, otorga a las partes una posibilidad adicional para respaldar sus asertos, en casos en que no se haya podido disponer de ella durante los actos de proposición, pudiendo ser desequilibrante dentro del proceso, siempre y cuando la aceptación de la solicitud esté bien respaldada por normas expresas y objetivas.

La aceptación de la solicitud de la prueba nueva no puede estar sujeta a la sana crítica del administrador de justicia, como equivocadamente lo establece el Código General de Procesos. Por lo tanto, es necesaria una reforma que modifique la parte final del contenido del artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos. Dicha reforma, deberá contemplar que los únicos requisitos para la aceptación de la solicitud de la prueba nueva son de forma y de fondo, y están dados en la parte inicial del mencionado artículo, de los cuales se habla con precisión.

La sana crítica bajo los lineamientos establecidos actualmente en el artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos, no constituye un criterio de admisión de la prueba nueva. Únicamente se le asigna de manera debatible la aceptación o no de la solicitud de prueba nueva. Para el efecto, no se debe olvidar que las pruebas, cualesquiera que estas sean, no se aceptan en los expedientes, sino que se admiten en la audiencia respectiva, el antedicho cuerpo legal es claro cuando dispone acerca de la admisión, aceptación y valoración de la prueba, momento procesales diferentes de la aceptación o no de la solicitud de la prueba nueva.

La sana crítica esta aceptada en el sistema legal ecuatoriano, sin embargo, eso no significa que de ella no se puede hacer un análisis más meticuloso, más allá de la doctrina, que contemple que su aplicación es vulnerable. El Derecho como disciplina no se desenvuelve en un medio aislado, al contrario, recibe influencia directa tanto de las circunstancias como de los fenómenos sociales, lo que le obliga a evolucionar. Además depende del auxilio de otras disciplinas y ciencias, y es en base a aquello que mediante un análisis más amplio que se puede colegir que la sana crítica puede ser permeable y estaría sujeta a la interpretación personal de quien la ejecuta.

No se pretende bajo ninguna circunstancia hacer un Derecho perfecto, pero tampoco se debería no considerar que pueda ser perfectible.

Bibliografía

- Alegre Vidal, Joaquín. *La Gestión del Conocimiento como motor de la innovación- Lecciones de la industria de la alta tecnología para empresas*, (España: Atenea, 2004), en: <https://books.google.com>
- Ara Pinilla, Ignacio. “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, *Anuario de filosofía del Derecho*, ISSN 0518-0872, N° 21, (2004), <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1217046.pdf>.
- Barrios, Gonzales Boris. *Teoría de la Sana Crítica*, (México DF: Ubijus, 2018), en: http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf
- Bentham, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*, (Buenos Aires: Edit. Ejea, 1959), tomo I.
- Biblioteca Virtual Universal, Sófocles, en: <https://www.biblioteca.org.ar/libros/133636.pdf>
- Borja Taco, Héctor Darío. “La Falta de Eficacia Probatoria en Materia Penal”, (Tesis Doctoral, Universidad Central del Ecuador, Quito, 2016), en: <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/5977/1/T-UCE-0013-Ab-138.pdf>
- Bleger, José. *Psicología de la Conducta*, (Barcelona: Paidós, 1983), en: <http://files.psicologiaisef.webnode.com>
- Bofill G. Jorge. “Preparación de Juicio Oral”, *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 19 Universidad Católica de Chile, (2002): En: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650274>
- Borja, Manuel. *La prueba en el Derecho Colombiano*, (Bucaramanga, Editorial, Bucaramanga 2000).
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, (Argentina: Heliasta, 1985).
- Cabrera Segovia, Juan Carlos. Algunos apuntes Doctrinarios sobre la prueba y la prueba prohibida, *Revista Derecho y Cambio social*. En: <https://www.derechocambiosocial.com/revista004/probanza.htm>

- Campos Solórzano, Álvaro Henry. “La Sana Crítica como criterio de Valoración de las Pruebas en Materia Penal” (Tesis doctoral, Universidad Dr. Matías Delgado, El Salvador, 1987), en: <http://www.academiadederecho.org>
- Calamandrei, Piero. *Estudio sobre el Proceso*, trad. Santiago Sentis Melendo, (Buenos Aires: Bibliográficas Argentina, 1961).
- Castañeda, Pablo. “Aspectos Procesales de la Prueba”, en: <https://www.derechoecuador.com/aspectos-procesales-de-la-prueba>
- Carnelutti, Francesco. *Institución del Proceso Civil*, (Buenos Aires: Edit. Ejea, 1959).
- _____. *La Prueba Civil*, trad. de Niceto Alcalá-Zamora. Buenos Aires: Depalma 1982.
- Colmeiro, Manuel. Citado en Benfeld, Johann. “Los Orígenes del Concepto Sana Crítica”, *Revista de Estudios Historicos-Juridicos*. Núm. XXXV, (2013) en: <https://www.scielo.cl/pdf/rehj/n35/a18.pdf>
- Coloma Correa, Rodrigo. y Agüero San Juan, Claudio. “Fragmentos de un imaginario judicial de la sana crítica”. *Revista, Ius et Praxis* vol. 20 n.- 2, (2004), en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000200011>
- Colombia, *Corte Suprema de Justicia*, Auto interlocutorio, dentro de la causa N.- 29626 _____Corte Constitucional, “Sentencia” N.- T-393-94, en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-393-94.htm>
- _____. *Código de Procedimiento Civil*, Decreto N.- 1400
- Campos Sura, Gustavo Adolfo. “El desacierto de la prueba nueva en el COGEP”, (Tesis de Abogacía, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 2017), en: <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/9612>
- Corte IDH, “Sentencia de 5 de agosto de 2008 *Caso Apitz Barbera y otros vs Venezuela*, 5 de agosto de 2008, en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf
- Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: Ediciones Editar S.A., 1958).
- Cuadros, Añazco Alfredo. “Presentación de la prueba en el COGEP”, *Blog Jurídico*, (2017) en: <https://alfredocuadros.com/2017/01/12/presentacion-de-prueba-segun-el-cogep/>
- Cusi Alanoca, José Luis. La Sana Crítica del Juez “Como método de aplicación en los procesos contra la violencia a las mujeres” Artículo ya publicado en “La Revista Federal del Derecho” (Argentina), ISSN 2591-5037, Número (3), “Cita: IJ-

- DXL-437”, en fecha 24 de Octubre de 2018, página: LEJISTER.com en: <https://www.lejister.com>
- Devis Echandia, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, (Buenos Aires: Víctor de Zavalia).
- _____. *Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales*, Tomo II. (Biblioteca Jurídica Dike. Décima Edición. 1994), 111.
- _____. Citado en Luis Alberto Petit Guerra, *Postulación de pruebas y sus efectos en los procesos anulados. Una propuesta desde la perspectiva constitucional en Venezuela*”, citado en Raúl Tavolari Oliveros, *Derecho Procesal Contemporáneo: Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, t. II* (Chile: Puntotext, 2010)
- Dos Santos, Gabriel. “La prueba y la búsqueda de la verdad”, *Revista del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, N.- 1, (2013), en: <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=66205&print=1>
- Duce, Mauricio. *La prueba pericial y su admisibilidad en un nuevo Proceso Civil*, (Chile, 2011), 127, en: <http://200.14.85.186/reformasprocesales>
- Duran Leiva, Pablo. “El concepto de pertinencia en el Derecho Probatorio de Chile”, (Tesis Doctoral, Universidad Austral de Chile, 2016), en: <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2016/egd948c/doc/egd948c.pdf>
- Ecuador, *Código de Enjuiciamiento Civil*, RA 1907, 19 de octubre de 1907 Derogado,
- _____. Corte Constitucional. “Sentencia”, en *Juicio No.- 313-15-SEP-CC*, de 31 de octubre 2005.
- _____. Constitución de la Republica del Ecuador, RO 449, 20 de octubre 2008.
- _____. Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial 517, 26 de junio 2019.
- _____. Código Orgánico de la Función Judicial, RO 244 del 9 de marzo del 2009.
- _____. Corte Constitucional para el Período de Transición, “Sentencia” No. 031-10-SCN-CC, en *casos acumulados: 004-10-CN, 0045-10-CN, 0046-10-CN, y 0047-10-CN*, de 2 de diciembre de 2010, en Registro Oficial, Suplemento No. 372, de 27 de enero de 2011.
- _____. Corte Constitucional, “Sentencia” No. 016-13-SEP-CC, *caso 1000-12-EP*, 16 de mayo de 2013.
- _____. Corte Constitucional, “Sentencia” No. 012-13-SEP-CC, *caso No. 0253-11-EP.*, 9 de mayo 2013, en:

<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=012-13-SEP-CC>

_____. Corte Constitucional, “Sentencia” de 31 de octubre de 1995, Gaceta Judicial N° 4, de 31 de octubre de 1995, citada en “Sentencia”, No.- 313-15-SEP-CC, *en caso No.- 2005-13-EP*, 23 de septiembre de 2015.

_____. Corte Constitucional, “Sentencia” N.- 244-16-sep-cc, 3 de agosto de 2016.

_____. Corte Constitucional, “Sentencia” No. 063-14-SEP-CC, *caso No. 0522-12-EP*, 9 de abril 2014.

_____. Corte Nacional de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social “Resolución” N.º 505-09, *en Juicio N.- 41-07*, 20 de febrero de 2009

Endicott, Timothy. Citado en Melissa Núñez Pacheco. *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería Controversias y soluciones*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013).

Escobar Pérez, Miriam Janeth. “La valoración de la prueba, en la motivación de una sentencia en la legislación ecuatoriana.” (Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010), en: <http://hdl.handle.net/10644/1135>.

España, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, ley 1/2000, de 7 de enero de 2018

Espinosa Rodríguez, Tulio Enrique. 1967, citado en: Campos Solórzano, Álvaro Henry, “La Sana Crítica como criterio de Valoración de las Pruebas en Materia Penal” (Tesis doctoral, Universidad Dr. Matías Delgado, El Salvador, 1987), 34, en: http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf

Estrada Proaño, Rodrigo “Verdad histórica y verdad procesal” *Iuris Dictio*, 2017: 102 en: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/download/904/1128/#:~:text=Un%20tipo%20de%20verdad%20que,es%20decir%2C%20la%20verdad%20procesal>.

Fingermann, Gregorio. *Lógica y teoría del conocimiento*, (México: El Ateneo, 1997) en: <file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/logica.pdf>.

Flores García, Fernando. “Elementos de la prueba”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, biblioteca Jurid512, En: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam>

Gauquelin, Michael. *Los Temperamentos y los Caracteres*, citado en: *La psicología Moderna de las A a la Z, Varios Autores* (Bilbao: Ediciones Mensajero.)

- Giacometto Ferrer, Ana. *Teoría general de la prueba judicial*, (imprenta nacional de colombia, Bogotá, 2003)
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomas Ramón. *Curso de derecho administrativo. vol. i*, 15ª (España: Ed. Thomson Civitas, 2011)
- García García, Lyda Fabiola y Máximo Vicuña de la Rosa. “Elementos de la Sana Crítica en el proceso civil”, *Revista Scielo*, (2014), en: <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n26/n26a04.pdf>
- García Falconí, José Carlos. “Recurso de revisión en materia penal ¿qué es la nueva prueba?”, *Derecho Ecuador.com*, (2016), en <https://www.derechoecuador.com> _____ .“Ofrecimiento de la Prueba Nueva en el COGEP”. *Derecho Ecuador*, 2016, en: <https://www.derechoecuador.com>
- González Solano, Gustavo, *Principios de metodología jurídica*: (San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2007).
- Guasp, Jaime. *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil Española*, citado en San Martín Hernández, María Ignacia, “*El Control de la Sana Crítica a través del Recurso de Casación*”, (Tesis Doctoral, Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile, 2013), en: <http://repositorio.unab>
- Haba, Enrique Pedro. *Axiología Jurídica Fundamental*, (San José, Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2004)
- Illescas Rus, Ángel Vicente. “La Prueba en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y su Repercusión en los Procesos del Automóvil,” (ponencia del Congreso Constituyente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros), en: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon5.pdf>
- León Ordoñez, Daniela Alejandra. León Ortiz Rayza Belén, Duran Ocampo Armando Rogelio. “La prueba en el Código Orgánico General de Procesos”, *Universidad y Sociedad vol.11 no.1 Cienfuegos*, (2019) en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S22183620201900010035 9, 10
- Lessona, Carlos. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*, (Madrid: Editorial Reus, 1928)
- Martínez Pineda, Ángel. Citado en Boris Barrios Gonzales. *Teoría de la Sana Crítica*, (México DF: Ubijus, 2018), 45, http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf

- Montero Cano, Tiffany. Vargas Ortiz, Amanda. “Las implicaciones de los conceptos jurídicos indeterminados del artículo 138 inciso d) del código procesal contencioso administrativo respecto del acceso a la justicia en casación administrativa”, (Tesis Doctoral, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Costa Rica: 2017), en: <https://docplayer.es>
- Nieva Fenoll, Jordi. *La Valoración de la Prueba*, (Edit. Marcial-Pons, Madrid, 2010) ,19 en: <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788497687577.pdf>
- Nisimblat, Nattan. *Los principios rectores del procedimiento y del proceso en Colombia*,1,en:http://www.academia.edu/30498710/los_principios_rectores_del_procedimiento_y_del_proceso_en_colombia_Principles_of_Procedure_and_process_in_Colombia_
- _____. Derecho Probatorio, en: https://www.academia.edu/5102407/derecho_probatorio.nattan_nisimblat
- Noya, Martha. “La Sana crítica del juez, insana para el ejercicio de los derechos de las mujeres”, *Tinkazos, Revista Boliviana de Ciencias Sociales*, núm. 39, (2016) en: <http://www.redalyc.org/pdf/4261/426146435005.pdf>
- Núñez Pacheco, Melissa. *Los conceptos jurídicos indeterminados: La mercadería Controversias y soluciones*,(Quito: Corporación Editora Nacional, 2013)
- Oberg, Héctor. Citado en: Gonzales, Joel, “Fundamentación de la Sentencia y la Sana Crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N.- 1, (2006), en: <http://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v33n1/art06.pdf>.
- Midon, Marcelo. *Derecho Probatorio*, (Buenos Aires: 2007, Ediciones Jurídicas), en:<https://books.google.com.ec>
- Ortega Gutiérrez, David citado en Melissa Núñez Pacheco. *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería Controversias y soluciones*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013)
- Quelal, Antonieta. “La Aplicación de la sana crítica para resolver sobre la prueba nueva a partir de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos”, (Monografía, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador Quito.2018)
- Ramírez Romero, Carlos. *Apuntes sobre la prueba en el COGEP*, (Quito: Corte Nacional De Justicia, 2017)
- Rocha Alvira, citado en José Gregorio Hernández Galindo. La Prueba en Derecho, La Voz del Derecho, julio 30 de 2015, en: <https://lavozdelderecho.com>

- San Martín Hernández, María Ignacia. “El control de la sana crítica a través del recurso de casación”. (Tesis doctoral, Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile, 2013)
- Sentis Melendo, Santiago. “*Qué es la Prueba*” (Naturaleza de la prueba) Revista derecho Procesal Iberoamericana, N.-2 1973., en: <http://www.academiadederecho.org>
- _____. *La Prueba*. (Buenos Aires: Editorial EJE, 1979)
- Serra Domínguez, citado en Terán Luque Marco. El Debido Proceso legal, *La Prueba Ilícita*, 2005, en: <https://www.derechoecuador.com/la-prueba-ilicita>
- Silva Melero, Valentín. *La Prueba Procesal*, (Madrid, Edit. Revista de Derecho privado, 1963)
- Taruffo, Michele. *La Prueba de los Hechos*, trad. Ferrer Beltrán, (Madrid, Trota 2002)
- Torregrosa Jiménez, Norhys Esther. Carlos Bernardo Medina Torres, “Valoración y análisis de la Prueba Judicial”, *Primera instancia*, N.-5,15 de mayo de 2015, 59 en <https://www.primerainstancia.com>
- Vicente y Caravantes, José de. *Tratado Histórico, Crítico, Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil, según la Nueva Ley de Enjuiciamiento*, (Madrid Ed. Imprenta de Gaspar y Roig, 1856)T.1

Anexos

Entrevistas realizadas a jueces.

Objetivo: Establecer que la sana crítica debido a sus imprecisiones prácticas y conceptuales, es un concepto jurídico indeterminado y que por tanto no permite una aceptación objetiva de la solicitud de prueba nueva de la que habla el artículo 166 del Código Orgánico General de Procesos, debido básicamente al albedrío que tiene el administrador de justicia para su discrecional aplicación.

Más aun si se considera que la misma no se encuentra normada taxativamente en ningún cuerpo jurídico dentro la legislación ecuatoriana, y que su aplicación únicamente se ve limitada a la experiencia biográfica que de ella se tiene, lo que ahonda aun más en su indeterminación conceptual, y en el albedrío que tiene el juez para su uso y aplicación.

La presente entrevista está dirigida a profesionales del Derecho, tanto jueces como abogados en el libre ejercicio.

Entrevista N.- 1

Datos de la entrevistada:

Nombre: Dra. Raquel Núñez

Edad: 47 años

Profesión: Doctora en Jurisprudencia

Núm. De matricula profesional: 22-2004-7

Cargo: Juez Laboral

Experiencia: como juez 7 años, como abogada 16 años

Lugar donde se realizó la encuesta: Oficina particular

Fecha: 13 de noviembre de 2020

Duración de la entrevista: 1 hora

1.- Para Usted ¿qué es la sana crítica?

La sana crítica es el método de apreciación de la prueba (ya sea testimonial, pericial, inspección judicial, documental), donde el juez la valorará de acuerdo a la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

La regla de la sana crítica, faculta al Juez, la apreciación de las pruebas, otorgándole libertad para examinarla, preferir aquellas que a su juicio tienen mayor credibilidad en relación al asunto que se discute en la causa. Es una operación intelectual que el Juez deberá realizarla con lógica, haciendo uso de su experiencia, dentro de la racionalidad.

2. ¿Qué entiende por conocimientos científicos? Ejemplifique si es posible, con casos de su propia experiencia cuando acudió a los conocimientos científicamente afianzados.

Conocimiento científico, es el conjunto ordenado, comprobado y sistematizado de saberes obtenidos de forma metódica y sistemática a partir del estudio.

Los jueces acudimos a los conocimientos científicos a través de los informes periciales sobre los puntos atinentes al proceso.

3. ¿Qué entiende por lógica?, y cuáles serían desde su perspectiva sus límites.

La Lógica, como cualquier otra ciencia, posee como objetivo la búsqueda de la verdad. Lo que es verdadero son los enunciados; y la búsqueda de la verdad consiste en el empeño por separar los enunciados verdaderos de los restantes, de los que son falsos.

4. ¿Qué entiende por reglas de la experiencia?, Explique cómo cree que pueden aportar en la labor de un juez.

Son enunciados generales y abstractos que describen la forma en que casi siempre ocurren ciertos fenómenos. Deben referirse, necesariamente, a fenómenos cotidianos, pues solo así es posible utilizarlos para constatar que frente a determinada situación se presenta un determinado fenómeno.

5. En el caso que haya contradicciones entre conocimientos científicos, reglas de la experiencia y lógica: ¿cuál debiera prevalecer y por qué?

Considero que se debería aplicar los conocimientos científicos, al ser un conjunto de hechos verificables y sustentados en evidencia recogidos por las teorías científicas.

6. ¿Usted cree que existe una manera confiable de probar que un juez hizo uso correcto de su sana crítica? Explique.

El juez hace uso correcto de la sana crítica, cuando su razonamiento se apoya necesariamente en la prueba que consta en autos, en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes. Además, se puede determinar que el juez no hizo uso correcto de la sana crítica, cuando no desarrolle lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida.

7. ¿Usted cree que es confiable que la aceptación de la solicitud de prueba nueva deba estar condicionada únicamente a la sana crítica del juez? Explique por qué.

No debe estar condicionada la aceptación de la solicitud de la prueba nueva, únicamente a la sana crítica del juez, ya que por el principio de contradicción la otra parte procesal, tiene derecho a presentar sus objeciones a dicha prueba, además el juzgador debe analizar que la prueba que se va a presentar es sumamente relevante en el proceso, sin embargo, esto genera una gran controversia en lo que estipula la ley respecto del tiempo máximo en que se debe presentar la prueba a las partes procesales, por cuanto el artículo 76, numeral 7, literal b nos dice: “El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.”

8. En términos generales, ¿considera Usted que los jueces que aceptan una solicitud de prueba nueva apegados únicamente a su sana crítica encuentren una forma válida de justificar la aplicación de esa sana crítica en su sentencia? Explique

No, a pesar de lo previsto en el Art. 76, numeral 7, literal L, de la Constitución de la República del Ecuador, ordena que “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”; esto en concordancia con el Art. 89 del Código Orgánico General de Procesos, aún a pesar de ello, puede existir discrecionalidad.

9. ¿Es fundamental que un juez posea conocimientos técnicos o específicos respecto a una materia que debe juzgar? (por ejemplo cuando estos son delitos económicos, sexuales, o contables o incluso aquellos que tengan que ver con la medicina) Explique

El conocimiento del juez es limitado en ciertos ámbitos, por ello el juez requiere cada vez con mayor frecuencia el aporte que en determinadas materias pueda ofrecerle un experto en el tema, sobre algún conocimiento científico o técnico que sirvan para establecer ciertos hechos controvertidos, y la forma más común de acercar este conocimiento al órgano jurisdiccional es a través de la prueba pericial.

10. A su criterio, ¿cuáles serían cinco características más relevantes de un buen juez?, y, ¿Qué caracteriza a un mal juez?

El juez debe ser idóneo, excelente, imparcial, independiente, honesto.

La idoneidad y excelencia se concretan en condiciones académicas o intelectuales y en valores personales y morales, respectivamente; la imparcialidad e independencia se traducen en estos mismos valores personales, pero también en la vocación y valentía del juez, la cual se exige para que este pueda enfrentar las presiones de personas o grupos de poder; el juez, debe tener el conocimiento científico que requiere la correcta ejecución de la ciencia jurídica.

Un mal juez, es quien no tiene conciencia de su rol y hace un uso errado o desviado del conocimiento, carece de la inteligencia emocional y honestidad que requiere el cargo.

11. Como es de su conocimiento una de las falencias de la sana crítica es que no consta en un cuerpo jurídico normativo taxativo, que solución propondría al respecto.

En efecto, las reglas de la sana crítica no se encuentran definidas en la ley, suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba, pero que no excluyen la discrecionalidad absoluta del juzgador.

El legislador debería definir conceptualmente en la ley, a la sana crítica, así como también sus reglas deben constan en el texto legal.

12. Desde su punto de vista, ¿cómo se podría hacer, para que las personas confíen en la sana crítica de un juez?

El juzgador debe ajustarse en todo momento a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos, por ello tiene la obligación de exteriorizar el razonamiento probatorio empleado, plasmándolo en la sentencia como única forma de controlar su racionalidad y coherencia. Esta motivación permite que las personas puedan constatar que la libertad de ponderación de la prueba ha sido utilizada de forma correcta, adecuada y que no ha generado en arbitrariedad.

13. ¿Usted confía en la sana crítica de un juez? Explique porque si o porque no.

Como juzgadora confío en la sana crítica que realizo para la apreciación de los medios probatorios aportados por los litigantes, por cuanto esta operación intelectual la realizo con lógica, haciendo uso de mi experiencia, dentro de la racionalidad.

14. ¿Por qué diría que la sana crítica es un concepto jurídico indeterminado?

Porqué no está conceptualizada en norma legal alguna.

15. Usted diría que la sana crítica se fortalece por los años de experiencia en la labor de ser juez, o simplemente es una figura legal en la cual pesa más su costumbre, que su efectividad probada y verdadera.

Considero que la sana crítica de un juez, si se fortalece por los años de experiencia, ya que se requiere preparación. Sin embargo, debe construirse una teoría o método lo suficientemente elaborado en el Derecho Probatorio, sobre todo en el tema de la valoración de las pruebas, para que no quede al arbitrio del juzgador.

16. Usted cree que un juez novato tiene la misma capacidad de aplicar la sana crítica que un juez con amplia trayectoria? Explique.

Puede ser que en algunos casos, los jueces que recién asumen la función, no estén totalmente preparados para ejercer la libertad que ofrece la Sana Crítica, como ya lo señalé un juez más experimentado tiene una visión más amplia sobre la valoración de la prueba.

Entrevista N.- 2

Datos del entrevistado:

Nombre: Dr. Wilson Hernán Quelal Onofre

Edad: 61 años

Profesión: Dr. en Jurisprudencia

Núm. De matricula profesional: 91

Cargo: Juez Multicompetente del Cantón Montufar

Años de experiencia: 20 años

Lugar donde se realizó la encuesta: Oficina particular

Fecha: 13 de enero de 2021

Duración de la entrevista: 1 hora

1. Para Usted ¿qué es la sana crítica?

Son los juicios de valor que aplicaban los Jueces - Juezas para resolver un litigio civil, laboral, entre otros basado en sus conocimientos y experiencia, es decir que tenía facultad discrecional para aplicar conceptos de moral, ética, profesionalidad y experiencia en los casos sometidos a su decisión, sin que esto afecte el contenido motivado de una Sentencia o Resolución.

2. ¿Qué entiende por conocimientos científicos? Ejemplifique si es posible, con casos de su propia experiencia cuando acudió a los conocimientos científicamente afianzados.

Los conocimientos científicos que pudiera tener un operador de justicia estarían determinados en su amplia preparación y estudios en una establecida materia, pero en ningún momento serían privilegiados al aporte dado por los Peritos Especializados en las diferentes materias o campos de auxilio para la Administración de Justicia, como en el caso de ADN para establecer la paternidad de un demandado que se niega a reconocer a su hijo o hija o el examen grafológico de firmas y rúbricas en caso de la negativa del demandado a reconocerlas así podríamos citar un sinnúmero de casos que sí requieren el auxilio y los conocimientos de Peritos Especializados en los diferentes campos de la Actividad Humana.

3. ¿Qué entiende por lógica?, y cuáles serían desde su perspectiva sus límites.

Lógica es la actitud que tiene el ser humano de pensar y actuar correctamente, diferenciar entre lo bueno y lo malo, los límites estarían dados por la ley, en el caso de un operador de justicia que en su decisión final quisiera aplicar la lógica y no la ley, sería dejar en indefensión al justiciable.

4. ¿Qué entiende por reglas de la experiencia?, Explique cómo cree que pueden aportar en la labor de un juez.

La experiencia es un valor importante en la vida de las personas y gracias a ella se enmiendan errores que se cometen en la vida, su aporte en el Derecho y la administración de justicia en especial, está relacionado a su trabajo constante posiblemente en un mismo campo o materia, sin embargo debemos considerar que no todos los casos son los mismos a veces semejantes y la experiencia no ayuda y hay que aplicar correctamente el Derecho.

5. En el caso que haya contradicciones entre conocimientos científicos, reglas de la experiencia y lógica: ¿cuál debiera prevalecer y por qué?

Los conocimientos científicos se los obtiene gracias a una constante preparación, investigación, metodología, análisis en ningún momento estos conocimientos deben ser sustituidos por reglas de la experiencia, que es una actitud subjetiva, interna de la persona.

6. ¿Usted cree que existe una manera confiable de probar que un juez hizo uso correcto de su sana crítica? Explique.

Solo si la sana crítica aplicada por el juez en un determinado caso, guarda lógica relación con los hechos introducidos como prueba dentro de un proceso, caso contrario no, cómo se podría probar la conducta del juez que en un especial momento aplicó una sana crítica basada en su estado de ánimo o de su amistad o enemistad con las partes o sus abogados.

7. ¿Usted cree que es confiable que la aceptación de la solicitud de prueba nueva deba estar condicionada únicamente a la sana crítica del juez? Explique por qué.

Si la sana crítica es aplicada en relación con los hechos probados con la nueva prueba, creo que sí, pero si esta prueba nueva no guarda relación con los hechos y sin embargo el juez la acoja para sustentar su sana crítica, considero que su decisión es poco confiable.

8. En términos generales, ¿considera Usted que los jueces que aceptan una solicitud de prueba nueva apegados únicamente a su sana crítica encuentren una forma válida de justificar la aplicación de esa sana crítica en su sentencia? Explique

Si no guarda relación con los hechos materia de la acción su sana crítica sería irrelevante y no podría justificar su decisión basada en hechos subjetivos propios del juez, la solicitud de la prueba nueva, no debe estar sujeta a la sana crítica del mismo.

9. ¿Es fundamental que un juez posea conocimientos técnicos o específicos respecto a una materia que debe juzgar? (por ejemplo cuando estos son delitos económicos, sexuales, o contables o incluso aquellos que tengan que ver con la medicina) Explique.

Por supuesto que sí y así debe ser dentro de la administración de justicia, para cada materia un juez especializado, debería eliminarse los jueces multicompetentes porque a pesar de sus extensos conocimientos, en la correcta aplicación del Derecho en los casos sometidos a su conocimiento, se podría errar y no de mala fe sino por la complejidad que implica el conocer y resolver diferentes materias, es como pedirle a un cirujano de corazón atienda un embarazo, no hay lógica ni coherencia.

10. A su criterio, ¿cuáles serian cinco características más relevantes de un buen juez?, y, ¿Qué caracteriza a un mal juez?

Siempre un Juez debe ser honesto, responsable, que tenga amplios conocimientos de la materia, que falle apegado a la prueba aportada por las partes y sobretodo humano.- Un mal juez, un ser despreciable, deshonesto, corrupto, irresponsable, nada de conocimientos jurídicos e ingresado a la administración de justicia por política, compadres, pagando dinero o a dedo, esos no sirven para ocupar un cargo tan delicado para la persona y la sociedad que espera del juez justicia justa.

11. Como es de su conocimiento una de las falencias de la sana crítica es que no consta en un cuerpo jurídico normativo taxativo, qué solución propondría al respecto.

Ninguna, no debe constar en un texto legal la aplicación de la sana crítica, es un retroceso que debe quedar en el pasado.

12. Desde su punto de vista, ¿cómo se podría hacer, para que las personas confíen en la sana crítica de un juez?

Las personas actualmente ya tienen conocimiento de sus derechos y la aplicación de la sana crítica en sus acciones, civiles o de cualquier género introducidos en una sentencia o resolución, los dejaría en la indefensión y para mi criterio este sería una causal de nulidad que debería ser insertada en un cuerpo legal,

13. ¿Usted confía en la sana crítica de un juez? Explique porque si o porque no.

Personalmente si la decisión se enmarca en un criterio subjetivo del juez basado en su experiencia no confiaría, pero si utiliza la sana crítica basado en los hechos probados en el proceso, si lo haría.

14. ¿Por qué diría que la sana crítica es un concepto jurídico indeterminado?

E innecesario añadiría, porque no podemos como jueces basar nuestras decisiones apoyados en un criterio personal, propio, subjetivo que nace de la razón, moral, lógica, interna del juez o Jueza, incluso su estado de ánimo.

15. Usted diría que la sana crítica se fortalece por los años de experiencia en la labor de ser juez, o simplemente es una figura legal en la cual pesa más su costumbre, que su efectividad probada y verdadera.

Sí, pero no debe ser aplicada en las decisiones judiciales.

16. Usted cree que un juez novato tiene la misma capacidad de aplicar la sana crítica que un juez con amplia trayectoria? Explique.

Un juez novato ni siquiera conocería el concepto de la aplicación de la sana crítica en sus decisiones y es mejor, un juez de amplia trayectoria debería aplicar su

experiencia y conocimientos en el campo del Derecho, respetando siempre las normas constitucionales y legales, en otras palabras el debido, proceso, el derecho de las partes a la defensa en igualdad de condiciones, a valorar las pruebas introducidas en la audiencia oral y acoplarse siempre a los cambios que en todas las materias y en nuestro campo las leyes, a diario cambian, se transforman y evolucionan.

Entrevista N.- 3

Datos del entrevistado

Nombre: Dr. Carlos Fuentes

Edad: 46 años

Profesión: Abogado

Núm. De matricula profesional: 17.2008.29

Cargo: Juez

Experiencia: 5 años de juez

Lugar donde se realizó la encuesta: Oficina particular

Fecha: 14 de enero de 2021

Duración de la entrevista: 1 hora

1. Para Usted ¿qué es la sana crítica?

La sana crítica es considerada un sistema eléctrico, entre la prueba y la libre convicción, mediante la cual el juzgador aprecia los elementos probatorios conforme a las reglas de la lógica, la experiencia, las ciencias y artes afines.

2. ¿Qué entiende por conocimientos científicos? Ejemplifique si es posible, con casos de su propia experiencia cuando acudió a los conocimientos científicamente afianzados.

Hay conocimientos científicos cuando a través del método científico, se ha logrado acumular nuevos conocimientos y nuevas experiencias, siendo que la ciencia avanza en la medida que se logren plantear y resolver los problemas. Ejemplo, las pruebas de ADN para establecer la paternidad.

3. ¿Qué entiende por lógica?, y cuáles serian desde su perspectiva sus límites.

Se mencionaría que es el estudio de los procedimientos válidos y no válidos de pensamiento.

4. ¿Qué entiende por reglas de la experiencia?, Explique cómo cree que pueden aportar en la labor de un juez.

Conocimientos adquiridos durante el ejercicio de las funciones aplicables conforme las reglas de la sana crítica.

5. En el caso que haya contradicciones entre conocimientos científicos, reglas de la experiencia y lógica: ¿cuál debiera prevalecer y por qué?

Deben prevalecer los conocimientos científicos, porque se ha llegado a la verdad, a través de procedimientos comprobados.

6. ¿Usted cree que existe una manera confiable de probar que un juez hizo uso correcto de su sana crítica? Explique.

Es un tanto relativo, tratando de determinar que aplicada la sana crítica, no produjo daño alguno dentro del proceso.

7. ¿Usted cree que es confiable que la aceptación de la solicitud de prueba nueva deba estar condicionada únicamente a la sana crítica del juez? Explique por qué.

No es confiable, solo estaría condicionada a los nuevos hechos que se den en el proceso.

8. En términos generales, ¿considera Usted que los jueces que acepten una solicitud de prueba nueva apegados únicamente a su sana crítica encuentren una forma válida de justificar la aplicación de esa sana crítica en su sentencia? Explique

No, porque la sana crítica es solo la experiencia adquirida. Se debería basar en la ley, la jurisprudencia y en aplicaciones de normas lógicas. Pero la sana crítica al no tener respaldo legal pasa en unos casos a ser discrecional.

9. ¿Es fundamental que un juez posea conocimientos técnicos o específicos respecto a una materia que debe juzgar? (por ejemplo cuando estos son delitos

económicos, sexuales, o contables o incluso aquellos que tengan que ver con la medicina) Explique.

Si, por que no sería dable que un juez civil conozca o resuelva una materia penal o lo contrario, pues cada juez debe tener su especialidad.

10. A su criterio, ¿cuáles serian cinco características más relevantes de un buen juez?, y, ¿Qué caracteriza a un mal juez?

Honestidad, respeto, conocimiento, actitud y dedicación.

11. Como es de su conocimiento una de las falencias de la sana crítica es que no consta en un cuerpo jurídico normativo taxativo, que solución propondría al respecto.

La sana crítica para ser efectiva debiera estar reglada, sin embargo a falta de eso, debe mantenerse como conocimientos adquiridos a lo largo de la experiencia.

12. Desde su punto de vista, ¿cómo se podría hacer, para que las personas confíen en la sana crítica de un juez?

Que la sana crítica otorgue una real fiabilidad.

13. ¿Usted confía en la sana crítica de un juez? Explique porque si o porque no.

Es relativa, porque son conocimientos adquiridos a través de las experiencias.

14. ¿Por qué diría que la sana crítica es un concepto jurídico indeterminado?

Por qué se basa únicamente en experiencias.

15. Usted diría que la sana crítica se fortalece por los años de experiencia en la labor de ser juez, o simplemente es una figura legal en la cual pesa más su costumbre, que su efectividad probada y verdadera.

En los años de experiencias adquiridos por el juez.

16. Usted cree que un juez novato tiene la misma capacidad de aplicar la sana crítica que un juez con amplia trayectoria? Explique.

Un juez novato por lógica no puede tener la misma experiencia que un juez con varios años de servicio.

Entrevista N.- 4

Datos del entrevistado:

Nombre: Dr. Paul Narváez

Edad: 50 años

Profesión: Abogado

Núm. De matricula profesional: 17-2008-53 F.A.

Cargo: Juez

Años de experiencia: 3 años

Lugar donde se realizó la encuesta: Oficina particular

Fecha: 15 de enero de 2021

Duración de la entrevista: 1 hora

1. Para Usted ¿qué es la sana crítica?

Son reglas de que debieran servir al juez para valorar las pruebas practicadas en juicio.

2. ¿Qué entiende por conocimientos científicos? Ejemplifique si es posible, con casos de su propia experiencia cuando acudió a los conocimientos científicamente afianzados.

Son conocimientos que, sustentados en bases científicas, se encuentran debidamente comprobados. Ejemplo: La prueba de ADN en la declaración judicial de paternidad

3. ¿Qué entiende por lógica?, y cuáles serian desde su perspectiva sus límites.

Son razonamientos (premisas) que confrontadas, sopesadas, conducen a una conclusión. A veces la conclusión puede ser falsa, por lo que el ejercicio de lógica debe procurar una conclusión verdadera.

4. ¿Qué entiende por reglas de la experiencia? Explique cómo cree que pueden aportar en la labor de un juez.

Estas reglas son adquiridas por la aprehensión directa de conocimientos del juzgador, en el transcurso de su vida; tanto de conocimientos personales como de terceras personas. Suelen ser de especial utilidad pues tiene relación con la cultura, costumbres, creencias, hábitos de personas en un determinado contexto histórico. Pueden servir por ejemplo para entender la forma de castigo o sanción en la comunidad indígena.

5. En el caso que haya contradicciones entre conocimientos científicos, reglas de la experiencia y lógica: ¿cuál debiera prevalecer y por qué?

Dependerá del caso que se trate. No existe una aplicación homogénea o prelación para todos los casos.

6. ¿Usted cree que existe una manera confiable de probar que un juez hizo uso correcto de su sana crítica? Explique.

Puede ser variable, tratar de preciar si se ha valorado a la luz de la sana crítica las pruebas aportadas resulta un tanto engorroso.

7. ¿Usted cree que es confiable que la aceptación de la solicitud de prueba nueva deba estar condicionada únicamente a la sana crítica del juez? Explique por qué.

No necesariamente. La prueba nueva está sujeta además a los requisitos de oportunidad y procedencia. Deben cumplirse con los presupuestos establecidos legalmente para que pueda ser admitida por el juzgador, además de ser pedida en el momento procesal que corresponda.

8. En términos generales, ¿considera Usted que los jueces que aceptan una solicitud de prueba nueva apegados únicamente a su sana crítica encuentren una forma válida de justificar la aplicación de esa sana crítica en su sentencia? Explique

No, los requisitos que deben confluir para que se admita prueba nueva no solo responde a la sana crítica. Por lo tanto la normativa es limitada, consecuentemente podría dar lugar a la interpretación y por ende a la discreción

9. ¿Es fundamental que un juez posea conocimientos técnicos o específicos respecto a una materia que debe juzgar? (por ejemplo cuando estos son delitos económicos, sexuales, o contables o incluso aquellos que tengan que ver con la medicina) Explique.

Es recomendable. Los conocimientos científicos los proporcionan los peritos; los jueces aplican el Derecho, no pueden existir jueces con conocimientos adicionales a los de Derecho

10. A su criterio, ¿cuáles serian cinco características más relevantes de un buen juez?, y, ¿Qué caracteriza a un mal juez?

No existe un catálogo para el buen juez. La idoneidad, la probidad, la experiencia, la especialización, entre otros podrían coadyuvar en este propósito, pero no existe una respuesta contundente.

11. Como es de su conocimiento una de las falencias de la sana crítica es que no consta en un cuerpo jurídico normativo taxativo, que solución propondría al respecto.

No deben estar en ningún cuerpo normativo porque no puede reducirse a lo que se diga en un texto legal, dada su amplitud. La doctrina y la jurisprudencia deben desarrollarla y enriquecerla.

12. Desde su punto de vista, ¿cómo se podría hacer, para que las personas confíen en la sana crítica de un juez?

Revisando la motivación de la decisión judicial.

13. ¿Usted confía en la sana crítica de un juez? Explique porque si o porque no.

Confiaría en un buen empleo de las reglas de la sana crítica, siempre que existiera alguna manera de demostrarlas. De lo contrario retrocederíamos a los sistemas de tarifa legal o de libre valoración, que han demostrado no ser los más eficaces

14. ¿Por qué diría que la sana crítica es un concepto jurídico indeterminado?

Se trata de un concepto amplísimo que puede abarcar varias situaciones según el caso de que se trate.

15. Usted diría que la sana crítica se fortalece por los años de experiencia en la labor de ser juez, o simplemente es una figura legal en la cual pesa más su costumbre, que su efectividad probada y verdadera.

La experiencia del juez ayuda. Pero también responde a otros factores como la especialización.

16. Usted cree que un juez novato tiene la misma capacidad de aplicar la sana crítica que un juez con amplia trayectoria? Explique.

La edad bien puede ser un factor determinante en la adquisición de experiencia o sana crítica.

