



## **UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK**

### **FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

Trabajo para la obtención del título de Magister en Derecho Procesal y Litigación Oral

### **“El juicio de admisibilidad de medios probatorios en el Código Orgánico General de Procesos”**

Realizado por:

Héctor Fernando Mayancela Iguasnia

Directora:

Doctora Angélica Porras Velasco

**Quito, marzo 2020**

## **DECLARACIÓN JURAMENTADA**

Yo, Héctor Fernando Mayancela Iguasnia, portador de la cédula de ciudadanía número 1721711362, declaro bajo juramento que el trabajo aquí desarrollado es de mi autoría, que no ha sido previamente presentado para ningún grado a calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración, cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

**Héctor Fernando Mayancela Iguasnia**

**C.C.: 1721711362**

## **DECLARATORIA**

El presente trabajo, presentado para la obtención del título de Magister en Derecho  
Procesal y Litigación Oral

“El juicio de admisibilidad de medios probatorios en el Código Orgánico General de  
Procesos”

Realizado por  
Héctor Fernando Mayancela Iguasnia

Ha sido dirigido por la docente Angélica Porras Velasco, quien considera que constituye  
un trabajo original de su autor.

Doctora Angélica Porras Velas  
DIRECTORA

## **DEDICATORIA**

A Ti, Eterno Amor, porque sé que sin Tu Divina Providencia  
nada de este propósito habría sido posible:  
“Señor, dame lo que me pides y pídemelo lo que quieras”.

A mi madre, por soportarme y entregar un sacrificio  
incomprensible, aspiro llegar a ser algo de todo lo que eres,  
porque has sido y eres la mejor maestra que he tenido.

A mi padre, por su generosidad y ejemplo,  
cuánto rebaza tu buen corazón los dolores que has recibido,  
has puesto la caridad más que en las palabras, en las obras.

A Nathaly, amada compañera, el amor le enseñó al dolor,  
que amar más que sentimiento, es decisión: “Guárdame en  
tu corazón, porque es fuerte el amor como la muerte”.

## **AGRADECIMIENTO**

A la Doctora Angélica Porras, por su entrega a la docencia para con todos sus estudiantes; gracias por tantas conversaciones, y por encontrar en usted una amiga.

A todo el personal docente de la Universidad SEK, no sólo sus enseñanzas, sino sus consejos son parte de la formación profesional y humana que he adquirido.

A José Antonio Colorado Lovato, mi buen amigo, gracias por tu generosidad y compañía ¡lo logramos! “Unidos y comprometidos”.

A Berito y Sonia, gracias por su cariño y por su alegría, sé que puedo contar con su amistad, desde escaparse a un examen hasta orar juntos.

A Christian y Geovanny, crecí admirando sus vidas, este logro también es suyo, porque un hermano pequeño crece siguiendo y admirando a sus hermanos mayores.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>DECLARACIÓN JURAMENTADA</b> .....	ii
<b>DECLARATORIA</b> .....	iii
<b>DEDICATORIA</b> .....	iv
<b>AGRADECIMIENTO</b> .....	v
<b>ÍNDICE DE CONTENIDOS</b> .....	vi
<b>RESUMEN</b> .....	ix
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>LA PRUEBA, EL PROCESO Y LOS HECHOS</b> .....	4
<b>1.1. Noción de prueba y la verdad en el proceso</b> .....	4
<b>1.2. Proceso, Acción y Contradicción</b> .....	12
<b>1.2.1. Proceso</b> .....	12
<b>1.2.1.1. Relación jurídica procesal</b> .....	17
<b>1.2.2. Acción, pretensión y demanda</b> .....	22
<b>1.2.2.1. Acción</b> .....	23
<b>1.2.2.1.1. Sujetos de la acción</b> .....	24
<b>1.2.2.1.2. Objeto de la acción</b> .....	25
<b>1.2.2.1.3. Causa de la acción</b> .....	28
<b>1.2.2.1.4. Condiciones de la acción</b> .....	30
<b>1.2.2.2. Pretensión</b> .....	31
<b>1.2.2.3. Demanda</b> .....	34
<b>1.2.3. Contradicción, oposición, contestación a la demanda y demanda reconvencional</b> .....	35
<b>1.2.3.1. Contradicción</b> .....	35
<b>1.2.3.2. Oposición a la pretensión</b> .....	38
<b>1.2.3.3. Contestación a la demanda y demanda reconvencional</b> .....	43
<b>1.3. Los hechos y su introducción por las partes procesales</b> .....	45
<b>1.3.1. Asimetría entre el juez y el defensor técnico sobre los hechos y medios probatorios</b> .....	52
<b>1.4. Fuentes y medios probatorios</b> .....	53
<b>EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO Y EL JUICIO DE ADMISIBILIDAD</b> ..	58
<b>2.1. Fases del procedimiento probatorio</b> .....	58
<b>2.1.1. Investigación de fuentes probatorias</b> .....	60
<b>2.1.2. Anuncio y presentación de medios probatorios</b> .....	61

2.1.3.	Petitorio y reproche de los medios probatorios – Propuesta de procedimiento de admisibilidad de medios .....	63
2.2.	El Juicio de Admisibilidad de medios probatorios .....	70
2.2.1.	Características del juicio de admisibilidad .....	70
2.2.1.1.	No Prejuzgamiento e imparcialidad .....	70
2.2.1.2.	Control sobre Acuerdos Probatorios y rol Fiscalizador del juez .....	73
2.2.1.3.	Justificación de medios probatorios e iniciativa judicial .....	74
2.2.1.4.	Verdad Procesal en el juicio de admisibilidad .....	75
2.2.2.	Momentos y etapas procesales anteriores al juicio de admisibilidad .....	76
2.2.2.1.	Fijación del objeto de la controversia .....	77
2.2.3.	Principios probatorios en el juicio de admisibilidad .....	83
2.2.3.1.	Principio <i>Pro Probatione</i> .....	84
2.2.3.2.	Principio de Eficacia probatoria .....	85
2.2.3.3.	Principio de Contradicción .....	87
2.2.3.4.	Principio de Legitimación para la prueba .....	87
2.2.3.5.	Principio de Preclusión .....	88
2.2.3.6.	Principio Dispositivo .....	89
2.2.3.7.	Principio de Aportación de parte .....	90
2.2.3.8.	Principio de Inmediación y Concentración .....	91
2.2.3.9.	Principio de Economía Procesal .....	92
2.2.3.10.	Corolario sobre los principios de admisibilidad .....	93
2.2.4.	Parámetros de admisibilidad de medios probatorios .....	93
2.2.4.1.	Panorama normativo nacional .....	93
2.2.4.2.	Apreciaciones generales, características y trascendencia de los parámetros de admisibilidad .....	98
2.2.4.3.	Parámetro de licitud .....	104
2.2.4.3.1.	Primer parámetro jerárquico de verificación .....	107
2.2.4.3.2.	¿Parámetro de Constitucionalidad? .....	108
2.2.4.4.	Parámetros de legalidad .....	109
2.2.4.4.1.	Pertinencia .....	109
2.2.4.4.1.1.	Segundo Parámetro Jerárquico de verificación .....	113
2.2.4.4.1.2.	Particularidades individuales de medios probatorios sobre su pertinencia .....	113
2.2.4.4.1.3.	Desplazamiento de la admisibilidad sobre la prueba testimonial .....	114
2.2.4.4.2.	Utilidad .....	114

2.2.4.4.2.1. Inutilidad y el principio de ineficacia probatoria .....	116
2.2.4.4.2.2. Utilidad vs. voluminosa cantidad de prueba testimonial .....	117
2.2.4.4.2.3. La utilidad y la Inspección Judicial.....	118
2.2.4.4.2.4. Cuarto Parámetro Jerárquico de verificación .....	118
2.2.4.4.3. Conducencia .....	119
2.2.4.4.4. Oportunidad y Disponibilidad .....	124
2.2.4.4.4.1. Tercer Parámetro Jerárquico de verificación.....	125
<b>METODOLOGÍA Y ANÁLISIS DE RESULTADOS .....</b>	<b>127</b>
<b>3.1. Metodología.....</b>	<b>127</b>
3.1.1. Nivel de estudio .....	127
3.1.2. Modalidad de investigación .....	127
3.1.3. Método .....	127
3.1.4. Población y muestra .....	128
3.1.5. Operacionalización de las variables.....	133
<b>3.2. Análisis de resultados .....</b>	<b>133</b>
3.2.1. Parámetros y procedimiento adoptados por el juzgador en la admisibilidad de la prueba.....	133
3.2.2. Aciertos y errores en la aplicación de los parámetros de admisibilidad en la muestra; aplicación del sistema de admisibilidad propuesto en la investigación.....	135
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>141</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>145</b>

## RESUMEN

Dentro de la etapa de admisibilidad de medios probatorios, se presenta una colisión entre el derecho constitucional de defensa versus el principio de economía procesal, y la constitucionalidad y legalidad en la oferta probatoria, confrontación ante la que el proceso regula un sistema de parámetros de admisibilidad, cuyo rol es constituirse en filtros a través de los que la oferta probatoria de las partes procesales sea expuesta a un examen objetivo que extraiga los medios probatorios que son admisibles -y por ende aptos para practicarse- de aquellos que no lo son; todo ello, con el fin de garantizar la no violación de los derechos de los litigantes y generar que la actividad probatoria sea eficaz.

Sin embargo, la regulación que el COGEP ha establecido sobre la admisibilidad de medios probatorios, no estructura adecuada e integralmente estos parámetros, ni tampoco define varios de ellos de manera acertada, por lo que es una regulación inexacta. Motivo por el que la presente investigación pretende proponer que el sistema de admisibilidad existente sea potenciado mediante: el uso de principios como la máxima *pro probatione*, el develamiento de criterios de admisibilidad implícitos (oportunidad y disponibilidad), la aplicación jerarquizada de los parámetros de admisibilidad por parte del juzgador, y una propuesta procedimental de esta fase, que en suma podrían permitir que esta etapa cumpla con su finalidad procesal, sin recurrir necesariamente a una reforma legal.

**PALABRAS CLAVE:** Admisibilidad de medios probatorios / parámetros de admisibilidad / máxima *pro probatione* / parámetro de oportunidad / parámetro de disponibilidad / aplicación jerarquizada de los parámetros de admisibilidad.

## **ABSTRACT**

During the stage of evidence admissibility, there is a collision between the constitutional right of defence versus the principle of procedural economy and the constitutionality and legality in the evidentiary offer. Given this confrontation, the process regulates a system of admissibility parameters, whose role is to act as filters through which the evidentiary offer of the procedural parties is subject of examination so that the evidence that is admissible -and therefore suitable for practice- is extracted from that which is not.; all this, in order to guarantee the non-violation of the litigants rights and to ensure that the evidentiary activity is effective.

However, the regulations established by COGEP in terms of the evidence admissibility do not structure properly and completely the parameters to use and do not define many of them, either, resulting in an inaccurate regulation. The current investigation aims to propose that the existing admissibility system be improved by: the use of principles such as the maximum pro probatione, the unveiling of implicit admissibility criteria (opportunity and availability) and the hierarchical application of the admissibility parameters by the judge; a procedural proposal, which in short would allow this stage to fulfil the intended procedural, without the need of resorting to legal reforms.

**KEY WORDS:** Evidence admissibility / Admissibility parameters / maximum pro probatione / opportunity parameter / availability parameter / hierarchical application of admissibility parameters.

## INTRODUCCIÓN

En virtud del principio de obligatoriedad de administrar justicia, las juezas y jueces no pueden “excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia” (Art. 28, COFJ).

Dentro de la sustanciación de la audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia única, el COGEP establece que se desarrolla el “debate probatorio” de admisibilidad de medios probatorios, etapa que pretende garantizar principalmente: el derecho constitucional de defensa -exteriorizado procesalmente mediante la oferta probatoria de las partes procesales-, el principio de economía procesal, la constitucionalidad y legalidad en la oferta probatoria; mismos que dentro de esta etapa se encuentran en colisión.

En referencia a ello, con el fin de evidenciar la importancia de una adecuada regulación jurídica sobre la etapa de admisibilidad de medios probatorios, así como la necesidad de una intervención activa del juzgador, Eduardo Couture (2017), expresa:

“(…) De elegirse la primera de ambas soluciones, creando la posibilidad de que el juez rechace de plano la prueba que considere innecesaria, se crea el grave riesgo del prejuzgamiento; el magistrado, guiándose por impresiones superficiales, sin un conocimiento real y profundo del asunto, privaría a una de las partes de demostrar la exactitud de sus afirmaciones. Más de una vez, la jurisprudencia ha rechazado esta solución apoyándose en tales argumentos. Pero si se adopta la solución contraria, se consagra la posibilidad de que los litigantes aporten al juicio un cúmulo de pruebas inapropiadas, inútilmente costosas, hasta ofensivas del derecho del adversario o de la propia autoridad de la justicia; se adjudicaría, así, al magistrado, dentro de esta etapa del juicio, un papel pasivo e inerte, impropio de su función.” (p.194-195).

Ahora bien, la regulación jurídica de la etapa de admisibilidad se lleva a cabo mediante parámetros específicos, cuyo cumplimiento es el que permite que la oferta probatoria de medios sea admitida y en consecuencia sea practicada, por ello se afirma que en esta etapa el juzgador examina a los medios probatorios y extrae aquellos que son admisibles.

En consideración a lo manifestado, se puede reconocer que la admisibilidad de medios de prueba es una etapa de gran relevancia dentro de la sustanciación de los procesos, debido a que en ella se garantiza o transgrede el derecho constitucional a la defensa de las partes procesales; para evitar tal consecuencia, es preciso que los parámetros de admisibilidad sean claros y precisos.

El COGEP dedica dos artículos (números 160 y 161) a la regulación jurídica de la admisibilidad probatoria: definiendo a la conducencia -con ciertas imprecisiones-, definiendo por inferencia a la pertinencia -ya que expresamente no la define-, caracterizando el significado de la licitud probatoria, y no definiendo a la utilidad.

La presente investigación, parte de la hipótesis de una inadecuada regulación jurídica de los parámetros de admisibilidad por parte del COGEP, que ha producido que los juzgadores -en acatamiento al principio contemplado en el Art. 21 del COFJ- deban motivar y justificar los autos interlocutorios de admisibilidad de medios probatorios, mediante referencias doctrinales más que legales.

Frente a la existencia de la hipótesis antedicha, se pretende proponer un sistema de admisibilidad conformado por: principios, la existencia de otros parámetros implícitos pero no enunciados por el COGEP, una propuesta para el procedimiento de esta fase, y un orden jerárquico en el examen de los parámetros de admisibilidad; que en su conjunto permitan un desenvolvimiento legal y constitucional de esta etapa procesal.

La propuesta del sistema de admisibilidad es el producto final de la presente investigación, misma en la que recae su justificación, ya que se presenta una herramienta referencial para juzgadores y defensores técnicos, sobre el desenvolvimiento del debate probatorio de admisibilidad.

Propuesta que se oferta en base a el análisis de la muestra objeto de investigación, sustento doctrinal nacional e internacional sobre el juicio de admisibilidad, y también las actas en los que se constata la intervención de la Función Legislativa y Ejecutiva en el Proyecto de Código Orgánico General de Procesos, desde el primer informe sometido a debate en el Pleno de la Asamblea Nacional hasta su promulgación.

El presente trabajo investigativo se desarrolla en tres capítulos: el primero dedicado a la relación que guarda el proceso con los hechos controvertidos y la prueba; el segundo que versa sobre la actividad probatoria y el juicio de admisibilidad; y el tercero en el que se expone la metodología utilizada y se analiza la muestra objeto de estudio.

## **PRIMER CAPÍTULO**

### **LA PRUEBA, EL PROCESO Y LOS HECHOS**

#### **1.1. Noción de prueba y la verdad en el proceso**

La noción de prueba no es exclusiva del Derecho, sino una ramificación del concepto de prueba en su esfera general, es más, existen quienes la identifican ligada en su rango más genérico a la naturaleza intrínseca del ser humano cuya manifestación es constante en el diario vivir, “en la vida ordinaria, el padre de familia, el maestro, el enamorado, el amigo, el ama de casa y hasta los niños, pretenden a diario probar sus actos o de los otros” (Devis Echandía, 2002, p.1).

Frente a ello cabe preguntar ¿cuál es el propósito de la noción de prueba de forma general? no es otra, que corroborar una afirmación presente mediante la demostración de hechos pasados, es decir, es la actividad que permite la reconstrucción de hechos pasados con la finalidad de apreciarlos en el presente.

Por ello Carnelutti (1955) citado por Devis Echandía (2002, p.2) manifiesta que “el concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia”, e inclusive Fenech (1960) citado por el mismo doctrinario (p.3) afirma que existe una “compatibilidad de la prueba procesal ‘con la prueba universal, extraprocesal y metajurídica, ya que la prueba (...) no es solo un concepto jurídico, sino que trasciende del campo del derecho al de la ciencia y de la vida”.

Por ello Bentham (1959) citado por Devis Echandía (2002, p.12) expresa que en un sentido amplio se puede concebir a la prueba como “un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho”, es decir, la prueba como fundamento de certeza de una afirmación.

En este orden de ideas, Devis Echandía siguiendo la línea planteada por Dellepiane, es partidario de considerar que las ciencias que utilizan la noción de prueba en sus procesos de cognición -entre ellas el Derecho- se categorizan en las denominadas ciencias reconstructivas, ya que afirma:

“(…) Por consiguiente, no puede afirmarse que la prueba en derecho tenga finalidad o naturaleza diferentes de las que le corresponde en cualquier ciencia reconstructiva, y mucho menos que su función sea exclusivamente procesal, pues quizá tiene un uso práctico más frecuente y general en las actividades extraprocesales.

Dellepiane explica admirablemente este aspecto de la ciencia probatoria, que forma parte, tanto de la metodología de las ciencias reconstructivas como de la filosofía y de la lógica aplicada en especial.” (2002, p.2).

Ciencias que, con influencia de la filosofía de Habermas, son entendidas como aquellas en las que su fin fundamental “radica en su pretensión de reconstruir racionalmente, o, de manera sistemática y explícita, un conocimiento humano «pre-teórico» que se encuentra implícito en los sujetos humanos” (Villegas, p.31), mediante un:

“(…) método reconstructivo [que] no es simple, sino complejo, tanto en los instrumentos utilizados como en el proceso psíquico de quien lo emplea y de quien es su destinatario (...) combina varios procedimientos lógicos, por no decir todos los conocimientos lógicos conocidos y otros psicológicos y técnicos”. (Devis Echandía, 2002, p.4).

Por otro lado, José Seoane Spiegelberg (2018) sitúa a las ciencias que utilizan a la concepción de prueba dentro de su metodología -y por ende al Derecho- como ciencias ideográficas, ya que afirma:

“En la formación del juicio fáctico, se ha comparado, en no pocas ocasiones, la labor del Juez con la del historiador, en tanto en cuanto ambos pretenden investigar como acontecieron hechos pasados con sus connotaciones, esta coincidencia se identifica con la circunstancia de que ambas actividades pertenecerían al ámbito de las denominadas ciencias ideográficas, que son las que tiene por objeto el conocimiento de sucesos únicos e irrepetibles, si bien con una diferencia importante, cual es que la labor judicial está condicionada por límites temporales (...) mientras que la labor del concienzudo historiador no está sometida a la usura del tiempo” (p.857).

Sin entrar en una discusión sobre cuál de las dos referencias categoriza mejor a la pertenencia del Derecho en la ciencia, se puede identificar ciertas características provenientes de ambas en lo que respecta a la ciencia jurídica:

- La actividad probatoria, fundamental dentro de la función del Derecho, es en sí una actividad verificadora, que reconstruye hechos históricos -fenómenos sociales particulares- a partir de las descripciones expresadas por las partes, reconstrucción posible mediante el uso de las pruebas las que son apreciadas y verificadas por el juzgador con el propósito de impartir justicia aplicando a los hechos verificados las disposiciones normativas vigentes; y,
- Esta actividad reconstructiva verificadora se desarrolla dentro de límites temporales, característica fundamental de la eficacia de la actividad probatoria en el Derecho.

Ahora bien, como lo afirman Sentís Melendo (1979) y Rivera Morales (2011) citados por José Luis Seoane Spiegelberg (p.850) la:

“(...) palabra prueba llegó del latín, en el cual, probatio, probationis, lo mismo que el verbo correspondiente (probo, probas, probare) viene de probus, que quiere decir bueno, recto, honrado. Así lo que resulta probado es bueno, correcto, podríamos decir que es auténtico, que corresponde a la realidad, es decir, verificación o demostración de la autenticidad”. (p.850).

Centrando el presente estudio en la noción de la prueba en la esfera jurídica, es necesario partir de un antecedente necesario: el surgimiento de un fenómeno particular en la dimensión social, es la base para ejercer la acción y el fundamento para requerir el ejercicio de la función jurisdiccional, este fenómeno social particular puede originarse desde dos perspectivas: la primera, por medio de una presunta vulneración a normativa vigente, ya que “toda norma jurídica es, por esencia violable, ya que regula conductas humanas y parte de la base de que estas pueden tener otra manifestación” (Devis Echandía, 2002, p.4); y la segunda, por un “estado de incertidumbre sobre el derecho, (...) [que] no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una situación jurídica” (Alsina, 1963, p.354).

Ante este acontecimiento social particular -que puede originarse en cualquiera de las dos circunstancias constitutivas-, es indispensable la intervención del Estado, mediante la instauración de un proceso en el que se demuestre la procedencia o no de lo que se pretende por el ejercicio de la acción.

Por ello es evidente reconocer que la ciencia del Derecho utiliza la noción de la prueba como el vínculo para contactarse, verificar y apreciar los hechos controvertidos, pues la vulneración normativa o la incertidumbre jurídica presentados por las partes procesales, no acontecen o se desarrollan en presencia de la investidura jurisdiccional del juzgador, sino en la dimensión social. Por ende, los medios probatorios ofertados por las partes son los que le permitirán al juez verificar cómo sucedieron estos hechos históricos y extrajurídicos que se presentan en la contienda judicial, y a partir de ellos decidir, esto es, aplicar los supuestos normativos pertinentes a los hechos probados.

Y es en ese sentido que Devis Echandía manifiesta que los procesos “judiciales pertenecen, en definitiva, a la historia contemporánea, y el juez es, en cuanto a la parte investigativa, un historiador de casos concretos. Como observa Vishinski, las pruebas judiciales recaen sobre hechos ordinarios, sobre fenómenos que ocurren en la vida” (2002, p.3).

Es así que la importancia de la prueba en el Derecho es de tal trascendencia que “sin ella los derechos subjetivos de una persona serían, frente a las demás personas o al Estado y entidades públicas emanadas de este, simples apariencias, sin solidez y sin eficacia alguna” (Devis Echandía, 2002, p.4). E inclusive Devis Echandía reafirma que “sin la prueba del derecho estaríamos expuestos a su irreparable violación por los demás, y el Estado no podría ser su función jurisdiccional para amparar la armonía social” (2002, p.4).

A este respecto, Carnelutti (1944) citado por Devis Echandía (2002, p.6) expresa que “las pruebas son así un instrumento elemental, no tanto del proceso como del derecho (...) sin ellas el noventa y nueve por ciento de las veces, el derecho no podría alcanzar su finalidad”, por lo que la incidencia de la prueba está estrechamente vinculada más al derecho sustantivo que al derecho procesal, ya que “solamente la prueba vivifica el

derecho y lo hace útil”, como lo expresó Planiol y Ripert (1945) citado por Devis Echandía (2002, p.6).

Si bien las pruebas tienen una relación más profunda con el derecho sustantivo, esto no quiere decir que no guarden relación con el derecho adjetivo, pues para que, dentro de un proceso judicial, las pruebas vivifiquen derechos, los medios probatorios no pueden ser ofertados, incorporados y valorados sin consideración de determinados parámetros legales y constitucionales. Es en este sentido que Gorphe (1962) citado por Devis Echandía (2002, p.7) clarifica esta situación y expresa que existen:

“(…) dos aspectos de la prueba para fines procesales (...) a) el de la forma o procedimiento, que incluye su admisibilidad, su oportunidad, sus requisitos y su práctica; [y] b) el de fondo, que proporciona los principios para la valoración de los distintos medios aportados al proceso y que constituye una verdadera ciencia de la prueba, independientemente de las reglas de procedimiento.”.

Entonces, la prueba tiene mayor relación con el Derecho sustantivo que con el adjetivo, pero dado que la administración de justicia requiere la instauración de un proceso judicial, la prueba al ingresar a la contienda judicial debe cumplir con los requisitos que le exija la normativa procesal, para su eficacia y actividad -oferta, proposición, admisión y valoración-.

Ahora bien, un hecho que es necesario resaltar de forma trascendental, es que la prueba como actividad verificadora, depende de la pre-existencia de un hecho pasado que tiene cualidad de ser principal, ser su origen y acontecer en la dimensión social, para de ella ser la prueba el reflejo presente de ese hecho pasado, pero dentro de la dimensión jurídica.

Por ello Daniel Mendonca y Jordi Ferrer Beltrán (2002) expresan que:

“Debe tenerse presente que cuando se alude a la «construcción», «definición» o «determinación» de los hechos no se hace referencia, propiamente, a hechos sino a enunciados acerca de hechos: no son hechos del mundo real los que se «construyen», «definen» o «determinan», sino enunciados relativos a hechos del mundo real. En el

proceso, pues, sólo están presentes descripciones de hechos acaecidos fuera de él, no los hechos mismos” (p.13).

Motivo por el que Sentís Melendo (1947) y Montero Aroca (2005) citados por José Seoane Spiegelberg (p.858), manifiestan que:

“(…) la prueba no consiste en averiguar, sino en verificar. Averiguar significa tener, ir, caminar, hacia algo en este caso la verdad, mientras que verificar se refiere a hacer o presentar como verdad, como cierto (...) El juzgador no investiga, sino que verifica, que lo hace utilizando sólo los elementos probatorios que propongan las partes y que lo hace según un procedimiento preestablecido”.

Es decir, la prueba pretende reconstruir hechos acaecidos en la dimensión social, con el fin de verificarlos, y la comprensión de este concepto es muy importante, pues la verificación permite incluir dentro de la actividad probatoria a la prueba pericial, único medio probatorio que no reconstruye hechos, sino que verifica sus particularidades mediante conocimientos especializados de los que carece el juzgador.

La prueba tiene por finalidad exponer y respaldar lo que la parte oferente, afirma que es cierto, y sucedió en la dimensión social. Y se resalta el término “certeza” más que “verdad”, ya que la dimensión jurídica, no puede pretender llegar a la verdad -para ello nótese que los sucesos en conflicto judicial ocurrieron en una dimensión diferente y se los aprecia como hechos pasados-, sino al mayor grado de certeza que permitan los medios probatorios, pues el proceso judicial por medio de la prueba, trata de ser la reconstrucción más perfecta de los hechos pasados en la dimensión social -reconstrucción que dependerá de qué tan bien ejerzan la actividad probatoria las partes procesales- para verificarlos e impartir justicia, decisión que será susceptible de cualidades de inalterabilidad.

Para comprender el conflicto sobre la verdad, es necesario primero percibir que en la sociedad al acontecer un fenómeno del que existe presunción de vulneración a disposiciones normativas o un hecho que provoque incertidumbre jurídica sobre determinados derechos, se genera posibles perjudicados o interesados que a su vez acuden a solicitar del Estado, mediante el ejercicio de acción, el legal amparo de sus derechos.

Ante ello se instaura una contienda judicial entre los sujetos en conflicto o parte de la incertidumbre jurídica, que mediante el uso de medios probatorios intentarán demostrar cómo sucedieron los hechos, para que el juzgador al verificar los mismos decida conforme a la normativa vigente; resaltando que al Derecho le interesa acercarse a la aproximación más cercana de los hechos, porque a esta aproximación se la considerará verdad procesal, y sobre ella se emitirá una decisión, con posibilidad de alcanzar el carácter de cosa juzgada.

Por ello, parte vital de la decisión del juzgador dependerá del ejercicio de la actividad reconstructiva verificadora de los hechos -actividad probatoria-, misma que en muchos sistemas procesales -como el nuestro- no está encomendada al juzgador -salvo facultades excepcionales legalmente reguladas-, sino a las partes de la relación jurídica procesal, quienes por carga de la prueba pueden ejercer la actividad probatoria adecuada o negligentemente. Añádase a este aspecto, las variadísimas discusiones que en esfera legislativa se mantienen sobre las características de la actividad probatoria en el proceso, por citar algunas: ¿qué sistema de valoración de la prueba debe regir? ¿necesidad o no de la sana crítica? ¿medios probatorios abiertos o tasados? ¿ilegalidad de pruebas en cuanto a su obtención? Entre muchísimas más.

Súmese el “problema (...) de que el tema de la prueba se presta, en menor medida que otros, a agotarse en la dimensión jurídica y tiende, en cambio, a proyectarse fuera de ella y a penetrar en otros campos: de la lógica, de la epistemología y de la psicología” (Taruffo, 2002, p.22), es decir, el proceso y la actividad probatoria, para cumplir su finalidad requieren del auxilio no sólo del Derecho, sino de otras ciencias, por lo que:

“(...) hay que recurrir necesariamente, también, a métodos provenientes de otros campos del pensamiento, en la medida en que remite necesariamente a problemas de orden general que, precisamente por ello, no pueden ser sensatamente capturados por un conjunto de reglas jurídicas ni comprendidos mediante el recurso exclusivo a las nociones y a las técnicas de la interpretación jurídica. El tema de la prueba tiene la peculiar característica de remitir inmediata e inevitablemente fuera del proceso, e incluso fuera del derecho.” (Taruffo, p.22).

Los temas referidos -por solo citar varios casos acerca de los problemas que limitan un perfecto estándar de actividad probatoria- permiten concluir que no existe un método incuestionable mediante el que se alcance la verdad absoluta sobre cómo acontecieron los hechos en la dimensión social, por lo que es evidente que los diferentes métodos cognoscitivos existentes en las leyes procesales en el mundo, pretenden ser la herramienta que alcance el estándar más alto de certeza: una verdad relativa, lo más certera posible; pues para alcanzar la verdad absoluta de los hechos, son evidentes las limitaciones.

Por ello es que:

“Taruffo plantea la cuestión de si es posible el conocimiento de la verdad absoluta de los hechos y si sobre ellos es posible un estado de certeza total e incontestable. En su opinión, puede afirmarse que, no siendo el proceso judicial una empresa científica, no resulta necesario establecer verdades absolutas, siendo suficiente establecer verdades relativas que permitan ofrecer una base razonablemente fundada a la decisión (...) A partir de allí, en este contexto, resulta posible hablar simplemente de «verdad», en el sentido de «verdad relativa» (...) [es] el único sentido sensato que el término «verdad» puede asumir en el proceso” (Mendonca D. y Ferrer J, p.13-14).

Comprensión en la que la verdad procesal es el equivalente a la verdad relativa -en su más alto estándar-, y por ende, las afirmaciones de las partes o “enunciado descriptivo es verdadero si, y sólo si, se corresponde con un hecho (...) un enunciado falso da cuenta de un hecho que no ocurre o no ocurrió. La verdad, es en suma, correspondencia con un hecho” (Mendonca D. y Ferrer J, p.13), esto es, una afirmación será cierta y podrá concebirse como parte de la verdad procesal, en su mayor grado de correspondencia o la existencia cierta de un vínculo probatorio que lo ligue a la dimensión social.<sup>1</sup>

Para concluir, al respecto de una definición de lo que se constituye como la noción de la prueba, cabe puntualizar que ésta “tiene un significado polifacético como observa Silva Melero, o poliédrico como dice Florian” (Devis Echandía, 2002, p.12), razón por la que existe una gran variedad de definiciones tanto abstractas como concretas sobre la noción de prueba en general y particularmente en su sentido procesal.

---

<sup>1</sup> Referencia sobre la cuestión de la verdad, que, por no ser el objeto primordial del presente estudio, se ha expuesto de forma breve y con uso de los elementos principalmente idóneos para el desarrollo de esta investigación.

Por a ello, se ha distinguido idónea la definición de José Luis Seoane Spiegelberg, quien, a este respecto, manifiesta que:

“(…) la prueba es la actividad procesal, cuya titularidad corresponde a las partes, como manifestación necesaria del derecho a la tutela judicial efectiva, y, excepcionalmente, al Juez, encaminada a corroborar la verdad o falsedad de las afirmaciones fácticas de los litigantes, y que ha de ser objeto de la correspondiente valoración motivada en la sentencia” (p.858).

Así también, la definición de Devis Echandía, quien considera que:

“(…) las pruebas son actos jurídicos procesales, porque en ellas interviene la voluntad humana. Si se considera la prueba, como también es frecuente hacerlo, desde el punto de vista del resultado que con ella se persigue, es decir, del convencimiento del juez sobre los hechos del caso, lo que implica una actividad psíquica de este, aparece igualmente claro su carácter de acto jurídico procesal.” (2002, p.11).

Y por último, es necesario finiquitar la referencia de la noción de la prueba, particularizando que ella se compone de dos dimensiones, cuya referencia es de vital relevancia dentro del desarrollo de esta investigación, la prueba en cuanto a sus espectros de: fuentes y medios; dualidad que será profundizada posteriormente.

## **1.2. Proceso, Acción y Contradicción**

### **1.2.1. Proceso**

Para una comprensión adecuada de la acción y oposición, es necesario presentar breves descripciones del contexto procesal en el que se desenvuelven, tal como lo es el proceso, ya que es en él donde se desarrollan los actos jurídicos procesales anteriormente descritos.

El ejercicio del derecho de acción es el primer contacto entre el accionante y el Estado, es el primer encuentro entre la reclamación judicial y el ejercicio de la función jurisdiccional, frente a un fenómeno social concreto -que como ya se manifestó, podría ser vulneración a disposiciones normativas o incertidumbre jurídica-. Este primer

contacto conlleva evidentemente el origen de un vínculo trascendental entre accionante y Estado, que será el núcleo del que se producirán un conjunto de procedimientos que no pueden ser arbitrarios, sino necesariamente regulados por la normativa vigente; este escenario judicial, es el proceso.

Montero Aroca (2002) considera que el proceso en esencia es “una sucesión de actos, regulados por la ley, de los que cada uno es consecuencia del anterior y precedente del siguiente” (p.187). Y sobre lo mismo, Hugo Alsina manifiesta que:

“(…) El proceso es un conjunto de actos de procedimiento en cuya ejecución intervienen el actor, el demandado y el juez, los que deben realizarse en un orden predeterminado por la ley. En algunos casos su iniciación (recordemos que aquí tratamos la cuestión en general, es decir, sin hacer por ahora distinciones entre el proceso civil y el penal), es actividad reservada a los particulares (sistema dispositivo), en tanto que en otros es facultad del juez o de un órgano del Estado (sistema inquisitivo)” (p.99).

Ahora bien, el proceso tiene dos dimensiones que busca garantizar:

- Por un lado, la intervención del Estado persigue un fin propio, entendiendo que “función jurisdiccional es la actividad con que el Estado, a instancia de los particulares, interviene para procurar la efectividad de los intereses protegidos por el Derecho, que han quedado insatisfechos por falta de actuación de la norma jurídica que los ampara” (Albán, 2016, p.16), ya que “la sociedad jurídicamente organizada, ha delegado el ejercicio de la administración de justicia a los diferentes Órganos jurisdiccionales; por lo tanto no es dádiva de ningún gobernante o empleado público; es un mandato de todos los habitantes del Ecuador” (Albán, p.20); en definitiva, el Estado al intervenir por medio de su función jurisdiccional justifica una de las bases de su existencia ante su mandante -el pueblo-, el mantenimiento de la paz social.
- Y, por otro lado, la tutela de los derechos que se reclaman por medio de la contienda judicial.

A ello se debe que Devis Echandía manifieste que:

“(…) el fin principal del proceso es la realización del derecho como satisfacción de un interés público del Estado, y el secundario, la justa composición de los litigios. Para poder cumplir esos fines, el proceso necesita entrar en contacto con la realidad del caso concreto que en él se ventila (…) Ese indispensable contacto con la realidad de la vida solo se obtiene mediante la prueba” (2002, p.5-6).

Estas dos finalidades, son las que promueven una estructuración que en general se constituye como un conjunto de actuaciones integradoras “reguladas por la ley para evitar la arbitrariedad del juez y los excesos de las partes” (Alsina, p.100), y que tienen el propósito de generar un fin principal, que es el pronunciamiento por parte del juez sobre la cuestión objeto de litigio, esto es, la sentencia. Proceso que, para su desenvolvimiento adecuado, estará regulado, no únicamente por la ley, sino por principios procesales, constitucionales, es decir, por la normativa vigente y aplicable.

En ese sentido, Jaime Guasp (1968) manifiesta que la esencia del proceso es:

“(…) considerar que no hay más que un elemento objetivo básico que sea lógicamente posible: la reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el Juez. En torno a esta reclamación giran todas y cada una de las vicisitudes procesales. La iniciación del proceso, la instrucción y ordenación del mismo y, sobre todo, su decisión tienen una sola y exclusiva referencia a aquélla.” (p.211).

Razón por la que, en calificación del propio Guasp, a partir de esta comprensión se puede reconocer que el derecho que cobija a la reclamación del actor, la propia relación jurídico procesal que se origina a partir de la interposición de una demanda, no son sino “soportes que juegan en el proceso sirviendo o apoyando al verdadero elemento objetivo que es la pretensión” (p.212); eh ahí la trascendencia de la pretensión, ser el elemento objetivo por el que la contienda judicial inicia su composición, el origen del que nace el vínculo entre el accionante y el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ahora bien, “el proceso es un organismo sin vida propia, que avanza al tiempo que se construye por virtud de los actos de procedimiento que ejecutan las partes y el juez” (Alsina, p.448), es decir, que dentro del proceso se originan dos fuerzas que fluyen para vitalizarlo y propender a su fin, una fuerza externa proveniente de los sujetos de la

relación jurídico procesal y otra fuerza interna (disposiciones procesales hacia el juzgador ante determinados actos o fases) ejercida por el juzgador, no por su iniciativa, sino por mandato legal.

Ambas se ejercitan en conformidad con lo establecido por la ley procesal, por ejemplo, la presentación de un escrito de aclaración de la demanda es parte del impulso que el actor da al proceso para que se sustancie (fuerza externa), escrito que a su vez promueve la obligación del juzgador en despacharlo y calificar o no la demanda (fuerza interna).

En este contexto, es pertinente resaltar que el desenvolvimiento del proceso se compone principalmente de tres instituciones procesales: la fuerza externa e interna (impulso procesal e impulso legal); los términos; y, el principio de preclusión. Todo ello ya que, la fuerza externa e interna:

“(…) vincula a la institución de los *términos*, cuya función consiste en poner un límite en el tiempo a los actos procesales, y al principio de preclusión, que establece un orden entre los mismos e impide su regresión, haciendo posible el desenvolvimiento de la relación procesal” (Alsina, p.448).

Y es en ese sentido, que el impulso procesal y legal “carecerían de objeto sin la *preclusión*, porque de lo contrario los actos procesales podrían repetirse y el proceso no progresaría; tampoco la *preclusión* sería suficiente por sí misma” (Alsina, p.455) y de forma conjunta, se ve necesaria dentro del proceso la instauración de límites temporales para que los actos procesales deban desarrollarse, en definitiva, la necesidad de que cada “acto procesal debe ejecutarse dentro de un espacio de tiempo, transcurrido el cual se pasa a un nuevo estadio” (Alsina, p.456); esa es la vitalidad que las partes procesales y el juez le dan al proceso, mediante estas tres instituciones procesales.

Proceso que también se encuentra dotado de alternativas adecuadas en caso de que existan anomalías transgresoras de normas procesales, mediante las excepciones previas o la declaratoria de nulidad, producida por vicios de capacidad, Alsina al respecto de la generalidad de los vicios que producen nulidad manifiesta que:

“(…) pueden ser clasificados en tres grupos: 1º) vicios del consentimiento; 2º) de la capacidad; 3º) de la forma. Los vicios del consentimiento pueden, a su vez, derivar del error, el dolo, la violencia; los de capacidad pueden ser de hecho, de derecho, absolutos, relativos; los de forma pueden ser uno o varios.” (p.382).

Toda esta configuración relativa al sistema acusatorio no es la única perspectiva posible ante la conformación del proceso y la participación de los sujetos de la relación jurídica procesal, sino que también puede considerarse los planteamientos del sistema inquisitivo.

Hugo Alsina a este respecto, y singularizando las peculiaridades del sistema acusatorio, expresa que:

“Al hablar de los sistemas procesales hemos dicho que pueden ser clasificados fundamentalmente en dos: uno, en el que la iniciativa del proceso está reservada a los particulares (sistema acusatorio), y otro en que ella se confiere al órgano jurisdiccional (sistema inquisitivo). En forma correlativa, en el primero el impulso procesal corresponde a las partes (principio dispositivo); ellas con la presentación de la demanda, pudiendo extinguirla en cualquier momento mediante el desistimiento o la transacción, sino que fijan los términos de la litis, aportan el material de conocimiento y paralizan o activan la marcha del proceso” (p.448-449).

Y continúa el referido doctrinario especificando que a contra réplica del sistema acusatorio, se presenta el sistema inquisitivo en el que:

“(…) no sólo [que] el juez tiene la iniciativa, sino que a él le corresponde la conducción del proceso (principio judicial o inquisitivo), es decir, la investigación de los hechos, la formación del material de conocimiento, o sea la aportación de las pruebas, así como las medidas tendientes a hacer efectivo el avance del procedimiento: citación de las partes y terceros (testigos, peritos, etc.), designación de audiencias, aplicación de sanciones, etc., está en manos del juez.” (p.449).

Siendo nuestro sistema procesal el acusatorio, esta investigación toma como referencia al mismo y sus particularidades, resaltando principalmente que en él se expone

un hecho con relevante influencia sobre la actividad probatoria y la constitución de una relación jurídica procesal válida, de este sistema:

“(…) se advierte así que el principal efecto del sistema dispositivo es la limitación de los poderes del juez: éste no procede de oficio (ne iudex procedat ex officio) y sólo conoce el litigio en la extensión que las partes quieran hacerle conocer, de tal manera que los hechos incontrovertidos deben ser admitidos como ciertos y las afirmaciones y las pruebas aportadas por las partes constituyen los únicos fundamentos de la sentencia” (Alsina, p.449).

Si el juez no es el encargado de buscar la verdad procesal y esta labor recae sobre las partes de la relación jurídica procesal, entonces son las partes las directamente responsables de una sentencia lo más justa posible, ya que en la medida en que las partes supieron hacerle conocer -mediante sus afirmaciones, negativas, pretensión, excepción, desenvolvimiento en la actividad probatoria, alegatos- al juez los hechos de la dimensión social en la dimensión jurídica, recibirán de la aplicación de la normativa pertinente por parte de la función jurisdiccional.

En definitiva, el juez conoce y decide el “litigio en la extensión que las partes quieran” y puedan hacerle conocer, ya que “la situación jurídica de las partes [en la decisión de la sentencia] es una consecuencia de la relación procesal en cuanto de ellas depende que sea más o menos favorable con relación al pronunciamiento esperado” (Alsina, p.463).

Todo ello deviene en la consecuente necesidad de identificar vínculos o hechos jurídicos que anteceden o forman parte del proceso. La necesidad de una referencia de ellos permitirá una mejor comprensión de la actividad probatoria, ya que la misma no se puede alienar de la composición procesal que se estructura para llegar a la verdad procesal mediante los medios probatorios, ya que como se citó con Devis Echandía, el proceso toma “contacto con la realidad de la vida (...) mediante la prueba” (2002, p.6).

#### **1.2.1.1. Relación jurídica procesal**

Según Eduardo Couture existen 3 tipos de alternativas mínimas posibles para la solución de conflictos: la autotutela, la autocomposición y el proceso. La autotutela

consiste en es “la reacción directa y personal de quien se hace justicia con manos propias” (2017, p.8) hecho que configuraría el cometimiento de un ilícito. La autocomposición es descrita como:

“La sumisión o renuncia total o parcial. En este caso la parte perjudicada por el quebrantamiento de la norma sacrifica todo o parte de su derecho. Sumisión total es la renuncia o la remisión de la deuda. Sumisión parcial es la transacción, denominada justamente un contrato civil con proyecciones procesales. La doctrina llama a estas formas autocomposición, o sea solución del conflicto por las propias partes” (Couture, p.8).

Y por último el proceso, que es justamente sobre el que se ahondará dentro del presente estudio a través del análisis de la conformación válida de la relación jurídico procesal. Sobre el mismo Eduardo Couture expresa que es aquel en el que “las partes dirimen su controversia ante la autoridad y quedan sometidas, expresa o tácitamente, a la decisión de ésta (...) [es] un medio idóneo para dirimir imparcialmente, por acto de juicio de la autoridad, un conflicto de intereses con relevancia jurídica” (p.8).

El ejercicio del derecho de acción busca la satisfacción de una reclamación que se sintetiza mediante la pretensión, la que necesariamente va dirigida a un sujeto pasivo, es decir, a quien se identifica como parte demandada. Este encuentro judicial entre sujetos procesales ante un juzgador produce el surgimiento de una relación de derechos y obligaciones entre ellos, en sí de una: relación jurídica procesal.

Hugo Alsina expone cuáles son las características de los derechos y obligaciones que nacen a partir de esta relación jurídica procesal, expresando:

“Tres son los sujetos de la relación procesal: actor, demandado y juez. Los dos primeros constituyen las partes en el juicio, y la ley determina su capacidad, las condiciones de su actuación en el proceso, sus deberes y facultades, así como los efectos de la sentencia entre ellos. El juez ejerce la función jurisdiccional en nombre del Estado, el cual reglamenta la forma de su designación, fija sus atribuciones y reglamenta su actividad en el proceso.” (p.429).

Adicionando además que la referencia a actor y demandado no alude a un individuo en específico, sino posiblemente a uno o varios, y dentro de ello la posibilidad de la existencia de litisconsorcio activo o pasivo.

La descrita relación jurídica se presenta en el proceso y por ende se sujeta a su regulación, lo que produce una serie de exigencias tanto para: el sujeto activo, el sujeto pasivo y juzgador, con el fin de que la relación jurídico procesal sea válida, en el sentido de que se revista de todos los requerimientos y solemnidades necesarios para producir una sentencia que surta efectos jurídicos vinculantes, ya que “la sola presencia de las partes no sería suficiente para generarla si carecieren de aptitud para actuar en juicio o faltare en el juez la aptitud para conocer el mismo” (Alsina, p.430).

La conformación válida de una relación jurídico procesal provoca que el ejercicio de la acción, efectivizado mediante el acto de proposición de la demanda, cumpla determinados requisitos legales que sean la base solvente para su instauración, debido a que “es necesario que la demanda esté revestida de ciertas formalidades exigidas para asegurar la regulación del debate y cuya existencia debe ser constatada por el juez antes de entrar al fondo del litigio” (Alsina, p.431); de ahí la necesidad de los requisitos que el COGEP ha establecido para la proposición de una demanda.

Y es que la demanda es un hito dentro de la dimensión jurídica, pues con este acto de proposición:

- Inicia el ejercicio del derecho de acción y su amparo por parte de la función jurisdiccional;
- Inicia y se configura la relación jurídico procesal, ya que, a partir de este momento actor, demandado y juzgador, ya no serán meros conceptos jurídicos, sino que se personificarán, generándose derechos y obligaciones entre ellos;
- Se estructura un proceso con el único fin de emitir una sentencia que acepte o rechace la pretensión del actor (terminación ordinaria del proceso), con posibilidad de la existencia de una reconvencción que plantee una nueva pretensión;

Por tan solo referir de los aspectos más trascendentales que suceden al proponerse una demanda.

En este sentido, un aspecto trascendental que debe considerarse la proposición de una demanda es estimar y asegurar la composición de todos los elementos fundamentales de la constitución de la relación jurídico procesal que está pretendiendo constituirse, ya que únicamente así se conseguirá que la misma sea válida; pues es justamente al actor a quien le interesa que la sentencia que se emita dentro del proceso surta los efectos legales correspondientes.

Es por ello que Alsina de manera breve resume algunas particularidades manifestando que “para que la relación procesal se constituya válidamente se requiere una demanda revestida de las formalidades legales, que las partes tengan capacidad para actuar en juicio y que el juez tenga competencia para conocer de ella” (p.447), mientras que para que una demanda pueda ser aceptada mediante la sentencia que resuelve el fondo del litigio, será necesario que cumpla, lo que él denomina “condiciones de la acción”, y que se revisan al momento de estimar en la decisión final, la procedencia o improcedencia jurídica de la pretensión que se reclama, ya que “para que la acción tenga una resolución favorable es necesario que el actor justifique su derecho, calidad e interés” (p.447); los tres elementos que Hugo Alsina considera son los elementos de la acción.

Centrando la atención en los elementos constitutivos de una relación jurídico procesal válida, vale añadir que, en caso de no conformarse válidamente, posteriormente serán susceptibles de oposición por parte del accionado, mediante excepciones previas, e inclusive susceptibles de una declaratoria de nulidad.

En ese sentido, para una relación jurídico procesal válida es necesario distinguir que “toda persona puede ser titular de un derecho substancial (*legitimatío ad causam*), pero no siempre tiene la aptitud necesaria para defenderlo personalmente en caso de litigio (*legitimatío ad processum*)” (Alsina, p.431), así también que la falta de cumplimiento de los requisitos legales de la demanda pueda producir el defecto legal en el error en la forma de proponer la demanda, y más elementos que tienen relación directa con los presupuestos procesales o solemnidades sustanciales; y vale añadir, que una relación jurídico procesal

para ser válida, además del cumplimiento de solemnidades sustanciales, debe asegurar el debido proceso.

Ahora bien, es posible que una vez ya originada la composición de la relación jurídica del proceso, acontezcan posteriormente nuevos sucesos que deban ser consideradas por el juzgador dada la relevancia que tienen sobre la pretensión del actor, reconvencción o la posición de defensa que haya asumido el demandado. Estos son considerados como hechos nuevos.

Hugo Alsina precisa que es muy importante comprender la distinción que existe entre un hecho nuevo y una nueva demanda, con el fin de evitar que la relación jurídica se vea desfigurada y se tergiversen los límites del litigio que se exteriorizan y fueron fijados mediante la pretensión, la excepción, y una posible reconvencción; y a este respecto dice:

“Hay que distinguir, para precisar su significado, entre demanda nueva y hecho nuevo. Aquélla supone una pretensión distinta y se refiere al objeto de la acción; el hecho nuevo se refiere a la causa y constituye un fundamento más de la acción ya deducida. Por ello la demanda nueva importa una acción distinta, mientras el hecho nuevo no supone cambio de acción” (p.435).

Por lo que un hecho nuevo, en definitiva, no produce el cambio de la pretensión principal, sino que representa un hecho más que la sustenta, pues caso contrario existiría una modificación en la delimitación de la relación jurídico procesal, ya que se pretendería el cambio de la pretensión, en cualquiera de sus tres elementos: sujetos, objeto y causa.

Una vez que dentro del proceso se han propuesto la demanda, la contestación a la misma y una posible reconvencción con su contestación, el juez cuenta con los límites en los que ejercerá su facultad decisoria: pretensiones y excepciones. Por lo que el juez a partir de este momento, frente a la relación jurídico procesal constituida y válida, enrumba la facultad jurisdiccional en dos etapas:

“(…) en la primera, después de escuchar a las partes y examinar sus pruebas, dicta sentencia declarando el derecho en favor del actor o del demandado (período de conocimiento); en la segunda, cuando la parte vencida no cumple voluntariamente las

obligaciones que la sentencia le impone, se substituye a ella, y, aplicando los principios de la ejecución procesal forzada, satisface el interés del vencedor a costa del interés del vencido (período de ejecución)” (Alsina, p.441).

Alsina considera que esta primera etapa a su vez se compone de dos fases:

“(…) la primera llamada de *instrucción*, corresponde a las partes la ejecución de una serie de actos (demanda, contestación, prueba, alegatos) que no tienen otro objeto que formar la convicción del juez. En la segunda, llamada de *declaración*, el juez pone fin a la relación procesal mediante la sentencia” (p.442).

Si el propósito principal de una conformación de la relación jurídica procesal es que sea válida, y por ende que todos los actos procesales en ella realizados, principalmente la sentencia, no carezcan de vicios, es entonces comprensible que podrán existir circunstancias por las que, con el único fin de preservar su propósito principal, deba suspender su desarrollo, entendiéndose a la suspensión como un fenómeno procesal en el que “media un espacio de tiempo hasta que la relación procesal se reintegra, durante el cual no pueden ejecutarse actos procesales válidos, salvo que tengan por objeto una medida precautoria” (p.443-444), como por ejemplo la muerte de una de las partes que conforman la relación jurídico procesal y el transe necesario hasta que se supla su ausencia.

Ahora bien, la relación jurídico procesal no puede tener una duración perpetua, sino que necesariamente deberá extinguirse ya sea porque cumplió su finalidad o por actuaciones unilaterales o bilaterales de las partes que la componen. Es por ello que la sentencia en la fase de declaración y dentro de la etapa de conocimiento, es la forma normal en que la relación referida se extingue, sin embargo, existen “otros medios anormales de extinción de la relación procesal, cuyos efectos son distintos” (Alsina, p.446) como por ejemplo, la transacción, el abandono, el retiro de la demanda.

### **1.2.2. Acción, pretensión y demanda**

Existen tres grandes conceptos que llegan ligados a la comprensión de este apartado, mismos que Jaime Guasp los define y relaciona de la siguiente forma:

“Concedido por el Estado el poder de acudir a los Tribunales de Justicia para formular pretensiones: *derecho de acción*, el particular puede reclamar cualquier bien de la vida, frente a otro sujeto distinto, de un órgano jurisdiccional: *pretensión procesal*, iniciando para ello, mediante un acto específico: *demanda*, el correspondiente proceso, el cual tendrá como objeto aquella pretensión” (p.216).

Por lo que el derecho de acción se efectiviza mediante el acto procesal de la demanda, mismo que esencialmente contiene una reclamación: la pretensión, la que es en sí la traducción objetiva -de la dimensión social a la jurídica- que el actor reclama al órgano jurisdiccional.

### **1.2.2.1. Acción**

Eduardo Couture define a la acción como aquel “poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión” (p.47), poder jurídico que según él está íntimamente ligado a la personalidad del ser humano como uno de sus atributos, ya que:

“(…) tiene en este aspecto un carácter rigurosamente privado. Pero al mismo tiempo, en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, lo que le asigna carácter público. Mediante la acción se cumple la jurisdicción, vale decir, se realiza efectivamente el derecho, ya que, por tradicional principio que rige en materia civil, la jurisdicción no actúa sin la iniciativa individual: *nemo iudex sine actore*.

Es por esta circunstancia que en tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignadas en la Constitución.” (p.48).

Desde otra perspectiva, Hugo Alsina al respecto de la acción manifiesta que sus elementos son: sujeto, objeto y causa -mismos que son la base para la excepción de cosa juzgada-, y contiene determinadas condiciones como lo son:

“(…) capacidad, derecho, calidad e interés (...) En primer lugar, la capacidad no es un elemento de la acción, sino una condición requerida en el sujeto para su ejercicio: si falta

la capacidad no se constituye la relación procesal y el juez no tiene obligación de pronunciarse sobre la acción misma, que permanece intacta y puede ser reproducida en otro proceso. En cuanto al derecho, la calidad y el interés, son condiciones para la admisión de la acción en la sentencia, que es la oportunidad en la que el juez debe apreciarlas, de tal manera que la ausencia de una de ellas determinará el rechazo de la acción por falta de mérito” (p.327-328).

De entre ellos, los que tienen incidencia sobre el fondo de la decisión “para que la acción tenga una resolución favorable es necesario que el actor justifique su derecho, calidad e interés” (Alsina, p.447).

#### **1.2.2.1.1. Sujetos de la acción**

Al respecto de los sujetos de la acción, Alsina expone que no debe confundirse los conceptos de actor y demandado -sujeto activo y pasivo de la relación jurídica- con el de sujetos activos de la acción, ya según su criterio, la acción es “un derecho público contra el Estado para proteger una pretensión jurídica material” (p.338), debido a que:

“(…) el sujeto activo es el titular de la relación jurídica que se pretende amparada por una norma legal, por lo cual toma en el proceso el nombre de *actor*; y el sujeto pasivo es aquel frente al cual se le llama *demandado*. Pero actor y demandado, como hemos dicho, son sujetos activos de la acción en su función procesal” (p.338).

Derecho del que el demandado también forma parte, pues claramente se puede observar que tanto actor como demandado son sujetos activos del derecho de acción, del poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales, mediante ejercicios de acción y contradicción bajo el amparo de la Tutela Judicial Efectiva. Y si ellos son sujetos activos ¿quién es el sujeto pasivo? Alsina en ese sentido aclara que es el juzgador como representante de la Función Jurisdiccional, pues los sujetos activos pretenden que él “haga actuar la ley en su favor, admitiendo o rechazando la pretensión jurídica” (p.338).

Y en este sentido, es preciso añadir que una de las particularidades en las que Alsina reitera que el accionado también es sujeto activo de la acción se debe a que “(…) el demandado ejercita una acción al oponer una defensa, porque con ella requiere del juez

que le ampare en una situación jurídica haciendo actuar la ley en su favor.” (Alsina, p.342); mismo que como se revisará posteriormente es el derecho de contradicción, pues acción y contradicción son expresiones del accionante y accionado, bajo el amparo de la Tutela Judicial Efectiva que brinda la Función Judicial ante la constitución válida de un litigio.

La identidad de los sujetos activos de la acción válidamente constituida para producir efectos jurídicos, es sobre la que recae la interposición de excepción de cosa juzgada - irradiación del mandato constitucional de imposibilidad de doble juzgamiento-, y sobre esto es necesario añadir que esta identificación procesal al estar válidamente constituida “no supone necesariamente la identidad de sujetos de la acción, porque puede aquélla variar, y existir no obstante identidad jurídica si el actor vencido en juicio cede su derecho y el cesionario renueva la acción” (Alsina, p.376-377) o por ejemplo, que una sentencia surta efectos jurídicos en contra de una de las partes procesales y durante la sustanciación del proceso, al dictar o ejecutarse la sentencia, fallezca, sus herederos están sujetos a la participación de su padre hasta el momento de su defunción.

El estándar de “identidad jurídica” -entendida no solo como la identidad de accionante o accionado, sino los derechos que le son propios- es el fin que se persigue por medio de las exigencias procesales constitutivas de una relación jurídico procesal válida, pues de otra forma no se podría asegurar el cumplimiento de las decisiones judiciales.

#### **1.2.2.1.2. Objeto de la acción**

Sobre el objeto de la acción Hugo Alsina manifiesta que existen dos perspectivas históricas desde las que se puede identificar:

“(…) Para la escuela clásica la acción no podía tener otro objeto que el cumplimiento de una obligación (dar, hacer, no hacer), es decir, la obtención de lo que el demandado debía al actor. La doctrina moderna, sin desconocer que ése es su efecto mediato, demuestra que lo que el actor busca, en realidad, es una sentencia que declare si su pretensión es o no fundada.” (p.339).

Lo que permite concluir que el objeto contiene un efecto mediato: el cumplimiento de una obligación (dar, hacer, no hacer), y un efecto inmediato: la emisión de una sentencia que acepte o rechace la reclamación específica del accionante.

Siendo el objeto inmediato de la acción la sentencia, y ya que esta no es más que la aceptación o no de una pretensión, es preciso distinguir que las acciones pueden clasificarse en base a la naturaleza de la pretensión que cobijan, pretensiones que pueden ser: “a) de condena; b) declarativa; c) constitutiva; d) ejecutiva; e) precautoria” (Alsina, p.350). A continuación, se revisará de manera breve cada una.

La acción de condena que acoge la pretensión de condena, es una de las más comunes y con ella “el actor persigue una sentencia que condene al demandado a una determinada pretensión (dar o hacer) o que se deshaga lo hecho si la obligación fuere de no hacer” (Alsina, p.350), y que requiere en sí la existencia de condiciones en razón de la naturaleza de los derechos que se exigen:

“1º) un hecho que importe la violación del derecho: así en los derechos reales y en las obligaciones de no hacer, es necesario un estado de hecho contrario al derecho (posesión de la cosa ajena, ejecución del hecho prohibido); en las obligaciones de dar o hacer, la violación resulta de la omisión del hecho debido; pero es de advertir que el ejercicio de un derecho, aunque sea contrario al nuestro, no da derecho a acción, a menos que constituya un abuso del derecho; 2º) que sea susceptible de prestación porque nadie está obligado al cumplimiento de un hecho imposible (...) 3º) que exista una necesidad de protección jurídica, o sea que el interés del actor consista en obtener por medio del proceso la prestación a que el demandado estaba obligado” (Alsina, p.350).

Las condiciones citadas en Alsina, tienen el propósito de que una vez cumplidas producirán una sentencia de condena que a su vez “contendrá: 1º) La declaración de legitimidad de esa pretensión; 2º) la posibilidad de su ejecución aun contra la voluntad del obligado” (Alsina, p.351); sentencia que será exigible en las condiciones y bajo los límites de la relación jurídico procesal, decisión que “tiene una doble función: no sólo declara el derecho, sino que también prepara la vía para obtener, aun contra la voluntad del obligado, el cumplimiento de una prestación” (Alsina, p.354).

Ahora bien, las acciones de condena contienen en sí la exigencia de una obligación, pero esta obligación no es de un solo tipo, ya que:

“En las obligaciones de dar, la prestación podrá referirse a una cosa determinada, a cantidades de cosas, a sumas de dinero. Cuando se trata de una cosa física, los aumentos o disminuciones que ella sufra no se tienen en cuenta, porque su identidad jurídica continúa siendo la misma. Si la obligación es de hacer o de no hacer, el objeto lo constituye el hecho prometido o prohibido” (Alsina, p.378).

Sobre la acción declarativa que acoge una pretensión declarativa, Hugo Alsina refiere que es de poco antecedente -su estudio iniciaría desde el siglo pasado- dado que “la ciencia procesal sólo se había ocupado de la acción de condena” (p.352). A diferencia de la acción de condena, la acción declarativa:

“(…) no requiere un estado de hecho contrario al derecho, sino que basta un estado de incertidumbre sobre el derecho, y por eso obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una situación jurídica, vale decir que no es susceptible de ejecución, porque la declaración judicial basta para satisfacer el interés del actor”. (Alsina, p.354).

Un claro caso de la acción declarativa es por ejemplo la declaratoria de paternidad de un hijo.

La acción declarativa contiene un elemento fundamental, que el “actor tenga interés en un pronunciamiento judicial, positivo o negativo, y al juez corresponderá en la sentencia establecer si ese interés es justificado” (Alsina, p.355). Para la procedencia de este tipo de acción es necesario: “1º) Un estado de incertidumbre sobre la existencia o interpretación de una relación jurídica; 2º) Que esa incertidumbre pueda ocasionar un perjuicio al actor; 3º) Que éste no tenga otro medio legal para hacer cesar la incertidumbre” (Alsina, p.355).

Un hecho que es preciso resaltar es que “la acción declarativa puede ser ejercitada independientemente como acción principal, pero puede también serlo en un proceso ya iniciado, como cuando se pide la declaración de falsedad de un documento” (Alsina, p.356).

Y este tipo de acción dada su naturaleza, puede constituirse como una declaración en que “se afirme o se niegue la existencia o inexistencia de un derecho” (Alsina, p.378), esto es, se puede demandar pretendiendo la declaración de existencia de un derecho, como también pretendiendo que se declare la inexistencia de un derecho.

Hugo Alsina al respecto que la acción constitutiva que acoge una pretensión de naturaleza constitutiva es la que produce “una nueva situación jurídica, que determina, por consiguiente, la aplicación de nuevas normas de derecho” (p.359), pues a su apreciación esta acción, en comparación de las dos anteriormente expuestas, genera una sentencia que crea un “nuevo estado jurídico”. Un ejemplo de ello es la declaratoria de interdicción de una persona, pues a partir de esta sentencia el nuevo estado jurídico producirá que el interdicto ya no actúe por sí mismo, sino que la eficacia y validez de sus actos jurídicos estén condicionados a la participación y consentimiento de su representante legal.

Sobre la acción ejecutiva que adopta una pretensión ejecutiva, Alsina considera que esta tiene “por objeto el cumplimiento, mediante el auxilio de la fuerza pública, de una obligación impuesta en la sentencia de condena (ejecución de sentencia), o reconocida por el mismo obligado en un título que la ley presume legítimo (juicio ejecutivo)” (p.361).

La acción precautoria que contiene una pretensión precautoria, nace en virtud de un fenómeno que acontece dentro de la sustanciación del proceso, y es que desde el instante “en que la acción se inicia y aquel en que la sentencia la admite, media un espacio de tiempo durante el cual el demandado puede variar su situación respecto de la cosa litigiosa (enajenación, constitución de derechos reales, destrucción, etc.)” (p.361).

Dado que el Derecho no podría permitirse instaurar un proceso que al emitir sentencia no pueda ser vinculante, debido a que la cosa litigiosa sufrió variación en su estado, se ve necesaria la implementación de esta acción, ya que se deben tomar todas “las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento de la situación inicial” (Alsina, p.362).

#### **1.2.2.1.3. Causa de la acción**

Y por último, sobre la causa de la acción, Alsina considera que “es el fundamento del ejercicio de la acción. Ordinariamente, comprende dos elementos: un derecho y un hecho (...) de cuya presencia nace la pretensión jurídica al reconocimiento del derecho” (p.339).

Ahora bien, sobre el último elemento de la acción: la causa, Hugo Alsina la considera como el hecho y el derecho del que nace la pretensión, lo que hace, es reconocer que la pretensión es el producto de un “hecho constitutivo” en la dimensión social, que contrastado con la dimensión jurídica, demuestra una falta de consistencia, antecedente fáctico que al tener disconformidad con lo que regula la normativa jurídica, es el fundamento principal de la pretensión, por ende de la demanda, por ello de la acción, y principalmente el hecho trascendental a ser objeto de la actividad probatoria.

Ahora bien, el hecho “constitutivo” no es el único de su especie, y ya que en este apartado tratamos sobre el ejercicio de la acción, entendido este, como la participación que ambas partes procesales tienen como sujetos activos ante el juzgador -sujeto pasivo de la acción-, es necesario referirnos a los hechos que el accionado puede interponer dentro de la confrontación dialéctica judicial.

La disconformidad entre la dimensión jurídica y fáctica, se debe a que “todo derecho nace, se transforma o se extingue como consecuencia de un hecho” (Alsina, p.340), por lo que ante el hecho trascendental “constitutivo” que es motivo principal de la pretensión puede ser confrontado con dos tipos de hechos que podrían frenar su reclamación, para ello es necesario remitirnos a la descripción que efectúa Hugo Alsina:

“(...) 1°) Hechos *constitutivos*, que dan nacimiento a una relación jurídica (por ejemplo, préstamo), y que a su vez, se distinguen en voluntarios e involuntarios, lícito e ilícitos, etc.; 2°) Hechos *impeditivos*, que no obstante existir el hecho constitutivo, importan un obstáculo al nacimiento de la relación jurídica (incapacidad, dolo, etc.); 3°) Hechos *extintivos*, que ponen fin a la relación jurídica, pago, prescripción, etc.” (p.340).

Estos tres tipos de hechos son las categorías generales de las que se originan la pretensión y la oposición, es por ello, que un hecho “originario” en la dimensión social puede ser un hecho jurídico: constitutivo, impeditivo o extintivo; y de ellos se pueden valer tanto actor como demandado en su posición dentro de la contienda judicial.

Este hecho jurídico originario, fundamento principal para proponer la demanda, no puede ser confundido con los hechos que le sirven de justificación, ni con la o las disposiciones legales que se solicita lo amparen:

“(…) en la reivindicación la causa inmediata es el dominio, pero el hecho constitutivo de éste puede variar según que derive de una compraventa, una donación o que se haya adquirido por prescripción (…) Tampoco se debe confundir la causa con la norma abstracta de la ley, porque ésta servirá para calificarla pero no constituye la causa misma (…) Debe igualmente distinguirse el hecho jurídico de los hechos simples que sólo sirven para justificarlo” (Alsina, p.381).

#### **1.2.2.1.4. Condiciones de la acción**

Hugo Alsina considera que los elementos de la acción no son suficientes para el triunfo de la pretensión en la sentencia de fondo, sino particularmente la justificación de las condiciones de la acción:

“Por lo tanto, para que el actor triunfe en su demanda, se requieren las siguientes condiciones 1ª) *derecho* o sea una norma de la ley que garantice al actor el bien que pretende; 2ª) *calidad*, o sea la identidad de la persona del actor con la persona favorecida por la ley y de la persona obligada con la del demandado; 3ª) *interés*, de conseguir el bien mediante la intervención del órgano público” (p.385).

Sobre el Derecho el referido doctrinario considera que esta condición se caracteriza como la tarea que recae sobre el juzgador al examinar si el hecho jurídico originario propuesto en la demanda puede ser subsumido en las disposiciones legales que lo vuelvan aceptable en sentencia, lo que:

“(…) supone una operación lógica en la que se establecerá: 1º) si existe una norma abstracta que contemple la situación jurídica; 2º) si el hecho que el actor invoca corresponde a la categoría de los que esa norma considera; 3º) si la existencia del hecho está justificada. Los dos primeros requisitos son examinados por el juez, con prescindencia de las afirmaciones de las partes, pues, aun cuando éstas tienen la obligación de fundar en derecho sus pretensiones, la omisión o el error en que incurrir

pueden y deben ser suplidos por aquél. La prueba de la existencia del hecho corresponde a quien lo afirma, y el juez la apreciará de acuerdo con las reglas fijadas”. (Alsina, p.385-386).

La calidad se considera que es aquella condición de la acción, según la que el ejercicio del derecho de acción solo puede “ser intentada *por* el titular del derecho y *contra* la persona obligada, es decir, las partes en relación jurídica substancial. Llámese *legitimatío ad causam*” (Alsina, p.388).

Sobre la condición de la acción del interés, se estima que “para intentar una acción, así como para contradecirla, es necesario tener interés, porque sólo con esa condición se pone en juego la actividad jurisdiccional” (Alsina, p.392); razón por la que Hugo Alsina concluye que a partir de esta condición surgen “dos principios: 1º) sin interés no hay acción; 2º) el interés es la medida de la acción” (p.393).

#### **1.2.2.2. Pretensión**

La pretensión es el núcleo de la instauración del proceso, es la causa fundamental por la que la función jurisdiccional inicia su intervención, ya que:

“(…) la explicación fundamental propuesta de la esencia del proceso obliga a considerar que no hay más que un elemento objetivo básico que sea lógicamente posible: la reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el Juez. En torno a esta reclamación giran todas y cada una de las vicisitudes procesales. La iniciación del proceso, la instrucción y ordenación del mismo y, sobre todo, su decisión tienen una sola y exclusiva referencia a aquella (...) La relación jurídica material y el bien de la vida son, pues, sólo instrumentos o soportes que juegan en el proceso sirviendo o apoyando al verdadero elemento objetivo que es la *pretensión*.” (Guasp, p.211-212).

Es preciso entonces, definir qué es la pretensión, y para ello se consideran dos definiciones.

Por un lado, Eduardo Couture estima que la pretensión se concibe como aquella afirmación dirigida por una persona hábilmente capaz “de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva (...) la autoatribución de un

derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica” (p.59). Puntualizando que la principal distinción entre la pretensión y la acción consiste en que “la acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión” (p.59).

Por otro lado, Jaime Guasp -dentro de una de las definiciones más acertadas e integrales- considera que la pretensión es “una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración” (p.217).

Jaime Guasp disgrega y justifica la definición realizada exponiendo primeramente que la pretensión es una declaración de voluntad de tipo jurídica, misma que no puede ser confundida con una declaración sentimental, con una declaración científica o aún menos con una imprecisa y confusa declaración, sino que debe ser precisa en reconocerse como “lo que un sujeto quiere y no lo que sabe o siente” (p.217).

Ahora bien, esta declaración de voluntad únicamente puede ser jurídica si contiene lo que Guasp identifica como “significación jurídica”, esto es, “la referencia que en ella se contiene al derecho, por sostener su autor que lo reclamado coincide con lo establecido en el ordenamiento jurídico” (p.217).

Como segundo elemento de la definición sobre la pretensión, el antedicho doctrinario explica que el acto de voluntad jurídica debe dirigir su requerimiento a la actuación de un órgano jurisdiccional, el único que cuenta con la investidura necesaria para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, juzgamiento que bien puede consistir en aceptar o negar la pretensión, pues ésta “queda, sin embargo, procesalmente satisfecha tanto si es efectivamente actuada como si, por las razones que se den se rechaza su actuación” (Guasp, p.217).

Y como tercer elemento de la definición planteada, Jaime Guasp expone que la declaración de voluntad jurídica que pide la actuación de un órgano jurisdiccional para que juzgue y ejecute lo juzgado, debe necesariamente estar dirigida “*frente a persona determinada y distinta* del autor de la reclamación, pues, en otro caso, carecería de la dimensión social que el derecho exige para concederle el tratamiento procesal adecuado” (p.217).

Concluyendo que en definitiva “la pretensión es, en realidad, no un derecho, sino un acto” (Guasp, p.217), un acto jurídico procesal que para ser formulado debe considerar requisitos desde la óptica de 3 aspectos: los sujetos, el objeto y actividad.

Al respecto de los requisitos de la pretensión sobre sujetos, Jaime Guasp refiere que la reclamación debe considerar que:

- Debe ser dirigida a un órgano jurisdiccional que goce “de potestad jurisdiccional efectiva [y] tener competencia tanto jerárquica como territorial” (p.222);
- Quien lo propone debe contar con “la necesaria capacidad, tanto capacidad para ser parte como capacidad procesal” (p.222); y,
- Contra quien se propone debe “contar con capacidad para ser parte y con legitimación” (p.222).

Sobre los requisitos de la pretensión al respecto de su objeto Jaime Guasp explica que la reclamación debe estimar que debe ser posible, idóneo y con causa justificada:

- Posible toda vez que debe ser viable “tanto física como moralmente porque la imposibilidad de uno u otro orden (...) no podrá producir la eficacia normal de los actos” (p.223);
- Idónea debido a que “la pretensión procesal que se dedujera en un proceso concretamente no apto para recibir reclamaciones de la clase de la formulada carecería igualmente de eficacia” (p.223), es decir, que se solicite la pretensión en la vía que la ley procesal ha previsto; y,
- Con causa justificada, o sea, que exista “un fundamento legal, o motivo, que la justifica o cuando hay, por lo menos, un interés personal, legítimo y directo” (p.223).

Al respecto de los requisitos de la pretensión sobre la actividad, Jaime Guasp expresa:

“encierra en sus tres dimensiones esenciales de lugar, tiempo y forma.

- a) El lugar será el del proceso al que la pretensión se incorpora: concretamente, la circunscripción, sede y local del órgano jurisdiccional (...)

- b) El tiempo será, igualmente, el del proceso a que la pretensión pertenece: concretamente el del trámite que en dicho proceso esté destinado al planteamiento del objeto básico del litigio (...)
- c) La forma será, asimismo, la del proceso de que se trate, la cual decidirá, en concreto, si, por el seguimiento del principio de la oralidad o de la escritura la pretensión deberá deducirse de palabra o por escrito” (p.223)

### **1.2.2.3. Demanda**

Chiovenda citado por Guasp & Alonso (1968) manifiesta que la demanda es:

“(...) el acto con que la parte (actor) afirmando la existencia de una voluntad concreta de ley que le garantiza un bien, declara la voluntad de que la ley sea actuada frente a otra parte (demandado), e invoca para este fin, la autoridad del órgano jurisdiccional” (p.73).

Es decir, la demanda se constituye como un acto jurídico, que tiene la principal característica de ser “el acto introductorio de la acción, por el cual, mediante relatos de hechos e invocación del derecho el actor determina su pretensión” (Guasp & Alonso, p.73).

Este acto jurídico que suscita el ejercicio de la acción, es el punto de partida para la presentación formal de la pretensión, el hecho jurídico originario -conjuntamente con los hechos que lo justifican- y la oferta probatoria ante un órgano jurisdiccional, pues con el:

“Se inicia la relación procesal con la interposición de la demanda, que es la forma normal de ejercicio de la acción, pues desde ese momento el actor y el juez se hallan sujetos a determinados deberes procesales: el actor queda sometido a la jurisdicción del juez, al que ya no puede recusar sin causa, y contrae el compromiso de proseguir su acción hasta la sentencia” (Alsina, p.432).

Este acto jurídico de proposición se materializa mediante la redacción y presentación de un escrito que cumpliendo los requisitos de forma exigidos por la ley procesal y estimando cumplidos los requisitos de fondo para que se declare su procedencia, serán el revestimiento con el que se solventa la pretensión o pretensiones que se reclaman del órgano jurisdiccional. Por ello Guasp & Alonso manifiestan que:

“La importancia de la demanda se desprende de las consecuencias que puede producir en la tramitación del juicio. Se puede decir que es la base de éste y que de ella depende el éxito de la acción ejercida” (p.74).

Es por ello que Pablo Gutiérrez (2018) considera que:

“La demanda es un acto procesal trascendental en la medida en que es el iniciador del proceso (desde un punto de vista formal) y aquel mediante el cual se interpone la pretensión de tutela jurisdiccional concreta que va a constituir el objeto del proceso (desde el punto de vista de su contenido).

Es un acto de parte (de la parte actora, que es la que pide la protección jurídica de sus derechos o intereses por los tribunales) (...) es el acto en el que de modo nuclear se deduce la pretensión (la concreta petición de tutela del justiciable, frente al demandado, dirigida a los tribunales de justicia) determinando en y con ello el objeto del proceso, sin perjuicio de que ese objeto pueda experimentar excepcionalmente, dependiendo de los casos, ulteriores modulaciones” (p.712-713).

Una vez propuesta y calificada a trámite la demanda, provoca el emplazamiento al demandado con el fin de que se constituya la relación jurídico procesal y se continúe con la sustanciación de la causa.

### **1.2.3. Contradicción, oposición, contestación a la demanda y demanda reconventional**

#### **1.2.3.1. Contradicción**

Devis Echandía (1984) considera que “el derecho de contradicción, lo mismo que el de acción, pertenece a toda persona natural o jurídica por el solo hecho de ser demandada (...) y se identifica con el derecho de defensa frente a las pretensiones del demandante” (p.205). El derecho de contradicción es parte del derecho constitucional de defensa que se le garantiza al demandado al ser emplazado dentro de un proceso judicial toda vez que:

“(...) se fundamenta en un interés general, como el que justifica la acción, porque no sólo mira a la defensa del demandado o imputado y a la protección de sus derechos sometidos al proceso o de su libertad, sino que principalmente contempla el interés público en el

respeto de dos principios fundamentales para la organización social: el que prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y derechos, y el que niega el derecho a hacerse justicia por sí mismo” (Devis Echandía, 1984, p.205).

Monroy Gálvez citado por Palacios (2017) manifiesta al respecto que “el derecho de contradicción es, al igual que el derecho de acción, una expresión del derecho de tutela jurisdiccional. Esto significa que el derecho de contradicción tiene las mismas características del derecho de acción” (p.372).

Ahora bien, tanto el derecho de acción como el derecho de contradicción guardan en sí un aspecto de necesaria referencia, son potestades o facultades abstractas ejercidas por accionante o accionado, que en sí son satisfechas al emitirse una sentencia, es decir, ambas no buscan una resolución favorable para quien la propone -como sí lo hacen la pretensión y excepción-, “sino una tutela abstracta por una sentencia justa y legal, cualquiera que sea, y la oportunidad de ser oído en el proceso para el ejercicio del derecho de defensa en igualdad de condiciones, facultades y cargas” (Devis Echandía, 1984, p.206).

En este orden de ideas, si el derecho de acción se origina a partir del momento en que una persona legalmente capaz interpone una reclamación a un órgano jurisdiccional mediante el acto jurídico de la demanda, el derecho de contradicción se genera a partir del instante “en que es admitida por el juez la demanda contenciosa, independientemente no sólo de la razón o sinrazón que acompañe la pretensión del demandante, sino de que el demandado se oponga o no a aquélla y proponga o no excepciones” (Devis Echandía, 1984, p.207).

En este punto es necesario realizar la distinción que existe entre el derecho de contradicción, la oposición y la excepción, respecto de lo que Devis Echandía manifiesta que “la defensa y excepciones que puede formular el demandado son manifestaciones de su petición de una sentencia favorable, y puede formular ambas gracias a su derecho de contradicción” (1984, p.209), concluyendo posteriormente que la causa es el derecho de contradicción y sus efectos son la oposición y la excepción, debido a que el derecho de

contradicción siempre existirá, aunque la posición del accionado sea la de no proponer excepciones y oponerse a la pretensión del accionante.

Si el derecho de contradicción inicia su satisfacción desde el momento en el que se califica la demanda y se ordena la citación del demandado hasta que se dicte la sentencia dentro de la causa, entonces se puede percibir claramente que -a contraste del derecho de acción- la posición del accionado dentro del proceso contiene un espectro de posibilidades que puede partir desde la inacción procesal hasta una reconvencción -en los casos que la ley procesal lo permita-.

Es por ello que Devis Echandía (1984) considera que el demandado puede adecuar su comportamiento procesal en siete tipos de posiciones:

- “a) Una meramente negativa, de espectador del proceso, sin comparecer ni contestar la demanda (...)
- b) Otra pasiva, cuando el demandado interviene en el proceso y contesta la demanda pero sin asumir una actitud en favor ni en contra de la pretensiones del demandante (como cuando manifiesta que se atiene a lo que en el proceso se pruebe y la ley determine, sin plantear defensas ni alegar pruebas (...)
- c) Una de expresa aceptación de las pretensiones del actor, o sea de allanamiento a la demanda al contestarla, lo que puede ocurrir cuando el efecto jurídico-material perseguido por el demandante no se puede conseguir por un acto de voluntad del demandado, razón por la cual el proceso es necesario, no obstante la ausencia de oposición (...)
- d) Una de oposición y defensa relativa, como cuando el demandado interviene y contesta la demanda para negar el derecho material del actor y los hechos en donde pretende deducirlo o exigirle su prueba, o para negarle su legitimación en causa o su interés sustancial o cuando posteriormente asume esta conducta si se abstuvo de contestarla, y solicita pruebas con ese fin, pero sin oponerle otros hechos que conduzcan a paralizar o destruir la pretensión, en cuyo caso hay defensa y oposición, pero no propone excepciones”
- e) Una más activa de oposición positiva, que se presenta cuando el demandado no se limita a esas negociaciones, sino que lleva el debate a un terreno distinto mediante la alegación y prueba de otros hechos que conducen a desvirtuar la pretensión del demandante, sea temporalmente o para ese proceso (sin que impidan plantearla en otro posteriormente, por no conducir a sentencia con valor de cosa juzgada) o bien de manera

definitiva, total o parcialmente, en forma que la sentencia produzca efectos de cosa juzgada (excepciones definitivas de fondo y propiamente perentorias) (...)

f) Una similar a la anterior, de positiva defensa pero enderezada a atacar el procedimiento por vicios de forma para suspenderlo o mejorarlo, como cuando alega la falta de algún presupuesto procesal (competencia, capacidad, etc.), sea proponiendo excepciones previas en el proceso civil, o reclamando la nulidad de lo actuado (...)

g) Contrademandando mediante reconvencción, para formular pretensiones propias contra el demandante, relacionadas con las de éste o con las excepciones que le opone” (p.210-211).

### **1.2.3.2. Oposición a la pretensión**

Una vez que se ha especificado cuáles son las posiciones que el demandado puede tomar al momento de ser citado, hemos de considerar que una de estas posturas es la oposición a la reclamación pretendida por el accionante, suceso que acontece “cuando la parte frente a quien la pretensión se dirige, lejos de aquietarse ante ella y de reconocerla, expresa o tácitamente, la combate. Es, pues, la oposición *cualquier enfrentamiento a la pretensión del actor*” (Guasp, p.233), o en palabras de Devis Echandía (1984) es la resistencia del demandado a la pretensión “bien sea discutiendo su existencia o negándose a satisfacerla no obstante reconocerla, y de ahí el litigio” (p.225).

Siguiendo la definición planteada por Jaime Guasp al respecto se considera como oposición a la “declaración de voluntad por la que se reclama del órgano jurisdiccional frente al actor la no actuación de la pretensión de éste” (p.233). Si al respecto de la pretensión se manifestó que ella era un hito que delimitaba las facultades jurisdiccionales del juzgador al momento de resolver, es innegable que la oposición va a tener un efecto delimitador de estas facultades.

En este punto es indispensable distinguir que la oposición del accionado no va a cambiar el objeto del proceso que se instaura al reclamarse la pretensión -salvo que se trate de una reconvencción-, ya que “la oposición no compone ni integra el objeto del proceso, misión reservada a la pretensión procesal, sino que normalmente fija tan sólo los límites de su examen” (Guasp, 233); en definitiva, la oposición del demandado no cambia

la naturaleza del proceso, sino que delimita el objeto de la controversia, circunscribe cuáles serán los hechos contenciosos, sobre los que se emitirá sentencia de fondo.

Según Devis Echandía (1984) expone que la oposición se compone de dos elementos: objeto y razón, describiendo que:

*“Su objeto lo forma la tutela jurídica que se invoca en el determinado efecto jurídico perseguido: el rechazo total o parcial de la pretensión o su paralización temporal, o la reducción o sustitución de la pretensión (por ejemplo, por aceptar que se debe, pero menos cantidad o una calidad distinta) (...) o la suspensión o corrección del procedimiento o su anulación (excepciones previas, nulidad o revocación). Su razón es el fundamento que se le da según cada caso y puede distinguirse también en razón de hecho o derecho, según se trate de oponer hechos distintos a los que sirven de base a la pretensión, o sólo de deducir consecuencias de derecho diversas a las pretendidas por el demandante” (p.227).*

En ese orden de ideas, Jaime Guasp manifiesta que existen dos posiciones generales desde las que se ejerce la oposición: en lo que respecta al “tipo de discusión” y en “el tipo de lo discutido”.

Sobre el “tipo de discusión” a su vez se dividen en dos posiciones:

- Una oposición que simplemente se limite a realizar negaciones, a “desconocer las afirmaciones del contrario sin colocar frente a ellas circunstancias distintas, por lo que se trata, como fácilmente se comprende, del tipo de defensa más sencillo” (p.236).
- Una oposición en la que sí se formulen afirmaciones contrarias “reconociendo o no las circunstancias invocadas por el demandante, coloca[ando] frente a ellas otras que las desvirtúan” (p.236).

Si se contrasta la primera y la segunda posición procesal, es clara la distinción que en el segundo caso no sólo se niega los argumentos formulados por el accionante, sino que el accionado incorpora nuevas afirmaciones a ser consideradas por el juzgador, posición que es considerada por Jaime Guasp como: excepción procesal, misma que a su vez,

puede expresarse como: contradicción en sentido estricto o como objeción en sentido estricto.

La contradicción en sentido estricto ocurre “si la nueva afirmación es incompatible con la contraria” (Guasp, p.236); mientras que la objeción en sentido estricto acontece “si la nueva afirmación no es incompatible con la contraria, aunque la enerve de todos modos” (Guasp, p.236).

Sobre el “tipo de lo discutido” Jaime Guasp los divide en dos grupos:

- La oposición perentoria, que se caracteriza porque:

“(…) se niega, contradice u objeta un elemento de la pretensión de tal significación que, si la defensa prospera, y en tanto que prospera, el ataque no puede ser ya en ningún caso eficaz (...) [por lo que] estimada una negación, una contradicción o una objeción perentorias, la pretensión no puede ser actuada ni del modo propuesto ni de otro modo cualquiera. La oposición perentoria consiste, pues, en una resistencia frente a los elementos intrínsecamente fundadores de la pretensión, tengan o no carácter procesal, y al triunfar sobre aquélla determina su total ineficacia ulterior; metafóricamente, cabría decir que la oposición perentoria mata el fundamento de la pretensión” (p.237).

Añadiendo el antedicho doctrinario que a su vez existen dos tipos de denuncias sobre la oposición perentoria: la primera que denuncia la inexistencia de un “hecho básico constitutivo” a la reclamación que está dirigiendo el demandante; y, la presencia de “un hecho básico destructivo” en la pretensión que se exige, pudiendo ser: impeditivos, modificativos o extintivos.

Sobre estos hechos nuevos introducidos por el demandado que denotan un hecho destructivo en la pretensión del actor, Devis Echandía (1984) manifiesta que son extintivos los que “hacen cesar la aplicación de la ley al caso concreto eliminando los efectos que se produjeron inicialmente, lo mismo que los que originan el nacimiento del derecho pretendido o que sean posteriores a él” (p.229), como por ejemplo el pago de una deuda (hecho anterior) o circunstancias de fuerza mayor (hecho posterior). Considera que

los hechos impeditivos “son aquellos que impiden que un acto jurídico produzca los efectos que normalmente le corresponden, y pueden consistir en la ausencia de ciertos requisitos o en la presencia de determinadas circunstancias” (p.230), como lo es la falta de autorización judicial para la venta de un bien inmueble de propiedad de un menor de edad. Y por último, sobre los hechos modificativos expresa que son aquellos en los “que el demandado alegue solamente que la pretensión presenta cierta modalidad menos perjudicial para él, como una distinta calidad del contrato o de la obligación que se le imputa, es decir que persiga modificarla pero no desconocerla ni extinguirla” (p.230)

Y refiere Devis Echandía (1984) que:

“Para que un derecho nazca, se requiere tanto la presencia de hechos constitutivos como la ausencia de hechos impeditivos, y para que luego subsista, se necesita que no concurren hechos extintivos. De ahí que al afirmar el demandado la existencia de los segundos o de los últimos, busca la desestimación de la pretensión del demandante y cambia el debate, sacándolo del terreno en que éste lo plantea para llevarlo a otro distinto, que le es favorable, y por eso estará proponiendo excepciones” (p.230).

- La oposición dilatoria es aquella defensa “en que se niega, contradice u objeta un elemento de la pretensión de tal naturaleza que si la oposición prospera, el ataque pierde su eficacia actual, pero puede volver a reproducirse en las mismas o en diferentes condiciones” (Guasp, p.237), aquellas que Jaime Guasp califica como de “trascendencia provisional” pues en sí producirán que la pretensión momentáneamente no sean considerada por parte del juzgador -debido a particularidades percibidas en los sujetos, objetos o en la actividad procesal acontecida hasta el momento de su formulación-, pero si se subsana el hecho que constituye un obstáculo, podrán ser atendidas en un futuro, “metafóricamente, habría que decir que la oposición dilatoria no mata, sino que simplemente hiere el fundamento de la pretensión” (Guasp, p.237).

Sobre este tipo de oposición Devis Echandía (1984) manifiesta que:

“Otras veces el demandado afirma la existencia de hechos que no se oponen al nacimiento del derecho ni producen su extinción, sino que se limitan a paralizar su ejercicio por el

momento, es decir, a quitarle su exigibilidad o dilatar su eficacia. También se trata en este caso de proponer una excepción; así, el plazo pendiente o la condición no cumplida son excepciones dilatorias de mérito” (p.230).

Ahora bien, centrando la atención en la consistencia de la excepción, Alsina la define como “toda defensa que el demandado opone a la acción. En un sentido más restringido, llámese excepción la que puede alegarse únicamente por el demandado invocando un hecho impeditivo o extintivo o transformativo” (p.341).

En igual forma, Carnelutti citado por Palacios la define como “una razón especial de la oposición del demandado a la pretensión del demandante, manifestada en forma activa, y por tanto, una contra razón frente a la razón de la pretensión del demandante. En síntesis, la excepción es la razón del demandado” (p.390).

Como ya se expuso anteriormente con Jaime Guasp, las excepciones pueden ser consideradas como dilatorias o perentorias, sin embargo, actualmente se las ha identificado como bajo otra forma de clasificación, como lo expone y explica Pablo Gutiérrez:

“Desde el punto de vista de su naturaleza, las excepciones pueden ser procesales o materiales, por ser tal naturaleza y los efectos de su estimación, radicalmente diferentes, como corresponde a excepciones que afectan a la forma (procesales) o al mérito o fondo (materiales).

Las excepciones *procesales* son aquellas que se fundan en la falta de algún requisito o presupuesto procesal (que no habría sido por tanto apreciado de oficio por el órgano jurisdiccional) y dirigidas por ello a provocar una resolución de inadmisión, impidiendo una resolución sobre el mérito de la pretensión o fondo del asunto (...) Por el contrario, las excepciones materiales se fundan en razones de Derecho sustantivo, pues se refieren a -contradicen- el fundamento jurídico-material de la pretensión (aduciendo la existencia de hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la consecuencia jurídica pretendida por el demandante), procurando un pronunciamiento de mérito de desestimación de la demanda (*absolución definitiva*, en cuanto al fondo).” (p.795-796).

Clasificación de necesaria referencia, pues nuestro Código Orgánico General de Procesos, utiliza la distinción de excepciones previas y de fondo.

Siguiendo este estudio de las formas de oposición, se presenta finalmente, la figura de la reconvención, que se constituye en:

“(...) aquella actuación procesal consistente, no en limitarse a contestar y defenderse (pidiendo su propia absolución en la sentencia), sino en *demandar* de forma sobrevenida, pidiendo la condena del actor originario o inicial (...) Comporta así una *ampliación* sobrevenida del *objeto del proceso*, que había quedado fijado por el actor originario en la demanda. Genera así un proceso con pluralidad de pretensiones, con pluralidad de objetos (constituye una *acumulación* objetiva de pretensiones o acciones, pero sucesiva), en la medida en que el demandado interpone una verdadera *pretensión* de tutela jurisdiccional” (Gutiérrez, p.824).

Por lo que, en definitiva, la forma de oposición del demandado generará un efecto procesal de delimitación sobre la que el juzgador se encuentra restringido, para aceptar -total o parcialmente- o negar la pretensión procesal planteada por el demandante, e inclusive, la posible presencia de una pluralidad de pretensiones a ser consideradas en la sentencia del fondo al proponerse una reconvención.

### **1.2.3.3. Contestación a la demanda y demanda reconvencional**

Ahora bien, la oposición por parte del demandado puede expresarse mediante dos actos jurídicos: la contestación a la demanda y/o la demanda reconvencional, ya que “por el hecho de la citación y emplazamiento, el demandado tiene el deber de concurrir a tomar intervención en el juicio y proponer sus defensas” (Alsina, p.433).

En ocasiones se puede confundir “la naturaleza jurídica de la oposición, confundiéndola con la del trámite en que normalmente se formula, esto es, el de contestación a la demanda, lo cual olvida que tal contestación es un simple momento procedimental que nada prejuzga acerca de su contenido” (Guasp, p.235) el que como se ha estudiado puede ser muy variado.

Pablo Gutiérrez a este respecto manifiesta que la contestación a “la demanda es el acto procesal de parte (...), mediante el cual la [parte] demandada fija su posición en el proceso

frente a la pretensión de tutela jurisdiccional concreta interpuesta en aquella.” (p.783). Y al respecto del acto procesal que contiene a la reconvencción, sostiene que es:

“(…) una verdadera demanda (denominada demanda reconvenccional), aunque se formule al tiempo y con ocasión del trámite de contestación a la demanda; una demanda que invierte la posición procesal de las partes (en el supuesto más habitual de reconvencción): el demandante inicial se convierte en demandado reconvenccional o reconvenido y el demandado originario pasa a ser demandante reconvenccional o reconveniente” (p.824).

Concluyendo el mencionado doctrinario que la distinción entre ambos actos procesales consiste en que la oposición ejercida por el demandado en la contestación a la demanda es producto de “una actitud meramente defensiva y no suponen un incremento del objeto del proceso (...) [mientras que] la reconvencción viene a añadir una pretensión o *acción nueva, distinta*, ejercida por la parte hasta entonces pasiva del proceso” (Gutiérrez, p.824-825); en definitiva, la primera es un acto procesal que contiene oposiciones que no modifican la pretensión del accionante como objeto del proceso, mientras que la segunda sí contiene una posición que modifica el objeto del proceso al formularse una nueva pretensión.

Es en ese sentido, el efecto procesal producido por la contestación a la demanda y/o proposición de la demanda reconvenccional, consiste en que a partir de ellos: “1º) quedan fijados los sujetos en la relación procesal; 2º) quedan fijadas las cuestiones sometidas al pronunciamiento del juez” (Alsina, p.433), fijación de cuestiones controvertidas que en nuestro sistema procesal, será posteriormente ratificado y delimitado en la fijación del objeto de controversia en audiencia.

Para terminar, es necesario expresar el deber que recae sobre la parte accionada al contestar la demanda. Dispone el segundo y tercer inciso del Art. 151 del COGEP:

“La parte demandada deberá pronunciarse en forma expresa sobre cada una de las pretensiones de la parte actora, sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de la prueba documental que se haya acompañado, con la indicación categórica de lo que admite y de lo que niega.

Deberá además deducir todas las excepciones de las que se crea asistida contra las pretensiones de la parte actora, con expresión de su fundamento fáctico (...)”.

La norma transcrita reformada, ordena que la parte demandada “debe” pronunciarse sobre:

- Cada una de las pretensiones de la parte actora;
- La veracidad de los hechos alegados en la demanda; y,
- La autenticidad de la prueba documental acompañada, indicando lo que se admite y niega, con posibilidad de anunciar medios probatorios tendientes a demostrar la falsedad sobre la oferta probatoria del actor.

Además de su “deber” de deducir excepciones con expresión de su fundamento fáctico.

Es una disposición que organiza adecuadamente los requisitos que debe contener una contestación a la demanda, siempre y cuando el accionado adopte una oposición a las pretensiones del actor, pero ¿qué sucede con las otras formas de posicionamiento procesal por parte del demandado dentro del juicio?

La descrita disposición, desde criterio propio, recae en ser excesiva, ya que obliga al accionado a oponerse, eliminando por defecto posiciones procesales como el allanamiento, e inclusive obligando ante toda circunstancia y pretensión a oponerse.

### **1.3. Los hechos y su introducción por las partes procesales**

El estudio de lo desarrollado hasta el presente momento sirve de base a esta investigación, para poder identificar cómo, de qué forma y desde dónde se originan los hechos que son objeto de actividad probatoria, debido a que “son las partes a quienes corresponde la introducción en el proceso de los hechos en los que funden sus recíprocas pretensiones y resistencias, en virtud del principio de aportación de parte (...) dame los hechos y te daré el derecho” (Seoane, p.865).

Ello se puede apreciar claramente en el COGEP, en el numeral 5 del Art. 142, al requerir que la demanda contenga la narración de los hechos fundamento de la o las

pretensiones, así como en el tercer inciso del Art. 151 ibidem, al exigir que la contestación de la demanda exprese su fundamento fáctico.

Y es que, para justificar la pretensión, así como también la oposición que se ha tomado frente a esta -dejamos por ende excluida el ejercicio de la contradicción por inacción procesal en rebeldía, el allanamiento o la sola negación de los hechos-, las partes procesales deben fundamentarse en hechos relevantes que los sostengan, pues las mismas no se justifican solas y no basta proponerlas sin más.

Es en ese sentido que José Luis Seoane Spiegelberg afirma que:

“Los hechos que no hayan sido introducidos en el debate por los litigantes, a través de su correspondiente alegación, no podrán ser tenidos en cuenta a los efectos resolutorios del proceso. Los juzgadores no pueden asumir un hecho no alegado como base de su decisión, por impedirse así el artículo 19 COFJ (...) [más aún] Con evidente claridad se expresa, al respecto, el artículo 91 del COGEP, cuando norma que: *La o el juzgador no podrá fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes*” (p.865).

Hechos que se ven desarrollados en las alegaciones constantes en los actos de proposición al originarse, ramificarse y justificar a la pretensión y oposición, hechos que incluso serán susceptibles de carga probatoria, y que se definirán como controvertidos o no controvertidos una vez desarrollado el momento procesal de la fijación del objeto de la controversia.

Ahora bien, como se ha afirmado, los medios probatorios ofertados por las partes de la relación jurídico procesal son el efecto de la carga que recae sobre las afirmaciones realizadas por las partes, afirmaciones que deben ser introducidas en el juicio en los momentos en que la norma procesal lo determine (actos de proposición, excepcionalmente introducción de hechos nuevos mediante las reformas previstas legalmente de los mismos). Por lo que es evidente que el principio de preclusión también es aplicable a la formulación de los hechos que justifican la pretensión u oposición.

Si los propios medios probatorios son regulados procesalmente en los momentos en que es legal su introducción al litigio ¿cuánto más lo van a ser los hechos por los que se está realizando ese ofrecimiento? debido a que:

“Los hechos que habrán de ser objeto de prueba en el proceso son no sólo los alegados por las partes, sino los introducidos oportunamente por éstas en el debate, sin que puedan generar actividad probatoria aquéllos otros que, de forma extemporánea, los litigantes pretenda aportar en defensa de sus pretensiones a modo de una nueva oportunidad alegatoria con violación del principio de preclusión procesal, que no conforma una disposición caprichosa sino una garantía del derecho de defensa de la contraparte” (Seoane, p.866).

En este punto y retomando lo ya explicado en los apartados de causa de la acción y de la oposición, la pretensión y la oposición se fundamentan en un hecho “originario”, que puede ser de tres tipos:

“(…) 1º) Hechos *constitutivos*, que dan nacimiento a una relación jurídica (por ejemplo, préstamo), y que a su vez, se distinguen en voluntarios e involuntarios, lícito e ilícitos, etc.; 2º) Hechos *impeditivos*, que no obstante existir el hecho constitutivo, importan un obstáculo al nacimiento de la relación jurídica (incapacidad, dolo, etc.); 3º) Hechos *extintivos*, que ponen fin a la relación jurídica, pago, prescripción, etc.” (Alsina, p.340).

En ese sentido, los hechos “originarios” necesariamente estarán acompañados por hechos “relevantes” que los justifiquen, es decir, un hecho originario -que es el fundamento principal de la pretensión u oposición- se justifica mediante las afirmaciones de múltiples hechos relevantes.

Razón por la que, para efectos de esta investigación, consideramos que existen tres tipos de hechos susceptibles de ser formulados al realizar un acto de proposición: hechos originarios, hechos relevantes y hechos irrelevantes. Los primeros se constituyen en aquellos que son el fundamento principal para la formulación de la pretensión u oposición; los segundos son aquellos hechos que justifican a la categoría de hecho originario propuesta, y se ramifican a partir de ella; y los terceros son hechos que no guardan relación directa, sino indirecta con el hecho originario, por lo que no son

trascendentes ni relevantes para la decisión que resuelva la controversia; todos estos hechos, dentro del litigio, se materializan mediante afirmaciones.

La distinción entre hechos relevantes e irrelevantes merece una consideración importante, debido a que los actos de proposición pueden contener múltiples afirmaciones, y ante ello es indispensable que las partes de la relación jurídica procesal reconozcan la trascendencia de efectuar una afirmación en litigio: al hacerlo deberán acompañar la oferta probatoria, por lo que si la afirmación es sobre hechos irrelevantes y por ende lejanos al objeto de controversia, su oferta probatoria será innecesaria.

En sentido de ejemplo, un hecho originario es la posesión de buena fe como señor y dueño de un bien inmueble por más de 15 años consecutivos (hecho constitutivo), hecho originario que le permite al accionante formular la pretensión de que se declare a su favor la titularidad del bien inmueble por haber operado la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, pretensión y hecho originario que necesariamente estarán justificados y acompañados de otras afirmaciones fácticas, que necesariamente deben ramificarse de ellas y tener la particularidad de ser relevantes, como: el haber pagado determinados impuestos, haber realizado tal o cual edificación, que personas del sector reconozcan su posesión, etc., es decir, afirmar y probar hechos que justifiquen los requisitos legales para la procedencia de su pretensión, que a la postre permitirá la subsunción de los hechos probados a la normativa, a fin de que se acepte su pretensión.

Una vez citado, la parte demandada ejerce su derecho de contradicción mediante una excepción perentoria que ataque los “elementos intrínsecamente fundamentadores” de la pretensión del accionante, mediante la afirmación -por ejemplo- de mala fe en la posesión del demandante (hecho impeditivo) que igualmente estará justificado y acompañado de afirmaciones relevantes, que expongan cuáles fueron los actos que configuraron la posesión de mala fe.

En ese orden de ideas, se puede percibir el encadenamiento que existe entre la pretensión u oposición, con la formulación de afirmaciones de hechos originarios, con las afirmaciones fácticas relevantes, y con su posterior vinculación a la actividad probatoria de las partes de la relación jurídico procesal.

Es por ello que Hugo Alsina manifiesta que a las partes les:

“(…) corresponde la carga de la instrucción que comprende la exposición de los hechos y la aportación de la prueba, porque el juez no puede fundarse en hechos no afirmados por las partes o aunque afirmados no han sido reconocidos, y, en su defecto, comprobados; a ellos también corresponde la carga de la impugnación, porque si dejan transcurrir los términos fijados por la ley y sin deducir oposición, los autos quedan firmes y no puede volverse sobre los mismos” (Alsina, p.464).

Añade el referido tratadista del Derecho que hay que esclarecer que la “carga de la prueba”, no es una obligación procesal sino sustancial, debido a que tanto accionante como accionado, bien pueden realizar afirmaciones y no probarlas. Por ello Hugo Alsina considera que “para evitar que la obligación procesal sea identificada como obligación sustancial se habla en estos casos de cargas procesales. Precisamente el propósito de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio es lo que estimula el cumplimiento de las cargas procesales” (Alsina, p.464).

En ese sentido, y retomando la clasificación de los hechos en originarios, relevantes y no relevantes, es necesario distinguir que la diferencia entre la segunda y tercera categoría radica en que, una afirmación dentro del litigio es susceptible de guardar un vínculo que genere actividad probatoria -carga de la prueba-, vínculo que coadyuvará para que el o los medios probatorios ofertados producto de tal afirmación, superen el parámetro legal de “pertinencia” en el juicio de admisibilidad de medios probatorios; en síntesis, los medios probatorios son pertinentes (trascendentes en lo que respecta a los hechos controvertidos) si se originan de afirmaciones fácticas relevantes dentro del objeto de controversia.

Ahora bien, se manifiesta que una afirmación puede ser “susceptible” de generar actividad probatoria, porque la carga probatoria depende de la categoría de hechos que se presentan dentro de la contienda judicial, ya que existen hechos que pese a ser afirmados, no requieren de justificación mediante actividad probatoria.

La afirmación fáctica de un hecho genera el efecto de la carga de la prueba, siempre y cuando, esta afirmación al ser formulada sea un hecho controvertido, a los que ni la

normativa procesal, ni la contraparte haya liberado de esta calidad, brindándole otra aptitud procesal.

Sobre las diferentes clases de hechos afirmados dentro de juicio, Eduardo Couture diferencia a: hechos controvertidos, hechos admitidos expresamente, hechos admitidos tácitamente, hechos presumidos por la ley, hechos evidentes, hechos normales y hechos notorios; mismos que a continuación identificaremos brevemente.

Sobre los hechos controvertidos, Couture considera que se identifican aquellos hechos “*sobre [los] que se litiga* son, sin duda, aquellos que han sido objeto de proposiciones contradictorias en los escritos de las partes” (p.183), y debido a su naturaleza contradictoria serán objeto de verificación por parte del juzgador mediante la apreciación de medios probatorios.

Acercas de los hechos admitidos expresamente Eduardo Couture parte de considerar que se “llama *admisión* a la circunstancia de no impugnar las proposiciones del adversario” (p.184), por lo que en consecuencia los hechos admitidos son los que “quedan fuera del contradictorio y, como consecuencia natural, fuera de la prueba. Es inútil, decía el precepto justiniano, probar los hechos no relevantes: *‘frustra probatur quod probatum non relevat’*” (p.184).

Al respecto de los hechos admitidos tácitamente, el antedicho doctrinario manifiesta que existen circunstancias procesales en las que “la demanda no ha sido impugnada por imposibilidad jurídica o material de hacerlo” (Couture, p.185), suceso ante el que Eduardo Couture distingue que pueden ocurrir dos circunstancias:

“Así, en los casos de respuesta de expectativa, cuando ésta es legítima, el actor debe producir totalmente la prueba, por aplicación del principio de que a él le incumbe la prueba de sus proposiciones.

Otro tanto sucede en el caso en que el demandado es declarado rebelde; en este caso, objetivo de prueba son todos los extremos que invoca el actor, aunque el juez puede aplicar menor rigor en la apreciación de esa prueba, en atención a la propia actitud del demandado” (p.185).

En lo que respecta a los hechos presumidos por la ley, Couture afirma que:

“No necesitan prueba los hechos sobre los cuales recae una presunción legal.

Una presunción legal es una proposición normativa acerca de la verdad de un hecho. Si admite prueba en contrario se dice que es relativa; si no admite prueba en contrario se denomina absoluta (...) ni las presunciones legales ni las judiciales son medios de prueba. Así, por ejemplo, no es necesario probar que el demandado conocía cuáles eran sus obligaciones jurídicas, porque todo el sistema del derecho parte de la presunción del conocimiento de la ley.” (p.186).

Continúa el tratadista de Derecho, considerando que los hechos evidentes son aquellos que son liberados de actividad probatoria debido a que son producto de inferencias básicas dentro de la aplicación del conocimiento privado permitido al juez, pues “a nadie se le exigiría probar, por ejemplo, el hecho de que (...) la luz del día favorece la visión de las cosas y la oscuridad la dificulta” (Couture, p.188).

Sobre los hechos normales, Eduardo Couture considera que estos parten del supuesto que “a falta de prueba, los hechos deben suponerse conformes a *lo normal y regular* en la ocurrencia de las cosas” (p.190), es decir, que:

“(...) los hechos normales no son objeto de prueba (...) La parte que sostenga que la visibilidad era perfecta durante la noche, o que una casa nueva y bien construida amenaza ruina, o que el acto del comerciante fue a título gratuito (...) o que el consentimiento fue arrancado por dolo, etc., deberá producir la prueba de ese extremo.” (p.190).

Para finalizar, en lo que respecta a los hechos notorios Couture manifiesta que estos hechos no son sinónimo de generalidad: “Un hecho puede ser notorio sin ser conocido por todos (...) a fines de 1945 fue inventado el procedimiento de división del átomo, creándose así una nueva fuente de energía. Pero ese hecho no es conocido de todos” (p.192), mas sí es notorio. Un hecho notorio tampoco es el equivalente a un hecho de conocimiento absoluto, “sino a conocimiento de carácter relativo. Así, es notorio el nombre de los afluentes del río de la Plata, aunque quien deba responder no se encuentre en el acto en condiciones de repetir sus nombres de memoria” (p.192). En igual sentido, un hecho notorio no es el que abarca “el conocimiento por todos los hombres de un mismo

país o de un mismo lugar. Así, por ejemplo, dentro de un mismo país, un hecho podrá ser notorio para unos hombres y no lo será para otros” (p.192) citando como ejemplo Couture, a las ferias agrícolas que si bien es cierto son conocidas por quienes se dedican a esta actividad y viven cerca de los sectores donde se realizan, son ignorados por quienes no se dedican a la agricultura ni viven cerca de estas ferias.

Por lo que Eduardo Couture concluye identificando que:

“El concepto de notoriedad procura, sin embargo, dos altos fines de política procesal. Por una parte, un ahorro de esfuerzos al relevar a las partes de producir pruebas innecesarias. (...) Por otra parte, procura prestigiar la justicia evitando que ésta viva de espaldas al saber común del pueblo y su arte consista, como se ha dicho, en ‘ignorar jurídicamente lo que todo el mundo sabe’ (...) La conclusión a que se debe llegar, luego de cuanto queda expuesto, es la de que pueden considerarse hechos notorios aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión (...) si el actor y el demandado han celebrado un convenio por virtud del cual se establece que uno pagará a otro una suma de dinero ‘el día en que cambie el actual gobierno’, la exigibilidad de la obligación depende de un hecho que es, sin duda, notorio con relación al medio o círculo social en que el juez y las partes actúan” (p.193).

La identificación de los distintos tipos de hechos afirmados dentro de un proceso judicial es parte de la teoría del objeto de la prueba, cuya pretensión es una adecuada identificación de cuáles afirmaciones realizadas por las partes procesales generarán actividad probatoria y cuáles están liberadas de tal demostración.

### **1.3.1. Asimetría entre el juez y el defensor técnico sobre los hechos y medios probatorios**

Un hecho de gran importancia que Xavier Abel Llunch resalta, en lo que respecta a la introducción de los hechos por los sujetos de la relación jurídica procesal, es que existe una evidente asimetría en el conocimiento de los hechos y por ende también de los medios probatorios ofertados a practicarse en juicio.

En palabras del propio Abel Lluch:

“El letrado conoce los hechos y ha indagado las fuentes de prueba, correspondiéndole la carga de proponer los medios de prueba. El juez conoce los hechos -o, más precisamente, la revisión de los hechos que han ofrecido los letrados a través de sus escritos de alegaciones-, y desconoce por completo las fuentes de prueba, en cuanto no es misión del juez indagar las fuentes de prueba, sino que su deber se circunscribe a admitir o denegar los medios de prueba” (p.266).

En un sistema en el que el juez tiene facultades restringidas en la investigación del acontecimiento de los hechos, y que encarga tal deber a las partes procesales, la asimetría descrita se verifica en “la cantidad de tiempo que emplea el letrado en preparar los medios de prueba y los escasos segundos que tarda el juez en admitirlos o denegarlos” (Abel, p.267), e inclusive como afirma Muñoz Sabaté (2001) “el letrado al proponer la prueba se encuentra en una relación de familiaridad con el hecho y el juez en una relación de extraneidad” (Abel, p.267).

#### **1.4. Fuentes y medios probatorios**

El presente apartado toma en consideración fundamental el análisis propuesto por Carnelutti, explicitado por Sentís Melendo y referido por Juan Montero Aroca, al respecto de las dos dimensiones que componen procesalmente la acepción de prueba.

Esta perspectiva de análisis toma como fundamento a una de las clasificaciones más antiguas que se han propuesto sobre la clasificación de la prueba dentro del proceso judicial, la distinción:

“(…) entre prueba preconstituida y prueba simple que también puede enunciarse como prueba extrajudicial o no procesal y prueba judicial o procesal. Este criterio atiende a la observación de que existen pruebas que fueron configuradas por las partes de un negocio jurídico, o incluso por una persona sola, con vistas a la posible existencia de un futuro proceso, mientras que existen otras pruebas que se crean precisamente en un proceso ya en marcha, de modo que antes del mismo no existía nada. Este criterio de clasificación tiene más variantes de las que aquí decimos, pero lo que nos importa del mismo es que

quiere distinguir entre prueba preexistente al proceso y prueba que sólo existe en el proceso” (Montero, p.146).

Juan Montero Aroca resalta que pese a no considerar del todo correcta la apreciación que se realiza en la cita referida, el primordial aporte que rescata es que distingue que la acepción de prueba debe ser percibida desde una dimensión extrajudicial y otra dimensión judicial, debido a que la actividad probatoria tiene un aspecto extrajudicial “dado que en todas ellas existe algo previo al proceso (la fuente) y algo que se realiza en el proceso [en la dimensión judicial] (el medio), de modo que no puede existir medio de prueba si antes no hay fuente de prueba” (Montero, p.147).

Es así que, la dimensión extrajudicial de la prueba -aquella que fue objeto de estudio en el apartado de la noción de la prueba-, no es más que la percepción de la prueba vista desde su fuente, una fuente u origen que pertenece a la dimensión social, pues es a esta dimensión a la que el Derecho se remite para obtener medios probatorios, ya que como lo manifiesta Taruffo “el tema de la prueba se presta, en menor medida que otros, a agotarse en la dimensión jurídica (...) el tema de la prueba tiene la peculiar característica de remitir inmediata e inevitablemente fuera del proceso, e incluso fuera del derecho.” (Taruffo, p.22).

Y es sobre este aspecto, que Juan Montero Aroca añade:

“Las partes en sus actos de alegación realizan afirmaciones de hechos y la prueba de esas afirmaciones no podrá lograrse si no se cuenta con algo que, preexistiendo al proceso, puede luego introducirse en éste. Conceptualmente hay que distinguir, pues, entre lo que ya existe en la realidad (fuente) y el cómo se aporta al proceso (medio) con el fin de obtener la certeza del juzgador” (p.147).

Ahora bien, con el propósito de identificar de forma adecuada las particularidades y diferencias que existen entre fuentes y medios probatorios Juan Montero Aroca expone el análisis realizado por Sentís Melendo:

“1) Fuente es un concepto extrajurídico, metajurídico o a-jurídico que se corresponde forzosamente con una realidad anterior al proceso y extraña al mismo; mientras que medio es un concepto jurídico y más específicamente, procesal.

2) La fuente existe con independencia de que llegue a realizarse o no un proceso, si bien si éste no se produce no tendrá repercusiones procesales, aunque pueda tenerlas materiales; el medio se forma en el proceso, es un proceso concreto, y siempre producirá efectos de esta naturaleza.

3) Las partes antes de iniciar el proceso, buscarán las fuentes de prueba mediante una actividad de investigación y, contando con ellas, incoarán el proceso proponiendo en él los medios para incorporar las fuentes, de modo que en éste se realiza sólo una labor de verificación.

4) Las fuentes preexisten todas al proceso, mientras que en éste sólo se practican los medios; sin proceso no hay medios de prueba, pero las fuentes son independientes de su existencia y no dependen de que se realice o no proceso.

5) La fuente es lo sustantivo y material; el medio es actividad.

La distinción conceptual entre fuentes y medios arranca de la constatación de que en el proceso se realiza una actividad de verificación, y de que para que ésta sea posible tiene que existir algo con lo que verificar, ese algo no puede crearse desde la nada en el proceso, sino que tiene que preexistir al mismo. El medio de prueba es así esencialmente actividad, actuación procesal por lo que una fuente se introduce en el proceso” (p.147).

Es por ello que cada “prueba” contiene dentro de sí una fuente desde la que preexiste al proceso ubicada en la dimensión social, y la posibilidad de ser incluida procesalmente y dentro de la dimensión jurídica, como un medio tomado de esa fuente.

Llegado a este punto, nace la necesidad de aplicar este análisis, no sólo a la acepción de prueba, sino a los distintos medios probatorios. Montero Aroca explica que:

1) Acerca del interrogatorio -ya sea de una de las partes o de un testigo- “la fuente es la persona y su conocimiento de los hechos, mientras que el medio es su declaración en el proceso contestando a las preguntas que se le formulen” (p.148);

2) Acerca de la prueba documental “el documento es la fuente y el mismo deberá aportarse al proceso mediante la actividad establecida legalmente, es decir, por el medio” (p.148), actividad probatoria que puede ser más o menos compleja,

dependiendo de si dentro del proceso la contraparte impugna la autenticidad del documento ofertado;

- 3) Acerca de la prueba pericial “la fuente no es el perito, sino la cosa, materia o persona que se somete a la pericia, mientras que el medio es la actividad pericial y el informe o dictamen (...) el testigo es examinado, mientras que el perito examina” (p.148). Añadiendo Juan Montero Aroca, al respecto de esta peculiaridad de la prueba pericial, que:

“(...) es el caso menos claro de distinción entre fuentes y medios de prueba, y lo es porque la actividad pericial no consiste realmente en introducir una fuente en el proceso, sino en conocer y apreciar una fuente que ha sido introducida en el proceso por otro medio. En la pericia existe, sí, y de modo previo al proceso, la cosa, materia, lugar o persona que ha de ser examinada por el perito en el curso del proceso, pero la misma, en cuanto fuente de prueba ha debido ser introducida en él por otro medio de prueba. Si el perito tiene que dictaminar sobre si la firma de un documento corresponde a una persona, es porque ese documento se introdujo por la prueba documental” (p.148-149).

- 4) Acerca del reconocimiento judicial que “la fuente es el lugar, objeto o persona reconocida, mientras que el medio es la actividad del reconocimiento” (p.149).

En este orden de ideas, deviene en necesario esclarecer ciertas particularidades sobre los medios probatorios, iniciando por definir que ellos son la “actividad procesal, a través del que la fuente se incorpora al proceso” (Montero, p.151), y para ingresar al proceso - por ende, a la dimensión jurídica- requerirá cumplir con requisitos legales, que serán impuestos dependiendo del sistema de regulación legal de medios probatorios de cada sistema jurídico.

El sistema de regulación legal se ha debatido principalmente en dos concepciones discrepantes, por una parte, el denominado “Numerus Apertus” y por otro el “Numerus Clausus”, cuya discusión parte primeramente de responder si ¿deben las fuentes de prueba ser reguladas por la ley? Para posteriormente identificar si los medios probatorios deben seguir la naturaleza de las fuentes probatorias, ya sea en forma estricta o en forma flexible, es decir, si la oferta de medios probatorios se restringe estrictamente a los contemplados

por la ley, o debido a la evolución social y la posibilidad de que existan nuevos medios probatorios, la regulación debe ser flexible, evolutiva y dejar abierta la posibilidad a la existencia de nuevos medios probatorios.

Sobre este punto Montero Aroca, al respecto de la primera interrogante considera que “si las fuentes de prueba son algo extrajurídico, que existe independientemente del proceso, la consecuencia ineludible es que las leyes no pueden abarcarlas todas” (p.151), y añade que las apreciaciones sobre el debate de la regulación de los medios probatorios se resumen en tres perspectivas:

“Teóricamente han podido existir tres tendencias sobre el carácter exhaustivo o no de esas enumeraciones, a las que se denominan legalista, analógica y discrecional. Para la primera no podía hacerse uso en el proceso de medios distintos de los previstos legalmente; la segunda sostenía que era posible introducir nuevos medios, pero siempre que pudieran incluirse dentro de alguna de las categorías propias de las enumeraciones legales; y por fin la tercera defendía que es el juez el que debe decidir si un nuevo medio de prueba se admite o no” (p.149).

Para concluir, todo lo desarrollado permite comprender entonces, que el juicio de admisibilidad -principal objeto de este estudio de esta investigación- recae, no sobre “pruebas” -concepto que en base a lo estudiado es una apreciación abstracta-, sino sobre los medios probatorios.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO Y EL JUICIO DE ADMISIBILIDAD**

#### **2.1. Fases del procedimiento probatorio**

Al iniciar este apartado, es necesario destacar que, dentro de la investigación realizada, a partir de este punto y en temas a tratarse posteriormente, no se ha verificado en la Doctrina un consenso sobre las percepciones procesales a tratarse, sino por el contrario en algunos casos existen diferencias sustanciales entre los tratadistas del Derecho.

Una vez realizada esta indicación y continuando con el desarrollo investigativo, desde la comprensión de fuentes y medios probatorios, es evidente identificar que la actividad probatoria está confeccionada en varios momentos; a continuación, exponemos distintos criterios sobre las fases del procedimiento probatorio.

Por un lado, José Seoane Spiegelberg manifiesta:

“Cabe trazar un esquema común del procedimiento probatorio que estaría integrado por las fases siguientes:

- A) La petición específica de la prueba o proposición de prueba por los litigantes, en la que por éstos indican los concretos medios de prueba de los que pretendan valerse para lograr el convencimiento del Juez sobre la bondad de sus alegaciones fácticas;
- B) La admisión específica de la prueba por el Juez, que implica el salvaconducto necesario de la proposición a la práctica de los distintos medios de prueba;
- C) La excepcional facultad de los juzgadores de acordar prueba para mejor resolver, con suspensión de la audiencia (art. 168 y 226 COGEP)
- D) La práctica de la prueba, constituido por el acto o actos por los que se realizan o verifican cada una de las propuestas admitidas, bajo la intermediación de la o el juzgador, que ha de resolver el conflicto judicializado objeto del proceso; y,
- E) Finalmente, la apreciación probatoria, que sería el acto por el que la o el Juez valora o fija la eficacia de cada uno de los medios de prueba practicados, pero esta apreciación estaría extramuros del procedimiento probatorio, puesto que la realiza el o la juzgadora al tiempo de dictar sentencia.” (p.905-906).

Por otro lado, Eduardo Couture considera que “los instantes que, en el transcurso del juicio, se refieren a la actividad probatoria son tres: el *ofrecimiento*, el *petitorio* y el *diligenciamiento*” (p.204), no incluyendo a la valoración probatoria dentro del mismo.

Al respecto de este tema, Mendonca y Ferrer exponen que:

“Como advierte Taruffo, la prueba judicial se halla sujeta a regulación legal en diversos aspectos: la admisibilidad de los diferentes medios de prueba posibles, la formación de la prueba en el proceso, la valoración de la prueba producida y, por último la exposición en el fallo de los juicios acerca de los hechos probados en el proceso.” (Mendonca D. y Ferrer J., p.15).

Sobre el mismo tema y aunque el enfoque de Devis Echandía (2002) no es únicamente del área civil, sino también penal, considera:

“La actividad probatoria en el proceso tiene diferentes *fases* o *aspectos*, que pueden comprenderse en tres: 1ª) la fase de producción u obtención de la prueba, en la cual colaboran el juez, las partes y los auxiliares, o sea, los sujetos de la prueba y los órganos de esta (...) Esta fase se subdivide en: a) averiguación o investigación; b) aseguramiento; c) proposición o presentación; d) admisión y ordenación; e) recepción y práctica, en la cual se presenta, en ocasiones, la coerción para su realización; 2ª) la fase de asunción por el juez; 3ª) la fase de su valoración o apreciación por el juez, en la cual colaboran las partes, defendiendo o contradiciendo su validez y sus resultados o eficacia” (2002, p.263).

Y por último Xavier Abel Lluch distingue que la actividad probatoria se compone de la etapa de “apertura del periodo probatorio”, proposición, admisión y práctica de la prueba.

Consideraciones doctrinarias sobre las que se sentará la base del desarrollo de la actividad probatoria, sintetizándolas en particular comprensión, dentro de las siguientes etapas: investigación de fuentes probatorias, anuncio y presentación de medios, petitorio y reproche de los medios, y finalmente, práctica de medios probatorios.

No considerando a la valoración de la prueba como etapa de la actividad probatoria, ya que la misma es una actuación propia del juzgador y no de las partes procesales. Además, no se desarrollará un estudio sobre la práctica de medios probatorios, ya que es un tema que no tiene relación directa con el objeto de estudio de esta investigación.

### **2.1.1. Investigación de fuentes probatorias**

Para la comprensión de esta primera etapa probatoria, debe recordarse que al tratar el tema de la distinción de las dimensiones que componen la acepción de prueba, se evidenció -a más de la distinción entre fuentes y medios probatorios- que el ejercicio de la actividad probatoria no comienza al iniciar el proceso, sino que, al identificar la pretensión o la oposición que buscan ejercer accionante o accionado, deben remitirse a la dimensión extrajurídica (dimensión social) con el fin de reconocer cuáles serán las fuentes probatorias de las que obtener medios que corroboren sus afirmaciones en juicio; en palabras de Bentham citado por Devis Echandía (2002), “las pruebas se obtienen de las cosas, las personas y las relaciones, es decir, de los hechos” (p.255), y “esta fase tiene por objeto ‘descubrir la fuente de las pruebas, sea la cosa, sea la persona que las puede suministrar’” (p.265).

Dado que las fuentes probatorias existen antes del inicio de proceso, y debido a que ellas son extraídas de la dimensión social y depositadas en la dimensión jurídica como aquella “actividad procesal, a través del que la fuente se incorpora al proceso” (Montero, p.151), es evidente e indispensable la realización de un trabajo investigativo de fuentes probatorias que, siendo exhaustivo, logre en último término reconocer cuatro aspectos de gran relevancia, previos al ofrecimiento y acompañamiento de los medios probatorios en los actos de proposición:

- Reconocer los hechos relevantes sobre los que recaerá la carga probatoria;
- Identificar qué medios probatorios se encuentran a disposición de la parte procesal y cuáles no, con el fin de reconocer y justificar la necesidad de solicitar auxilio judicial para el acceso a la prueba requerida;
- Realizar un pre-examen de medios probatorios con el fin de verificar si los mismos cumplen los parámetros de admisibilidad establecidos por la normativa procesal,

como por ejemplo, el adecuar el medio probatorio legalmente idóneo para la recepción de la fuente probatoria; y,

- De ser el caso, requerir la práctica de prueba de forma anticipada al proceso, debido al riesgo de que la fuente probatoria pueda extinguirse o sufrir alteraciones, que hagan imposible su práctica adecuada una vez instaurado el proceso.

Por último, es necesario destacar una carga que se origina al momento en que las partes de la relación jurídico procesal realizan el ofrecimiento de medios probatorios en sus actos de proposición, “la proposición de los medios de pruebas comporta la carga de expresar las razones de la pertinencia, utilidad y legalidad de los medios de pruebas propuestos” (Abel, p.229).

### **2.1.2. Anuncio y presentación de medios probatorios**

Sobre esta etapa de actividad probatoria, José Luis Seoane manifiesta que en sí toda la actividad probatoria -y particularmente esta- se rige en base al principio de aportación de parte de los medios probatorios “según el cual es a los litigantes a quienes compete introducir en el proceso los hechos en los que fundan sus recíprocas pretensiones y resistencias, así como aportar la prueba para acreditarlos (arts. 142.5, y 7, 162.1 y 164 COGEP)” (p.906), por lo que ellos son los encargados de ofertar los medios que sustentan las afirmaciones sobre los hechos controvertidos.

Añade Eduardo Couture, que esta fase probatoria, puede ser calificada como un ofrecimiento presente en los actos de proposición, “un anuncio de carácter formal: [ya que] no se admitirá prueba, dice la ley, en ningún caso sobre lo principal del asunto, de hechos que no se hayan articulado y cuya prueba *no se haya ofrecido* en la demanda y su contestación, o en su réplica y dúplica” (p.204-205), adicionando que en su consideración, este ofrecimiento no puede recaer en constituirse un formalismo o ser considerado cumplido, únicamente si se utiliza una frase sacramental, ya que ante los errores presentes en el acto de proposición debe identificarse que “sea inequívoca la voluntad de probar un hecho” (p.205), para entender cumplido el anuncio probatorio.

En esta fase se presenta un hecho de gran relevancia, al interponerse los actos de proposición -y con ellos presentarse los medios probatorios- y/o la petición de

intervención de quien se reconoce como tercero, estos actos procesales son objeto de una calificación jurídica por parte del juzgador, examen que si los califica como claros y declara que cumplen los requisitos legales, convierte a quienes presentaron los actos procesales como “legitimados para la prueba” en términos de Devis Echandía (2002), esto es, determina que dentro de ese proceso “tienen derecho a presentar o solicitar pruebas” (p.249), en sí, a participar de las fases de actividad probatoria -no sólo presentar prueba, sino contradecirla-.

Ahora bien, esta etapa de “anuncio y presentación” de medios probatorios debe su identificación a que esta actividad probatoria se efectúa en el mismo momento en que se realiza la interposición de los actos de proposición, oferta de medios que se caracteriza por su realización de manera escrita, ya sea como uno de los requisitos legales de calificación de los actos de proposición, como el producto de la reforma a los actos de proposición o como la actividad probatoria escrita mediante la que se justifican el ofrecimiento de prueba nueva y/o nueva prueba dentro del tiempo permitido por la normativa procesal.

Particularidad que es la principal distinción con la etapa procesal que a continuación se desarrollará, ya que la etapa de petitorio de medios probatorios se realiza en audiencia y de manera oral, en estricta relación a los medios ofrecidos y acompañados en los actos de proposición con anterioridad, debido a que es innegable que la propuesta de medios probatorios se rige por el principio de preclusión, toda vez que:

“En materia de proposición de prueba rige el principio de preclusión como resulta del juego normativo de [el numeral 5 y parte final del Art. 143, y Art. 159 del COGEP] (...) Ello con la finalidad del juego leal de las partes, de manera tal que no se aporten de forma extemporánea pruebas sorpresivas, que puedan lesionar el principio de contradicción” (Seoane, p.913).

Para finalizar, vale recalcar una distinción más entre esta etapa y la subsiguiente: la etapa de anuncio y presentación de medios probatorios contiene una petición mediata de admisibilidad de medios probatorios -ya que su presentación demuestra una intencionalidad de que sean admitidos-, mientras que la etapa de petitorio es una petición

de admisibilidad regida bajo el principio de inmediación, en el que por su naturaleza, la petición es inmediata.

### **2.1.3. Petitorio y reproche de los medios probatorios – Propuesta de procedimiento de admisibilidad de medios**

Previo a iniciar el tratamiento de esta etapa probatoria, anunciamos que desde la perspectiva investigativa adoptada, un hecho de distinción importante en este punto, es reconocer que: la solicitud de admisión y reproche de medios probatorios, y posteriormente su aceptación o rechazo en el juicio de admisibilidad, son dos eventos que forman parte del momento procesal denominado por el COGEP como “debate probatorio” de admisibilidad<sup>2</sup>, que para efectos de esta investigación son disgregados debido a la iniciativa en quien recaen: la petición y objeción de admisión de medios corresponde a las partes procesales -por lo que pertenece a su actividad probatoria-, mientras que el juicio de admisibilidad al ser el desarrollo de convicción que se forma sobre la admisión o no de los medios ofertados, es un proceso cognoscitivo que recae sobre el juzgador<sup>3</sup>.

Se considera que el “juicio” de admisibilidad de medios probatorios corresponde al juez, debido a que “la facultad directiva del juez consistente en la admisibilidad o no de los medios de prueba responde a un criterio lógico o formal” (Ríos, 2006, p.156). Al respecto, Yolanda Ríos siguiendo a lo manifestado por Montero Aroca, devela que el principio de dirección del proceso del juzgador puede dividirse en dos grupos: facultades de dirección materiales (o sustanciales) y formales (o procesales), especificando que:

---

<sup>2</sup> Se ha encontrado únicamente en Devis Echandía referencias de “debate probatorio” en la Doctrina procesal no penal -y aún allí, considérese que su trabajo sobre prueba, parte de una perspectiva penal y civil-, sin embargo, tal referencia es usual en materia penal, en la que se concibe como la confrontación sobre medios probatorios ofertados en dos momentos: la admisibilidad y principalmente en la práctica de medios probatorios, tal como se puede evidenciar en: “Juicio Como Escenario Del Debate Probatorio” de Alfonso Daza González en la Revista PRINCIPIA IURIS No. 9, 2008-1 en <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/473>; o “Diferencias En El Debate Probatorio De La Etapa Intermedia Y El Juicio Oral En Relación con la Vulneración de Derechos Fundamentales” en <http://www.poderjudicialchiapas.gob.mx/forms/archivos/1b44tesis-aislada-constitucional-penal-8.pdf>; motivo por el que se especifica que este estudio versa sobre el “debate probatorio” de admisibilidad.

<sup>3</sup> Entendiéndose a “juicio” como el criterio razonable que se forma en el conocimiento del juzgador o como “(...) la opinión o parecer, idea, dictamen acerca de algo o de alguien” (Cabanellas, p.25, T. IV), dictamen que incumbe al juzgador.

“(…) el reparto de facultades materiales atiende a (…) los elementos que pueden influir en la decisión que debe adoptar el juez, mientras que las facultades formales atienden a (…) controlar la regularidad formal o técnica de los actos procesales y de impulsar el procedimiento” (p.156).

Es decir, que las facultades de dirección material son aquellas que le permiten al juzgador obtener elementos que le permitan fallar sobre el fondo del asunto objeto de litigio, mientras que las facultades de dirección formal son las que le permiten al juez sustanciar el proceso. En ese sentido, se afirma que el auto interlocutorio producto del juicio de admisibilidad corresponde a las facultades de dirección material, pues los elementos probatorios admitidos serán practicados y sobre ellos se efectuará una valoración probatoria por parte del juzgador. Sin embargo, es necesario precisar que el auto interlocutorio de admisibilidad es una facultad material condicionada, debido a que, si bien tiende a obtener elementos que influirán sobre la decisión de fondo, en la fase de admisibilidad, este auto tiene una prohibición de prejuzgamiento al examinarse qué medios son o no admisibles, hecho que se desarrollará posteriormente.

Razón por la que a continuación se desarrollará primeramente la etapa de petitorio y ulteriormente el juicio de admisibilidad de medios probatorios, dejando indicado desde ya, que ambas forman parte de un mismo momento procesal: el debate probatorio de admisibilidad.

Sobre esta etapa probatoria Eduardo Couture expresa que consiste en:

“(…) el petitorio o solicitud de admisión de uno o varios medios de prueba, responde al concepto de que la prueba se obtiene siempre por mediación del juez. Éste es el intermediario obligado en todo el procedimiento, y no existe posibilidad de incorporar eficazmente al proceso un medio de prueba, sin la participación del magistrado. Es a él a quien se formulan las respectivas solicitudes y él quien ordena a los agentes de su dependencia las medidas requeridas para la producción de las diversas pruebas” (p.205-206).

Por lo que esta etapa consiste en aquella actividad oral y bajo el principio de inmediación que realizándose en audiencia (primer inciso del Art. 160 del COGEP), expone la solicitud justificada de alguna de las partes al juzgador, para que admita los

medios probatorios o expone la objeción justificada de que se inadmitan determinados medios probatorios.

En este punto, nacen dos interrogantes de necesario planteamiento:

- ¿Los medios probatorios deben justificar su admisibilidad o solo basta “anunciarlos”? y si la respuesta es que sí deben justificarse;
- ¿En qué etapa procesal de la actividad probatoria debe exponerse la justificación de su admisibilidad?

Cuestionamientos que son planteados, debido a que, en el análisis a la muestra de esta investigación, se ha comprobado dos posturas definidas: una que requiere a las partes procesales a que justifiquen de manera oral la admisibilidad de los medios probatorios; y otra, en la que se requiere a las partes procesales a que no los justifiquen, sino que se limiten a anunciarlos o enunciarlos. Ello da lugar a considerar si realmente existe necesidad de justificar o no los medios probatorios.

En consideración propia, la respuesta a la primera interrogante es afirmativa, justificación de medios probatorios que debe acontecer en audiencia, y no en los actos de proposición. Aserción que la sostenemos en consideración a lo siguiente.

Por un lado, el COGEP determina que los actos de proposición deben “anunciar” los medios probatorios y no se establece que justifiquen su admisibilidad, ello debido a que el Art. 160 Ibidem expresa que la prueba para ser “admitida” debe cumplir los requisitos de utilidad, pertinencia y conducencia, contextualizando que la “admisión” acontece dentro de un “debate probatorio”, esto es, en audiencia; motivo por el que incluso, existe la prohibición del cuarto inciso del Art. 146 del COGEP, al calificar los actos de proposición.

Según Guillermo Cabanellas “anunciar” es “Informar, dar noticia o aviso. || Proclamar, publicar” (p.316, Tomo I), y sobre el término “anuncio” considera que es “Noticia, aviso || Comunicación” (p.316, Tomo I); es decir, que es la comunicación más superficial sobre un hecho.

Frente a ello, y aunque no existe disposición específica en la que el código procesal determine la necesidad de una justificación sobre la admisión de medios probatorios, dentro del capítulo de las Reglas Generales de la Prueba, el primer inciso del Art. 160 del referido código orgánico, expresa:

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

Disposición aplicable para esta etapa procesal probatoria, y de la que se destaca la referencia de “debate probatorio” de admisibilidad -también presente en el numeral 4 del Art. 333, Art. 354 y Art. 359 del COGEP- y el propósito del mismo orientado a “esclarecer la verdad procesal”.

El código procesal no especifica expresamente ni que deben, ni que no deben justificarse los medios probatorios, pero su Art. 160 determina, que la decisión sobre su admisibilidad debe ser tomada en un “debate”, momento procesal en el que, para consideración propia, se produce necesariamente una justificación de medios probatorios. Justificación que no es posible en los actos de proposición -como ya se indicó-, pero que necesariamente debe existir, porque si sólo se anuncian los medios probatorios sin justificación alguna, se estaría privando a las partes procesales -aquellos que tienen la primicia de conocimiento sobre hechos y medios probatorios- el justificar cuáles son las razones por las que han anunciado su oferta probatoria; e indirectamente el juzgador no gozaría del conocimiento que, sobre hechos y medios, otorgan las partes procesales.

En este orden de ideas, y ya que afirmamos la necesidad de que las partes justifiquen su oferta probatoria, consideramos que esta justificación podría apreciarse desde dos ópticas:

- Por un lado, el escenario en el que las partes procesales justifiquen oralmente y “explícitamente” cada uno de los medios probatorios ofertados; y,

- Otra alternativa, que es una propuesta propia: partir de concebir una “presunción de hecho” -en consideración al principio de economía procesal- de la admisibilidad de medios probatorios, que parte de sobreentender que los defensores técnicos en conocimiento y acatamiento al primer inciso del Art. 160 del COGEP, ofertan medios probatorios admisibles. Generándose un posible debate probatorio únicamente para aquellos medios sobre los que existe un reproche a su admisibilidad, eventualidad que se originaría ante la formulación de una objeción por la contraparte o por un cuestionamiento por parte del juzgador, que condenen la inadmisibilidad del medio, y dentro del “debate probatorio”, originen la necesidad de que el ofertante justifique “explícitamente” la admisibilidad del medio.

Tal procedimiento, evitaría que las partes procesales deban justificar uno a uno sus medios probatorios, dilatando la sustanciación del proceso, por lo que bastaría que los anuncien y ante cualquier actividad negativa o reproche -ya sea por objeción de la contraparte o cuestionamiento por el juez- sobre uno o varios medios probatorios, esto por defecto requeriría a que el ofertante nuevamente toma la palabra y justifique la admisibilidad de el o los medios probatorios reprochados, y en base a este procedimiento, estando debidamente informado el juzgador, decidir o no su admisibilidad.

Más aún, si el juzgador requiere al ofertante que justifique su admisibilidad (utilidad, pertinencia, conducencia, licitud), éste debería en cada medio probatorio explicar por qué se cumplen los cuatro parámetros; hecho que a consideración propia, es innecesario, tomándose en cuenta el tiempo que tomaría y debido a que cuando los medios reciben una actividad contraria o reproche, éste ataca a parámetros específicos de admisibilidad (generalmente uno).

Hechos sucesivos que permitirán apegarse a lo dispuesto por la normativa procesal, y decidir sobre la admisibilidad probatoria dentro de un “debate”, ya que, no existiría ningún “debate probatorio” de admisibilidad, si las partes procesales se limitan a anunciar sus medios, y si el juez decide inadmitir determinados medios, sin apreciar los argumentos de quien los oferta. Para mayor comprensión de esta propuesta, añadimos las siguientes consideraciones:

- El concepto de “debate” según Guillermo Cabanellas consiste en “Controversia o discusión que dos o más personas o bandos mantienen sobre uno o más asuntos” (p.484, Tomo II) y sobre “debatir” afirma que es “Controvertir, disputar, discutir, altercar, argüir con vehemencia en contrapuesto sentidos” (p.484, Tomo II). Si la ley requiere que se anuncie (informe, avise) sobre los medios probatorios propuestos, con tal acto, no se podrá estructurar un debate probatorio de admisibilidad, sino que para ello, necesariamente se requiere una justificación del ofertante sobre las razones para considerar que sus medios son admisibles, al ser reprochados.
- Los incisos 2do. y 3ro. del Art. 160 del COGEP, le otorgan al juez la facultad de introducir su percepción jurídica sobre los medios probatorios con el fin de rechazarlos y/o declararlos improcedentes al emitir el auto interlocutorio de admisibilidad.

Partiendo del hecho de que existe una asimetría entre el saber del juez y las partes procesales sobre el conocimiento de los hechos y de los medios probatorios que pretenden solventarlos, la ausencia de una justificación “explícita” oral produciría que dentro de esa asimetría de conocimiento, el juez decida sobre la admisibilidad de medios probatorios de manera injustificada, cuando por el contrario la justificación explícita y oral de medios probatorios en esta etapa tiene como finalidad romper con esa asimetría de conocimiento probatorio, brindándole al juez las razones de su ofertamiento por parte de quien ha propuesto los medios probatorios, los conoce y los ha recopilado o los requiere mediante acceso judicial.

- Una característica ya destacada sobre esta etapa de actividad probatoria es su desarrollo bajo el principio de inmediación, por ello el Art. 160 del COGEP especifica que el juez dirige el debate probatorio dentro de “audiencia”. No tendría un fin útil que las partes procesales en audiencia, dentro de un debate probatorio de admisibilidad y ante el juzgador, repitan el anuncio probatorio ya manifestado en sus actos de proposición como un mero ritualismo, y sobre la base de lo mismo se tome una decisión. Sino por el contrario que, aprovechando la inmediación que esta etapa procesal probatoria les brinda, en una confrontación de razones y

hechos de incidencia jurídica (debate probatorio) se justifique el ofrecimiento de los medios probatorios propuestos.

- Otra razón fundamental sobre la necesidad de permitir la intervención del ofertante de medios probatorios para exponer oralmente las razones por las que son admisibles, es que el ofertamiento probatorio es en sí, una manifestación del derecho constitucional de defensa del que son titulares las partes de la relación jurídica procesal, quienes se deslindarían parcialmente de este derecho entregándose al juzgador, si en audiencia se les limita únicamente a anunciar sus medios probatorios y no justificarlos, aspirando a que sea el juzgador quien encuentre una justificación “implícita” factible para admitirlos frente a una objeción o su propio cuestionamiento no exteriorizado; por lo que la titularidad del derecho constitucional de defensa conlleva la carga de exponer las razones por las que los medios probatorios son admisibles frente a los reproches adversos, carga que recae sobre el ofertante del medio probatorio.

Es por tal motivo, que a consideración de Carlos Lessona “la parte que insta para la admisión, tiene, naturalmente, cuidado de indicar los motivos por los cuales cree de hecho y de derecho admisible el medio de prueba invocado” (p.109).

La alternativa propuesta podría ser considerada excesiva al contraponerse frente a argumentos que consideren que una justificación de medios probatorios produciría una dilatación innecesaria de las audiencias, ante lo que se propone tres afirmaciones en sentido de contra réplica: por una parte, como se desarrollará posteriormente, el debate probatorio de admisibilidad es una cuestión absolutamente técnica, que adecuadamente comprendida versa sobre hechos puntuales; por otro lado, el debate probatorio de admisibilidad se genera únicamente sobre aquellos medios probatorios justificados por una parte y reprochados mediante objeción o cuestionamiento; y por último, el COGEP en el Art. 160 determina la existencia de un “debate probatorio”, y no un “anunciamiento probatorio”.

Todo ello permite reiterar la afirmación de que la justificación de medios es explícita, mediando un reproche de admisibilidad.

Una vez expuestas tres de las cuatro etapas de la actividad probatoria, se presenta a continuación las particularidades y complejidades que componen el juicio de admisibilidad de medios probatorios, cuyo desarrollo es justamente, el efecto posterior a la etapa probatoria de petitorio, dentro del momento de debate probatorio de admisibilidad.

## **2.2. El Juicio de Admisibilidad de medios probatorios**

El desarrollo investigativo que a continuación se presenta contiene en parte una serie de apreciaciones particulares, que han sido arribadas en base a las consideraciones doctrinarias existentes sobre este tema, por lo que se aspira intentar efectuar un estudio que logre abarcar las peculiaridades de este tema en nuestra normativa procesal.

Tal como se manifestó anteriormente, dentro de la doctrina actual, no existen consensos claros sobre algunos de los temas tratados, justamente uno de ellos es el juicio de admisibilidad, también denominado examen de admisibilidad, para cuya adecuada comprensión y estudio, no es suficiente remitirse únicamente a los parámetros de admisibilidad de medios probatorios, análisis que desde esta óptica sería incompleto, sino que es preciso estudiarlo bajo todo su contexto y por ende remitirse a:

- Características del juicio de admisibilidad
- Momentos y etapas procesales anteriores al mismo;
- Principios probatorios en etapa de admisibilidad; y como no,
- Los parámetros de admisibilidad de medios probatorios.

Todo ello con el fin de desarrollar la forma en cómo, este trabajo investigativo, propone y sugiere un sistema de desenvolvimiento en la etapa procesal de admisibilidad probatoria.

### **2.2.1. Características del juicio de admisibilidad**

#### **2.2.1.1. No Prejuzgamiento e imparcialidad**

Tomando como base lo ya expresado sobre la división del principio de dirección del proceso en facultades materiales y formales, es preciso distinguir un hecho de gran

relevancia dentro del juicio de admisibilidad de medios probatorios, que ya se dejó anunciado con anterioridad.

Se afirmó anteriormente que el auto interlocutorio que admite o inadmite medios probatorios, es ejercicio de la facultad formal o procesal del juzgador, debido a que el juez al efectuar el examen de admisibilidad debe pretender como única finalidad el posibilitar la sustanciación de una etapa procesal en la que se ciernan los medios probatorios admisibles de los inadmisibles, evitando que su decisión de admisibilidad se base en prejujuicio sobre el fondo de asunto.

Todo ello, debido a que hasta este momento procesal, no ha existido producción de prueba alguna, por lo que es imposible una valoración probatoria que forme convicción sobre el asunto litigioso que le permita al juzgador decidir sobre el fondo de los hechos controvertidos.

Es conocido y cierto, que el juez como todo ser humano, a lo largo del desarrollo del proceso y a este momento procesal, puede haber desarrollado algún grado de convencimiento -por más minúscula que sea- sobre los hechos, y ante ello el propósito que se persigue, no es desconocer tal suceso, y requerir un juzgador mecánico e indiferente, sino por el contrario un administrador de justicia consciente de sucesos procesales concretos.

Aun existiendo un minúsculo grado de convencimiento sobre los hechos, el juzgador debe desarrollar y decidir sobre la admisibilidad de medios probatorios, evitando tomar su decisión sobre este mínimo grado de certeza, con el fin de evitar una decisión que prejuzgue sobre el fondo -comprometiendo inclusive la imparcialidad en su actuar dispuesta por el inciso primero del Art. 160 del COGEP- por dos circunstancias concretas:

- No ha existido producción probatoria, por lo que es improcedente decidir en convencimiento sobre el fondo, hecho que impide ejercer dentro del juicio de admisibilidad ejercer facultades materiales; y,
- Es natural característica del momento procesal de petitorio, y por ende, del debate probatorio de admisibilidad: la normal solicitud de medios probatorios contrarios entre sí, ya sea ofertados actor y demandado, o por una sola parte procesal.

Sobre la segunda circunstancia, Carlos Lessona propone la siguiente interrogante: “¿son admisibles al mismo tiempo dos medios de prueba opuestos?” (p112).

El mismo doctrinario considera que la respuesta ante esta pregunta es afirmativa, en ambos casos hipotéticos. Sobre el primer caso considera que en el caso de que “el actor deduzca un medio de prueba para la acción, y el demandado simultáneamente deduzca y pida la admisión de un medio de prueba para la excepción (...) nada impide la admisión simultánea de los dos medios de prueba” (p.112).

Un ejemplo traído a colación por el mismo Lessona al respecto de medios probatorios contrarios es el siguiente:

“Cuando el que es demandado en la acción reivindicatoria opone su título de propiedad al presentado por el reivindicante, se hace inútil todo examen sobre éste, y todo el pleito se reduce a ver si la prueba del demandado neutraliza o excluye la del actor. Desde el momento en que el demandado afirma que tiene un título que contradice al del actor, admite implícitamente que su prueba será plena y completa” (p.113).

Dentro de este ejemplo, debido a que el debate probatorio de admisibilidad antecede al debate probatorio de producción de prueba, no se puede tener absoluta certeza de que el accionado una vez admitido el medio probatorio, lo practique -o sea, no olvide su práctica- o la practique conforme a Derecho, y le brinde la eficacia suficiente para ser valorada<sup>4</sup> (Art. 164 COGEP), por lo que si el juzgador inadmitió los medios probatorios contrarios bajo la apariencia irrefutable del título de propiedad propuesto por el actor, habría tomado una decisión que se justifica en una particular especie de prejuizgamiento: el sobre entendimiento de la práctica de un medio probatorio admitido.

Sobre el mismo ejemplo, otro escenario posible, es el supuesto de que ante el título de propiedad con apariencia de ser irrefutable, el accionante (reivindicante) podría haber ofertado medios probatorios que demuestren la falsedad de ese título de dominio, suceso

---

<sup>4</sup> Por ende, quien investiga discrepa totalmente con una particular línea decisoria de Corte Provincial, que considera que las partes procesales deben ser direccionadas -casi corregidas- en la práctica de su prueba en audiencia por parte del juzgador, bajo la justificación de tutelar el debido proceso y en cumplimiento del principio de dirección del proceso.

ante el que nos encontraríamos nuevamente ante un escenario en el que para garantizar el derecho de defensa de las partes, que se exterioriza con los medios probatorios solicitados, será necesario admitir medios probatorios contrarios.

Sobre el otro caso hipotético de admisión de medios probatorios contrarios, Carlos Lessona expresa que un supuesto más usual en la defensa de los demandados que de los actores, consiste en la oferta de medios probatorios que, siguiendo una estrategia de defensa, pueden llegar a ser indirectamente contradictorios, tal caso hipotético se analizará dentro del criterio de admisibilidad de utilidad.

Al respecto de esta temática Eduardo Couture expresa:

“El problema se plantea, entonces, frente a los textos citados, en los siguientes términos:

- a) la prueba que no corresponde al debate, ¿puede ser desechada *in limine*, desde el momento mismo de su producción?;
- b) por el contrario, ¿debe ser admitida, sin perjuicio de no apreciar su eficacia sino en el momento de dictarse sentencia?

La importancia de la solución que se adopte, radica en que ambas fórmulas entrañan peligros de verdadera consideración dentro del desenvolvimiento del juicio. De elegirse la primera de ambas soluciones, creando la posibilidad de que el juez rechace de plano la prueba que considere innecesaria, se crea el grave riesgo del pre-juzgamiento; el magistrado, guiándose por impresiones superficiales, sin un conocimiento real y profundo del asunto, privaría a una de las partes de demostrar la exactitud de sus afirmaciones. Más de una vez, la jurisprudencia ha rechazado esta solución apoyándose en tales argumentos.” (p.195-196).

#### **2.2.1.2. Control sobre Acuerdos Probatorios y rol Fiscalizador del juez**

El literal f) del numeral 7 del Art. 294 del COGEP establece que dentro de la audiencia preliminar -y ya que el procedimiento ordinario es referencia directa e indirecta para otros procedimientos, aplica para la primera fase de la audiencia única-, es posible llegar a acuerdos probatorios por mutuo consentimiento.

Estos acuerdos probatorios no están exentos del control de admisibilidad efectuado por el juzgador, ya que el juez no puede permitir la práctica de prueba ilegal e ilícita -por ello

se halla investido de iniciativa autónoma dentro del juicio de admisibilidad como se verifica en el Art. 160 del COGEP-, ya que “el acuerdo de las partes no obliga al Juez a admitir pruebas ilegales o que tenga objeto no idóneo” (Lessona, p.110).

Sobre esta temática, Eduardo Couture considera que el juez cumple un rol de fiscalizador, y que:

“Esa fiscalización se refleja, especialmente, sobre las siguientes cuestiones:

- a) sobre la oportunidad de la producción, dado que pueden ser rechazadas *in limite* las peticiones de prueba formuladas luego de vencido el término probatorio o sin tiempo material para producirlas;
- b) sobre la admisibilidad del medio elegido para producir la prueba;
- c) sobre la regularidad del procedimiento utilizado para hacer llegar al juicio un determinado medio de prueba, pues aunque el medio de prueba utilizado sea idóneo (documentos, testigos, pericia, etc.,) pueden no serlo las formas utilizadas para hacer llegar esos medios probatorios al expediente” (p.206).

### **2.2.1.3. Justificación de medios probatorios e iniciativa judicial**

Carlos Lessona manifiesta que “la parte que insta para la admisión, tiene, naturalmente, cuidado de indicar los motivos por los cuales cree de hecho y de derecho admisible el medio de prueba invocado” (p.109), sin embargo, es posible que dentro de este intento por justificar fáctica y jurídicamente los medios probatorios, las partes procesales brinden razones equivocadas, pese a que el medio probatorio sí cumpla con las exigencias legales que permitirán su admisibilidad, ante ello nace la siguiente interrogante: ¿el juez debe o no admitir medios probatorios que sí son admisibles, cuando la justificación de quien la ofertada es equivocada?

Sobre esta interrogante Lessona manifiesta:

“Y por esto es exacta la decisión con que la Corte de Génova, aunque sin admitir motivos satisfactorios, estima que no resuelve *ultra petita* el Juez que llamado a decidir sobre la admisibilidad o no de una prueba, reconoce la admisión de la misma por motivos que no han hecho valer las partes” (p.110).

El análisis de si existe o no la posibilidad de una decisión *ultra petita* es un aspecto que es necesario contrastar con las facultades formales de las que se halla investido el juzgador dentro de su decisión de admitir o inadmitir medios probatorios. Al respecto el Art. 160 del COGEP en parte correspondiente establece:

“(…) En la audiencia preliminar o en la segunda fase de la audiencia única la o el juzgador rechazará de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente. La o el juzgador declarará la improcedencia de la prueba cuando se haya obtenido con violación de la Constitución o de la ley”.

El código procesal enfatiza que el juez en ejercicio de sus facultades procesales o formales puede inadmitir medios probatorios, ya sea de oficio o a petición de parte, añadiendo incluso que tal facultad debe ejercitarse con el fin de evitar admitir medios probatorios transgresores de disposiciones constitucionales -ya que como se indicará posteriormente, uno de los parámetros de admisibilidad es la no violación a derechos constitucionales y/o convencionales al obtener la prueba desde su fuente-.

El rol del juzgador dentro del debate probatorio de admisibilidad es tan trascendental que no está limitado al decidir, en los fundamentos que las partes emitan, para admitir o inadmitir los medios probatorios, dada la labor de garantizar incluso los derechos constitucionales de las partes y evitar mayor transgresión de los mismos, mediante la práctica de una prueba ilícita.

Siendo tan importante el rol del juez dentro de esta etapa procesal, que incluso está dotado de facultades de intervención propia -no sólo al rechazar de oficio, sino proponer de oficio medios probatorios-, se vislumbra que el juzgador no sólo debe garantizar el derecho constitucional de defensa de las partes, sino también la no violación de otros derechos constitucionales, por lo que no existe la posibilidad de argumentar contra el juzgador el vicio de coherencia *ultra petita* sobre el auto interlocutorio que tome en el juicio de admisibilidad de medios probatorios.

#### **2.2.1.4. Verdad Procesal en el juicio de admisibilidad**

El ya referido Art. 160 del COGEP, presenta una alusión adicional que es necesario resaltar, en esta etapa procesal probatoria:

“(…) La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal”.

Al respecto de la verdad procesal, el Art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial la entiende como principio y dispone:

“Art. 27.- PRINCIPIO DE LA VERDAD PROCESAL.- Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos en el proceso cuando los tome en cuenta para fundamentar su resolución”.

La disposición procesal citada, no define a la verdad procesal -misma que fue objeto de estudio al iniciar esta investigación-, pero la sobre entiende al disponer que los juzgadores deben resolver las causas puestas en su conocimiento fundamentándose en los “elementos” ofrecidos por las partes. Sin embargo, la referencia a “elementos” no es precisa, pues no distingue si alude a los hechos alegados en los actos de proposición, a los medios probatorios que los respaldan, o a los dos en su conjunto.

Ahora bien, las dos disposiciones citadas permiten comprender que el juicio de admisibilidad propende como finalidad a desarrollar la verdad procesal, entendiéndose a ésta como la reconstrucción fáctica dentro de la dimensión jurídica, de los hechos ocurridos en la dimensión social, mediante la admisión de medios probatorios legalmente idóneos; finalidad que se destaca, por la consonancia que se le atribuye en esta investigación a un principio a exponerse ulteriormente, el principio *pro probatione*.

### **2.2.2. Momentos y etapas procesales anteriores al juicio de admisibilidad**

Dado que el proceso es “una sucesión de actos, regulados por la ley, de los que cada uno es consecuencia del anterior y precedente del siguiente” (Montero, p.187), existen varios momentos y etapas procesales previos al juicio de admisibilidad de medios

probatorios, que deben ser considerados por el juzgador, y que tienen incidencia en el mismo:

- El momento de anuncio y presentación de medios probatorios, pues el petitorio de los mismos dentro del debate probatorio está restringido -bajo el principio de preclusión- a aquellos medios que fueron anunciados y presentados en los actos de proposición;
- La actividad probatoria por hechos nuevos reflejo de la reforma a actos de proposición;
- Justificación de prueba nueva o nueva prueba, ofertada por las partes procesales; y finalmente,
- La fijación del objeto de la controversia, y en ella a la pretensión y oposición constantes en los actos de proposición, pues ellos darán lugar a distinguir cuáles son los hechos controvertidos que serán objeto de carga probatoria.

Sobre todos ellos, se acentúa primordial interés en la fijación del objeto de la controversia.

#### **2.2.2.1. Fijación del objeto de la controversia**

En consideración a lo manifestado anteriormente, es indispensable desarrollar la trascendente relación que existe entre el momento procesal de fijación del objeto de controversia y el juicio de admisibilidad de medios probatorios.

En el desarrollo de esta investigación, en su debido momento se hizo referencia sobre la concepción de la “teoría del objeto de la prueba”, que en expresión de Eduardo Couture es aquella que tiene el propósito de “señalar cuáles son las proposiciones de las partes que deben probarse y cuáles no requieren demostración” (p.195) con el fin de que el juzgador y las partes procesales identifiquen con total claridad y exactitud sobre qué hechos va a ser necesario ejercer la actividad probatoria.

Una herramienta procesal producida desde la teoría del objeto de la prueba es la etapa de fijación del objeto de controversia, ya que con ella se demarcan los extremos decisorios

de fondo por parte del juzgador, demarcación que permite definir los hechos contenciosos, y por ende los medios probatorios que buscarán respaldarlos.

Esta etapa acontece dentro de la audiencia preliminar o primera fase de la audiencia única, por lo que es preciso contextualizarla para ahondar en su conocimiento.

En ese orden de ideas, como asegura Aner Uriarte, la función legislativa concibe a la audiencia preliminar o primera fase de la audiencia única como “un instrumento muy valioso para encauzar correctamente el procedimiento, subsanar defectos, centrar la cuestión y evitar la práctica de actos de prueba innecesarios y superficiales” (2006, p.78), ya que con ello economiza esfuerzos por parte de la judicatura y además se reduce “el margen de riesgo de tomar una decisión final equivocada, al clarificar ya desde un principio el asunto y destacar la esencia de la cuestión sobre la que se debe decidir” (Uriarte, p.78); fase en la que la fijación del objeto de controversia es trascendental para este propósito.

Una apreciación de gran importancia para la contextualización de la fase objeto de estudio, es reconocer cuáles son los cuatro objetivos fundamentales que persigue la audiencia preliminar o primera fase de audiencia única expuestos por Aner Uriarte, que si bien es cierto son presentados desde la óptica jurídica española, tienen un carácter semejante al desarrollo procesal de nuestra normativa; funciones que son:

“(…) apurar las opciones de acuerdo entre las partes, resolver las eventuales excepciones procesales que se puedan plantear, fijar los extremos del debate, y proponer y admitir la prueba. Objetivos o finalidades que conforman las cuatro funciones del acto procesal en estudio: función conciliadora, función depuradora, función delimitadora y función probatoria.

La función delimitadora se afronta tras un primer intento de conciliación de las partes, y tras la resolución (negativa) de las excepciones procesales que se hayan podido plantear; articulándose a continuación de la misma un segundo intento de acuerdo entre las partes para terminar con el *thema probandi*. De esta forma, el legislador sigue un orden lógico que pasa por comprobar, desde un primer momento, las posibilidades de transacción entre los contendientes (con objeto de no realizar un trabajo en balde si los mismos se ponen de acuerdo desde un principio); continuando por depurar la *litis* para comprobar que no existe ningún obstáculo que permita analizar el fondo del asunto (y en el caso de que

exista, subsanar aquel o terminar el procedimiento, según los casos); concretar los extremos en discusión; e intentar de nuevo la conciliación a partir de dicha concreción (...) [y] Por último, en el caso de que no exista acuerdo, al ser inevitable la confrontación entre las partes, se propone la prueba la cual se deberá concretar a los hechos controvertidos previamente fijados” (Uriarte, p.78).

Funciones conciliadora, depuradora, delimitadora y probatoria que componen las etapas que se llevan a cabo en la audiencia preliminar o primera fase de la audiencia única.

Ahora bien, como se puede apreciar del texto citado, la etapa de fijación del objeto de controversia guarda correspondencia con la función delimitadora, que a su vez contiene cuatro subfunciones: dialéctica, aclaratoria, transformadora y concretora, mismas que consisten en:

“(...) la subfunción dialéctica consistiría en replicar o contestar a la contestación (...); la aclaratoria posibilitaría, de oficio o a instancia de parte, dejar completamente perfilada la posición de cada una de las partes litigantes; la subfunción transformadora permitiría rectificar extremos secundarios de las pretensiones y añadir alguna nueva (sin rebasar el límite de la modificación sustancial elaborado jurisprudencialmente); y por último, la subfunción concretora, objeto del presente estudio, nos llevaría a delimitar en un primer acercamiento, el “*thema decidendi*” o conjunto de extremos relevantes para decidir la cuestión litigiosa (...) y en un segundo acercamiento, introduciéndonos en aquél, determinar el “*thema probandi*”, es decir, cuales de esos extremos relevantes son realmente discutidos por las partes” (Uriarte, p.79).

Cuarta subfunción en la que la concreción o fijación de los hechos controvertidos, por un lado, podrá convertir “en verdad [procesal] en el procedimiento aquellos hechos sobre los cuales las partes no discuten” (Uriarte, p.80) pero fueron alegados en determinado momento, hechos a los que el juzgador estará vinculado a considerarlos ciertos; y por otro lado, sienta la base del “*thema probandi*” y “*thema decidendi*” para la sustanciación de las etapas procesales posteriores.

Es preciso advertir, la posibilidad de que exista una subestimación al respecto de la trascendencia de la etapa de fijación del objeto de la controversia, sin embargo, su adecuado desarrollo genera grandes ventajas como:

“1ª) La fijación de hechos, proporciona en el siguiente paso o estadio de la audiencia previa, [a] la función probatoria una referencia clara a tener en cuenta por las partes y el juez a la hora de la proposición y la admisión de la prueba (...) los letrados de cada parte podrán renunciar (o mejor dicho, dejar de proponer) a parte de los medios de prueba que tenían inicialmente (...) 2ª) Si las partes no lo hacen, el juez tendrá un elemento claro para inadmitir aquellas pruebas propuestas que (...) no guarden relación con los hechos realmente controvertidos (...) [incluso el juez podría instar a la deposición] de los medios de prueba referidos a hechos no discutidos (...) 3ª) Una correcta fijación de la controversia permitirá reducir en el acto de juicio, el tiempo de práctica de determinadas pruebas, bien porque cada litigante se centra en los hechos realmente controvertidos (...) o bien porque el juez las inadmite, siguiendo el criterio anteriormente señalado (...) 4ª) En aquellos procedimientos en los que se puede intuir que la discusión se reduce a una cuestión jurídica (...) puede facilitar que las partes se pongan de acuerdo en que la discusión es meramente jurídica (...) 5ª) Las posibilidades de éxito del segundo intento de conciliación (...) [y] 6ª) Por último, en todo caso, la delimitación de los hechos en estudio permitirá al juez hacerse, ya desde un principio, una idea clara sobre la litis que tiene entre manos (...) al disponer ya de antemano de parte de los hechos probados (en este caso, aquellos hechos que han resultado no controvertidos, a los cuales el juez quedará vinculado, independientemente de su convencimiento al respecto); y tener muy claro que hechos deben acreditarse con las pruebas que finalmente se practiquen” (p.80-82).

Realizándose un énfasis al respecto de esta última característica, un efecto de gran relevancia al fijar adecuadamente el objeto de controversia será que tanto el juez como las partes conocerán aquello que se convierte en verdad procesal y aquellos hechos que deberán demostrarse mediante la admisibilidad y práctica probatoria, es decir, esta etapa es “delimitadora” debido a que aquí se determinará mediante la referencia a: los actos de proposición, reforma a los mismos y escritos dando a conocer hechos nuevos, cuáles elementos fácticos necesitan prueba y cuáles están exentos de actividad probatoria.

Por lo expuesto, se comprende que en esta etapa es donde se debe declarar la existencia de los hechos contemplados en el Art. 163 del COGEP, cuyo efecto se verificará posteriormente en el juicio de admisibilidad conforme así lo dispone el literal c), del numeral 7 del Art. 294 del código procesal, al disponer la exclusión de medios tendientes

a demostrar “hechos notorios o que por otro motivo no requieren prueba” -los que fueron objeto de estudio en esta investigación en su debido momento-.

Si bien la última disposición referida no describe que en la fijación del objeto de controversia se desarrolle una declaración de la existencia de hechos exentos de prueba, es necesario identificar que la presupone, pues dispone que este tipo de hechos fijados anteriormente serán razón para inadmitir medios probatorios, esto es, antes del juicio de admisibilidad, se deben haber fijado criterios fácticos que permiten excluir medios probatorios; actividad únicamente posible dentro de la etapa de fijación del objeto de controversia, en la que ya sea por iniciativa de las partes o el juez, es preciso realizar esta declaratoria.

Sobre la fijación de aquellos hechos controvertidos es preciso distinguir que son los que se caracterizan por ser discutidos por la parte adversa, es decir, los:

“(…) que son discutidos de contrario, discusión que se puede llevar a cabo, tal y como lo señala Seone Spielberg J.L., de forma directa desmintiéndose lisa y llanamente los mismos, o de forma indirecta articulando otros hechos incompatibles con los alegados por el actor o por el demandado reconvincente” (Uriarte, p.88).

Aner Uriarte desde su experiencia como juzgadora, considera que para una correcta fijación del objeto de controversia, es necesario tener en cuenta tres presupuestos:

“En primer lugar, es inexcusable una lectura rigurosa de la demanda y contestación (reconvención y contestación a la misma, en su caso), para realizar una primera delimitación de aquellos. En ocasiones de dicha lectura se desprenden con claridad los puntos clave del debate (...) En segundo lugar, la delimitación de los hechos expuesta ha de conjugarse con los presupuestos o requisitos de la acción o acciones ejercitadas en la demanda o reconvención; a los efectos de excluir del debate (siempre que sea posible) aquellos hechos alegados por los litigantes que no guarden relación con aquellas (...) Por último y en tercer lugar (...) el juez debe centrarse en aspectos fácticos, huyendo de cuestiones jurídicas que pueden estar relacionadas con los primeros” (p.90-91).

En más de una ocasión es posible que la fijación del objeto de controversia, no sea una tarea sencilla, sin embargo, según Uriarte tener en cuenta estos presupuestos permitirá

que el juzgador mediante una adecuada y necesaria aproximación con las partes procesales reconozca “cuáles son los puntos clave de la discusión y cuáles son elementos menos importantes; qué hechos, en principio discutidos, pueden llegar a consensuarse tras un esfuerzo de acercamiento de las partes; y qué hechos controvertidos pueden llegar a matizarse” (p.91) al punto en que la controversia se reduzca a hechos precisos y en la medida de lo posible, mínimos.

Destacándose la iniciativa de acercamiento por parte del juzgador a las partes procesales con el fin de que esta etapa logre una matización que reduzca los límites del objeto de controversia, evitando que esta etapa se limite únicamente a una exposición llana y/o aceptación de las partes de una propuesta, es decir, que el juzgador no se restrinja únicamente a presentar una propuesta judicial del objeto de la controversia, sino a promover que las partes en audiencia reconozcan el núcleo de la controversia y de ser posible la maticen, o sea, develen y/o concilien elementos fácticos alegados que en su estrategia de defensa no son relevantes; esfuerzo judicial que permitirá en última instancia economizar el tiempo de duración de la controversia.

Inclusive, si este esfuerzo del juzgador por matizar los elementos fácticos no concluye en el fin esperado, toda esta actividad servirá para que tanto las partes reconozcan más seriamente el núcleo de hechos controvertidos, como para que el juzgador vaya empapándose más de la controversia puesta en su conocimiento.

Es preciso añadir que dentro de la etapa de fijación del objeto de controversia, debe considerarse que el juzgador debe manejarse en base a la prohibición “mutatio libelli” (prohibición de modificación del libelo) cuando no se ha efectuado en los momentos previstos legalmente, restricción que como manifiesta Montero Aroca citado por Aner Uriarte consiste en:

“(…) razones muy diversas que van desde las constitucionales hasta las técnicas, atendiendo las primeras a la prohibición de la indefensión (...) pues parece claro que si el actor pudiera cambiar el objeto del proceso, los hechos determinantes de su petición o las partes demandadas, se estaría colocando a estas personas en una situación de indefensión o, por lo menos, vulnerando el principio de igualdad y atendiendo las

segundas, las razones técnicas, a un desarrollo ordenado del procedimiento, que se vería afectado si los cambios fueran posibles” (p.92).

Basada en su experiencia judicial, Aner Uriarte expone que es indispensable que el juzgador no omita el desarrollo de la etapa de la fijación del objeto de controversia, pues ello produciría dos problemas inmediatos:

“En primer lugar, ese acercamiento a la cuestión litigiosa que el juez no ha hecho en el momento previsto legalmente, deberá llevarse a cabo posteriormente (...) En consecuencia, ese tiempo que se puede llegar a ahorrar en la audiencia previa al dejar de fijar hechos, se deberá emplear indefectiblemente más adelante (...) [y] en segundo lugar, se genera una dificultad inmediata para el juez a la hora de abordar la siguiente fase de la audiencia previa, la función probatoria al carecer de un criterio útil para posicionarse sobre los distintos medios de prueba propuestos por las partes, y no poder pronunciarse con claridad sobre la pertinencia” (p.96).

Para finalizar, Xavier Abel Lluch sobre la importancia de la fijación del objeto de la controversia con la intervención activa de los defensores técnicos, indica que:

“La fijación de hechos controvertidos debe efectuarse por el juez con los letrados, no solamente porque la afirmación o negación de los hechos de la demanda ya ha sido realizada por el abogado en su escrito de contestación a la demanda (art. 405.2 LEC), sino por tratarse de una cuestión que precisa de unos conocimientos jurídicos -la noción de hecho admitido o hecho controvertido- y produce unas consecuencias procesales -la exención de prueba sobre los hechos admitidos (...)” (p.275).

### **2.2.3. Principios probatorios en el juicio de admisibilidad**

Existe una gran variedad de principios que se desenvuelven en el desarrollo de toda la actividad probatoria, sin embargo, dentro de este apartado se presentarán aquellos que se considera mantienen una relación directa y específica con el debate probatorio de admisibilidad (fase de petitorio y reproche de medios, y juicio de admisibilidad de medios probatorios); principios que se considera, pueden ser una herramienta para el juzgador al decidir sobre la admisibilidad.

### 2.2.3.1. Principio *Pro Probatione*

En su momento se refirió que el juicio de admisibilidad de medios probatorios está orientado a esclarecer la verdad procesal por disposición expresa del Art. 160 del COGEP, por lo que se indicó que se puede ligar tal finalidad con el principio que ahora se desarrolla, debido a que la naturaleza de esta máxima tiene como propósito: la admisibilidad del mayor número de medios probatorios, hecho que pretende una clara predisposición del criterio judicial a orientarse a la verdad procesal.

Esta máxima de aplicación en el juicio de admisibilidad, es una construcción doctrinaria y jurisprudencial española, que pese a no ser vinculante en nuestra normativa, puede ser un punto de referencia dentro de las consideraciones, decisión y motivación del auto interlocutorio de admisibilidad de medios probatorios que el juzgador debe emitir.

Montero Aroca al respecto expresa que “debe tenerse en cuenta que es preferible un exceso en la admisión de prueba que otro en su inadmisión, y ello en aras de lo que podría llegar a considerarse como el principio *in dubio pro probatione*” (p.160).

Xavier Abel considera que según este principio el juzgador debe predisponerse a una “mayor sensibilidad” sobre la oferta de medios probatorios ofertados por las partes procesales, a fin de adoptar:

“(…) un criterio amplio para permitir la práctica de la prueba propuesta por las partes sin que pueda supeditarse su admisión a otros intereses que aun estando protegidos por el ordenamiento jurídico, son de rango inferior al derecho a la prueba, tales como el principio de economía procesal, el de celeridad o el de eficacia en la administración de justicia” (p.294).

Obsérvese que el desarrollo jurisprudencial distingue que el derecho de defensa exteriorizado mediante la oferta probatoria de medios es considerado por encima de principios procesales reguladores del proceso, esto es, es de tal jerarquía y trascendencia el derecho de defensa, que se impone ante determinados principios procesales.

Así también, se considera que este principio regula el juicio de admisibilidad mediante dos efectos:

“(…) Por una parte, el derecho a la prueba, elevado a rango constitucional (…) se traduce en una flexibilización del juicio de admisión y en la exigencia de efectuar una lectura de las normas procesales tendente a permitir la máxima actividad probatoria de las partes. Y por otra parte, en la asimetría entre el letrado y el juez (…) [en que] la relación del juez con los hechos en ese momento [admisión probatoria] es más lejana (…) en caso de duda razonable sobre la admisibilidad del medio de prueba propuesto, debe concederse el beneficio de la duda a la parte proponente” (Abel, p.293).

Y continúa Xavier Abel Lluch, especificando que este principio requiere del cumplimiento de tres presupuestos previos mediante la dirección del juzgador:

“En primer lugar, la previa y correcta fijación de los hechos controvertidos. El *dubio* del juez en orden a la admisión o inadmisión de la prueba no puede fundarse en la inexistencia de hechos controvertidos (…) o la errónea fijación de los mismos (…) [ya que] la indeterminación sobre hechos controvertidos puede comportar una admisión excesiva de las pruebas o, por el contrario una restricción innecesaria, y en ambos casos por desconocimiento del *thema probandi*.

En segundo lugar, la innecesidad de aplicar la máxima *pro probatione* cuando los medios de prueba sean manifiestamente admisibles o inadmisibles (…) La práctica forense enseña que determinados medios de prueba deben admitirse sin ningún género de duda (ej. El interrogatorio de las partes en un juicio de separación) (…) Además, el recurso a la máxima *pro probatione* no puede amparar la desidia o ineptitud en el juicio de admisibilidad, propiciando la admisión de todas las pruebas (…)

En tercer lugar, [para] la existencia de un *dubio*. (…) Resulta necesario que el medio de prueba cumpla los presupuestos formales de proposición: tiempo y forma. Resulta necesario que el juez tenga una duda razonable sobre la concurrencia de los criterios «legales» de admisión” (p.295).

Al respecto del tercer criterio, debe añadirse que será necesario además que el medio probatorio sea lícito, pues caso contrario tampoco podría aplicarse este principio.

### **2.2.3.2. Principio de Eficacia probatoria**

Devis Echandía al respecto de este principio expone que “si la prueba es necesaria para el proceso, debe tener eficacia jurídica para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas aplicables al litigio” (2002, p.109-110).

Además, expone que:

“(…) la eficacia o ineficacia de la prueba es una noción más amplia que las de conducencia y pertinencia, porque incluye cualquier otra causa que impida que la prueba obtenga el resultado de darle convencimiento al juez sobre los hechos del proceso, por ejemplo, los defectos de contenido del testimonio o documento, o la insuficiencia de los hechos observados en la inspección judicial” (p.326).

A primera vista se podría considerar que este principio aplicaría a la valoración probatoria más que al juicio de admisibilidad, sin embargo, sí es aplicable dentro del examen de admisibilidad, ya que en palabras de Lessona, los medios deben contener una “potencialidad probatoria” al respecto de los hechos en conflicto, por lo que este principio dentro del debate probatorio de admisibilidad propende a distinguir que existirán medios ofertados que no podrán prestar “potencialidad” probatoria.

¿Cuáles medios probatorios? Directamente, aquellos a los que se refiere el cuarto inciso del Art. 160 del COGEP: “Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir.”, y de manera indirecta aquellos medios probatorios admitidos debido a la duda razonable de la máxima *pro probatione*, que una vez producidos no logren alcanzar la relevancia necesaria para ser considerados en la decisión judicial que resuelve el litigio.

Es más, siguiendo lo manifestado por Devis Echandía (2002), la ineficacia probatoria es toda “causa que impida que la prueba obtenga el resultado de darle convencimiento al juez sobre los hechos del proceso” (p.326), por lo que es un defecto procesal que incluye a los criterios de inutilidad, impertinencia e ilicitud, y no se puede restringir a los casos contemplados en el inciso cuarto del Art. 160 del COGEP.

### **2.2.3.3. Principio de Contradicción**

Tal como se expuso en su momento, la fase de petitorio y reproche de medios probatorios -que es parte del debate probatorio de admisibilidad- se desenvuelve no sólo por la petición justificada de los medios probatorios ofertados, sino también por las objeciones que existan sobre uno o varios de ellos, debido a la falta de cumplimiento de alguno de los parámetros de admisibilidad.

Eduardo Couture al respecto de este principio en forma general, considera que “el principio dominante en esta materia es el de que toda la prueba se produce con injerencia y posible oposición de la parte a la que eventualmente puede perjudicar” (p.208), referencia que es aplicable no solo a la producción de la prueba, sino también a su admisión dentro del desarrollo del debate probatorio.

Por otro lado, Devis Echandía (2002) expone que esta máxima “significa que la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de comprobar” (p.115), comprobación de la que se podrán presentar objeciones orales a los medios dentro del debate probatorio de admisibilidad.

Y por último, añade Hugo Alsina que en este principio existe un:

“(…) régimen de la bilateralidad, según el cual todos los actos de procedimiento deben ejecutarse con intervención de la parte contraria. Ello importa la contradicción, o sea el derecho a oponerse a la ejecución del acto, y el contralor, o sea el derecho a verificar su regularidad” (Alsina, p.457).

Debiendo entenderse adecuadamente la concepción de “bilateralidad”, la que “no quiere decir que necesariamente deban intervenir las dos partes para que el acto tenga validez sino que se les haya dado la oportunidad de intervenir” (Alsina, p.458).

### **2.2.3.4. Principio de Legitimación para la prueba**

En referencia a lo manifestado al desarrollar la fase probatoria de anuncio y presentación de medios probatorios, en el momento en el que el juzgador califica un acto de proposición o la solicitud de un tercero de intervenir en el proceso, como clara y cumplidora de los requisitos legales, enviste a tal parte procesal, como “legitimado” a intervenir dentro del desarrollo de la actividad probatoria, y por ende a ejercitar los derechos y cargas que se originan de tal condición.

Devis Echandía (2002) al tratar sobre este principio expone que esta legitimación debe verificar inclusive el hecho de que la parte procesal ofertante tenga legitimación *ad causam* y *ad procesum*, hecho que aplicado a nuestra normativa procesal, se habría resuelto ya dentro de la fase de saneamiento, sin embargo, se resalta su consideración al distinguir que “este principio exige que la prueba provenga de un sujeto legitimado para aducirla” (p.118), toda vez que, dentro de la sustanciación del proceso, el juzgador puede encontrarse con la intervención de quien sin ser parte procesal, oferte medios probatorios; suceso ante el que invocando este principio denegaría la oferta probatoria, no sólo por no cumplir los tiempos establecidos para ofrecer los medios de prueba, sino principalmente por no estar legitimado para la actividad probatoria.

#### **2.2.3.5. Principio de Preclusión**

Sobre este principio y su objeto de regulación Hugo Alsina, inicia su tratamiento al indicar que existen dos sistemas de control sobre los tiempos procesales, aquel en el que se presenta el principio de preclusión y aquel en el que “la relación procesal no se desenvuelve por secciones o estadios, de tal manera que puede alegarse hechos nuevos y producirse nuevas pruebas hasta que el tribunal declare suficientemente instruída la causa y llame autos para sentencia” (p.454).

Pese a que ni el COGEP, ni el COFJ, establecen la existencia de este principio, es evidente que la regulación por tiempos percederos forma parte de nuestro sistema, régimen que se caracteriza debido a que:

“(…) el paso de un estadio al siguiente supone la clausura del anterior, de tal manera que los actos procesales cumplidos quedan firmes y no pueden volverse sobre ellos. Esto es

lo que constituye la preclusión: el efecto que tiene un estado procesal de clausurar el anterior” (Alsina, p.454).

Motivo por el que Hugo Alsina expone que “Preclusión, en italiano, significa clausurar, cerrar, impedir. Chiovenda ha adoptado la palabra para significar no sólo que un estado procesal supone la clausura del anterior, sino que éste permanece firme; el proceso puede avanzar, pero no retroceder” (p.454), dos características primordiales dentro de la comprensión de este principio: la clausura de la etapa que se ha desarrollado y su firmeza -exceptuándose la habilitación de impugnaciones que puedan variar esta calidad-.

Este principio que además “persigue impedir que se sorprenda al adversario con pruebas de último momento, que no alcance a controvertir o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueda ejercitar su defensa” (Devis Echandía, 2002, p.119), representa para la contraparte, como manifiesta Micheli citado por Devis Echandía (2002), una “autorresponsabilidad del sujeto procesal’ cuando deja transcurrir la oportunidad sin ejecutar ese acto o asumir esa conducta” (p.119), esto es, una autorresponsabilidad por inacción.

Devis Echandía identifica además a este principio como de “eventualidad”, mismo sobre el que Hugo Alsina expone:

“El principio de eventualidad consiste en aportar de una sola vez todos los medios de ataque y defensa como medida de previsión -*ad eventum*- (...) tiene por objeto favorecer la celeridad de los trámites, impidiendo regresiones en el procedimiento y evitando la multiplicidad en juicios” (Alsina, p.462).

Y para terminar, Devis Echandía (2002) considera que “la preclusión probatoria se relaciona con la carga de la prueba, en cuanto impone a la parte interesada en suministrarla, la necesidad de hacerlo en la etapa pertinente del proceso” (p.120).

#### **2.2.3.6. Principio Dispositivo**

Dentro del debate probatorio de admisibilidad por disposición expresa del Art. 160, las partes cuentan con la facultad de ofertar medios probatorios, así como también de forma excepcional y oficiosa, puede hacerlo el juez; y al respecto del examen -que realizan las partes y el juez- sobre el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de medios probatorios, por un lado, las partes cuentan con la capacidad de presentar objeciones a la oferta probatorio, y por el otro, el juzgador está facultado para rechazar oficiosamente e inclusive declarar improcedente los medios probatorios ofertados.

Circunstancias en las que se puede reconocer la intervención conjunta pero matizada del principio dispositivo y las facultades procesales o formales del juez, provenientes del principio de dirección del proceso.

Sobre el principio dispositivo Osvaldo Gozaíni expresa que “el proceso es cosa de partes y solo estas tienen interés en el desarrollo y solución del conflicto” (p.26), principio que en consideración de Devis Echandía (1984) tiene “dos aspectos: 1) por el primero significa que corresponde a las partes iniciar el proceso formulando la demanda y en ella sus peticiones y desistir de ella; 2) por el segundo, que corresponde a las partes solicitar las pruebas” (p.60).

#### **2.2.3.7. Principio de Aportación de parte**

El principio de aportación probatoria, hace alusión a la facultad de las partes de introducir los hechos, y como consecuencia de aquellos “debe tener la libertad de satisfacerla como mejor crea” (Lessona, p.114), es decir, ofertar aquellos medios probatorios legal y fácticamente idóneos para la verificación de los hechos controvertidos, debido a que “la idoneidad de un medio de prueba no depende sólo de su propia índole, sino de las especiales circunstancias sobre que versa” (Lessona, p.116); en sí, son las partes procesales y no el juzgador, quienes deben velar por introducir al proceso los elementos fácticos y la aportación idónea de los medios probatorios, a fin de que sean admitidos y posteriormente producidos.

En relación con el principio de preclusión, este principio abarca el hecho de que la aportación debe realizarse en los tiempos previstos por la ley (principio de preclusión), pero además en la forma legalmente determinada, pues “resulta necesario que el medio

de prueba cumpla los presupuestos formales de proposición: tiempo y forma” (Abel, p.295).

Como una referencia adicional es oportuno citar lo manifestado por Sendra sobre este principio, en su relación con el desenvolvimiento no sólo de esta etapa procesal, sino las anteriores:

“(…) Como escribe el profesor GIMENO SENDRA, puede afirmarse que un proceso está presidido por el principio de aportación, cuando en la constitución del objeto procesal concurren las siguientes notas:

- A) A las partes les corresponde la introducción de los hechos en el proceso, de manera tal que el Juez sólo puede fundamentar su resolución definitiva sobre los hechos afirmados por las partes, eliminándose la denominada ciencia privada del Juez;
  - B) La actividad probatoria ha de recaer exclusivamente sobre los hechos afirmados por los litigantes, sin que, por consiguiente, quepa prueba sobre otros distintos;
- La proposición y práctica de la prueba corresponde exclusivamente a las partes.” (Seoane, p.907).

### **2.2.3.8. Principio de Inmediación y Concentración**

Estos principios, que a su vez son rectores dentro del sistema procesal en general, obviamente inciden dentro de la etapa del debate probatorio de admisibilidad, por lo que es necesario realizar una breve deferencia sobre los mismos.

Sobre el primer principio, Hugo Alsina considera que “El principio de inmediación significa que el juez debe encontrarse en un estado de relación directa con las partes y recibir personalmente las pruebas” (Alsina, p.460), debiendo añadirse que no sólo la práctica de pruebas debe ser percibida y recibida por el juzgador, sino que, en un sistema adversarial como el nuestro, será necesario además su presencia dentro de la etapa de admisibilidad probatoria.

Y sobre el segundo principio el mismo doctrinario expresa que:

“Tiende el principio de concentración a acelerar el proceso eliminando trámites que no sean indispensables con lo cual se obtiene al mismo tiempo una visión más concreta de

la litis. Ello supone la concesión al juez de facultades amplias en la dirección del procedimiento, que le permita negar aquellas diligencias que considere innecesarias” (Alsina, p.461).

### **2.2.3.9. Principio de Economía Procesal**

Adriana Naula expresa que “este principio del Derecho procesal significa obtener el resultado más óptimo en el menor tiempo, con el mínimo esfuerzo y los menores costos” (2015, p.11), y al respecto de sus particularidades, citando a Garrone, expone que:

“Los puntos de ataque del criterio utilitario se refieren a la duración del proceso y al costo de la actividad jurisdiccional que el principio de economía no ignora ni repudia, sino que aceptando que el proceso tiene una dimensión temporal y que el proceso significa un gasto, trata únicamente de regularlos en forma tal que no conspiren seriamente contra el justiciable” (p.10).

Y a consideración particular, es de este principio que se ven reflejados varios de los parámetros de admisibilidad de medios probatorios, que pretenden en última instancia filtrar aquellos medios probatorios idóneos de los no idóneos.

Sobre la utilización de este principio y los parámetros de admisibilidad que de él necesariamente deben desprenderse, Eduardo Couture afirma:

“(…) De elegirse la primera de ambas soluciones, creando la posibilidad de que el juez rechace de plano la prueba que considere innecesaria, se crea el grave riesgo del prejuzgamiento; el magistrado, guiándose por impresiones superficiales, sin un conocimiento real y profundo del asunto, privaría a una de las partes de demostrar la exactitud de sus afirmaciones. Más de una vez, la jurisprudencia ha rechazado esta solución apoyándose en tales argumentos. Pero si se adopta la solución contraria, se consagra la posibilidad de que los litigantes aporten al juicio un cúmulo de pruebas inapropiadas, inútilmente costosas, hasta ofensivas del derecho del adversario o de la propia autoridad de la justicia; se adjudicaría, así, al magistrado, dentro de esta etapa del juicio, un papel pasivo e inerte, impropio de su función.” (p.194-195).

Razón por la que es necesario la implementación de ciertos parámetros de admisibilidad, con el fin de garantizar tanto el derecho constitucional de defensa, cuanto el desenvolvimiento de la actividad probatoria en un marco de economía procesal.

#### **2.2.3.10. Corolario sobre los principios de admisibilidad**

Y como corolario, vale efectuar una analogía. La funcionalidad de los principios propuestos permitirá proponer una construcción del debate probatorio, como aquel planteado por Hugo Alsina, sobre la composición del proceso en general:

“(…) el proceso puede estar dividido en etapas (principio de preclusión), o constituir una unidad (unidad vista); los actos de procedimiento pueden producir efectos individuales o beneficiar o perjudicar a las dos partes (principio de adquisición procesal); en lo posible ellos deben realizarse con la intervención directa del juez y de las partes o sus representantes (principio de inmediación); la economía procesal, que no solamente supone la supresión de trámites inútiles, sino que asegura un conocimiento más acabado del material (demanda, contestación, prueba) se reúna con el menor desgaste posible de la actividad jurisdicción (principio de concentración), etcétera. Éstos son los llamados “principios formativos del proceso” (p.100).

Un desarrollo semejante, mediante una adecuada conjugación del peso de los principios estudiados -y muy posiblemente otros no advertidos- permitirán dictar un auto interlocutorio no transgresor del derecho constitucional de defensa, principios que se podría identificar bajo la denominación de “principios formativos del debate probatorio de admisibilidad”, dentro de la propuesta de este trabajo investigativo, de un sistema que brinde mayores herramientas en el desenvolvimiento de la etapa de admisibilidad probatoria.

#### **2.2.4. Parámetros de admisibilidad de medios probatorios**

##### **2.2.4.1. Panorama normativo nacional**

En más de una ocasión se habrá escuchado dentro de la audiencia preliminar o en la primera fase de audiencia única, la justificación de que los medios probatorios ofertados

por la parte proponente son “útiles, pertinentes y conducentes”, más que concienzudamente, como una especie de ritualismo que aseguraría una resolución favorable por parte del juez.

La presente investigación, inició por cuestionar cuáles son los parámetros de admisibilidad de medios contemplados en la legislación procesal regulada por el COGEP, y cuál es su significado. Para cuyo efecto, fue necesario remitirse al Art. 161 del código orgánico procesal, norma que establece:

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

La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos.”

Así como la necesaria referencia al Art. 160 del COGEP, que dispone, que “para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia”, añadiendo que “el juzgador declarará la improcedencia de la prueba cuando se haya obtenido con violación de la Constitución o de la ley” y disponiendo adicionalmente que “carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir.”

Por lo que, el juicio de admisibilidad no fundamenta su control y decisión sobre medios probatorios, únicamente en los parámetros de pertinencia, utilidad y conducencia, sino además en transgresiones en el procedimiento de obtención del medio probatorio desde su fuente, desde dos posiciones:

- Al existir transgresiones a normativa constitucional y legal; y,
- En caso de ser obtenido mediante simulación, fuerza, dolo o soborno, en cuyo caso la disposición legal determina que los medios carecen de eficacia probatoria, entendiéndose a esta ineficacia, tanto como parámetro dentro del juicio de

admisibilidad, como en caso de práctica, un impedimento alegable para que el medio no sea valorado.

En ese orden de ideas, y examinando los parámetros referentes a los medios de admisibilidad de utilidad, pertinencia y conducencia, es preciso denunciar que su comprensión no está adecuadamente establecida, ya que el Art. 161 del código procesal, define únicamente a la conducencia, mientras que:

- Se infiere que el segundo inciso de la disposición legal descrita define la pertinencia; se infiere, ya que -a diferencia de la definición sobre la conducencia constante en el primer inciso de la disposición aludida- no se especifica que tal definición expresamente sea la que corresponde a la pertinencia; y,
- Al parámetro de utilidad, ni siquiera se lo considera dentro del Art. 161 ibidem, mucho menos se lo define dentro del COGEP.

Concepción de los parámetros de admisibilidad que a propia consideración, no prestan claridad dentro del juicio de admisibilidad de medios probatorios, sino por el contrario, pueden desbocar en una grave afectación al derecho de defensa de las partes, exteriorizado mediante la oferta probatoria de medios, debido a que según lo dispone el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador “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”.

Mediante sesión realizada el 23 de julio de 2014, la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional de nuestro país, resolvió aprobar el informe para primer debate en el pleno de la asamblea sobre el Proyecto de Código Orgánico General de Procesos, que en los Arts. 155 y 156, establecían:

“Artículo 155.- Admisibilidad de la prueba. Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, idoneidad, utilidad y ha de practicarse conforme con la ley con lealtad y veracidad. (...) En la audiencia preliminar [el juez] está facultado para rechazar de oficio o a petición de parte, la prueba que por inconducente, impertinente, inútil, repetitiva, irrelevante, o prohibida por la ley, es inadmisibile.

La o el juez o tribunal declarará la improcedencia de los medios probatorios cuando se hayan obtenido con violación de la Constitución y la ley o cuando carezcan de idoneidad, pertinencia y utilidad.

Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física o moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir. (...)

Artículo 156.- Idoneidad y pertinencia de la prueba. La idoneidad de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular del medio probatorio para demostrar los hechos que se alegan en cada caso.” (p.64-65).

Al respecto:

- El parámetro de conducencia fue identificado -atribuyéndole la misma definición actual- como “idoneidad” de la prueba;
- Pese a que el Art. 155 identifica como parámetros a la “pertinencia, idoneidad, utilidad”, acto seguido disponía que el juez podrá rechazar la oferta probatoria por “inconducente, impertinente, inútil, repetitiva, irrelevante”, no contemplando la no idoneidad;
- Adicionalmente a los criterios de utilidad, pertinencia e idoneidad, se incluían los parámetros de: inconducencia, repetitivo, irrelevante y prohibido por la ley; y,
- Pese a que el Art. 156 llevaba el título de “Idoneidad y pertinencia” únicamente definía al parámetro de idoneidad.

En sesión de 11 de febrero de 2015, la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional de nuestro país, resolvió aprobar el informe para segundo debate en el pleno de la asamblea sobre el Proyecto de Código Orgánico General de Procesos, realizando modificaciones a los artículos anteriormente citados y numerándolos en 169 y 170, cuyo texto determinaba:

“Artículo 169.- Admisibilidad de la prueba. Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, idoneidad, utilidad y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal.

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

La o el juzgador declarará la improcedencia de la prueba cuando se haya obtenido con violación de la Constitución o de la ley.

Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir (...)

Artículo 170.- Idoneidad y pertinencia de la prueba. La idoneidad de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso.

La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos” (p.71-72).

Disposiciones mucho más semejantes a la regulación actual, pero manteniendo el grave defecto de no esclarecer en si uno de los criterios de admisibilidad será denominado “conducencia” o “idoneidad”, ya que, pese a que el Art. 169 citado, refiere a la “pertinencia, idoneidad, utilidad”, posteriormente expresa que el juzgador en audiencia preliminar rechazará la oferta probatoria “inconducente, impertinente e inútil”.

Informe de segundo debate que fue aprobado en sesión del pleno de la Asamblea Nacional de 26 de marzo de 2015, mediante ochenta y cuatro votos afirmativos, cinco negativos, cero blancos, veinte abstenciones de ciento nueve asambleístas presentes, con modificación de la numeración de las disposiciones citadas y estableciendo que en el Art. 160 del proyecto aprobado (Art. 169 del texto anteriormente citado) tiene tres criterios de admisibilidad: utilidad, pertinencia y “conducencia”.

Modificación que fue propuesta por el asambleísta Mauro Andino -presidente de la Comisión que trató el proyecto- quien al respecto manifestó:

“(...) hemos podido receptar varias observaciones, varias propuestas de diferentes asambleístas de los diferentes partidos y movimientos políticos, es por ello que, señora Presidenta, voy a poner a consideración los cambios que se han realizado en relación a lo que significa o significaría el Código Orgánico General de Procesos (...) En el ciento sesenta y nueve, se reemplaza el término "idoneidad" por "conducencia" y se realiza el reajuste en todo el texto, se mejora la redacción de este artículo. En el ciento setenta, se sustituye el enunciado, en vez de "idoneidad", ponemos "pertinencia de la prueba". (2015, p.93).

Lamentablemente el acta no contiene la razón por la que el asambleísta propuso que se cambie el parámetro de “idoneidad” por “conducencia”, por lo que no se ha llegado a conocer si tal modificación se debe a una circunstancia de concepción jurídica o no.

La disposición constante en el Art. 161 del proyecto aprobado mereció una objeción parcial por parte de la Función Ejecutiva, que la justificó de la siguiente forma:

“Como parte de la regulación del régimen general de la prueba, se prevén en el artículo 160 del proyecto tres principios, a saber: pertinencia, utilidad y conducencia.

En el artículo en cuestión, se regula la idoneidad y la pertinencia, en los incisos 1 y dos, en su orden. Para guardar coherencia con los principios antes citados, se sugiere aclarar que la idoneidad supradicha es la conducencia.” (2015, p.20).

Objeción que fue efectuada con la finalidad de evitar contradicciones entre el uso del criterio de “conducencia” constante en el Art. 160 al que dentro del Art. 161 se lo identificaba como “idoneidad”, es decir, fue una objeción de forma más que de fondo, ya que no se aprecia una justificación jurídica para tal observación.

Toda esta referencia es presentada, con el fin de evidenciar cuál fue el tratamiento que se dio por parte de la Función Legislativa y Ejecutiva, a los parámetros de admisibilidad dentro del COGEP; los que en apreciación particular, y una vez evidenciado el resultado legislativo, no fueron concebidos, tratados y debatidos de forma adecuada, al no considerar integralmente el desarrollo doctrinario sobre el tema y observar cómo se realiza esta regulación dentro del Derecho comparado.

#### **2.2.4.2. Apreciaciones generales, características y trascendencia de los parámetros de admisibilidad**

A continuación, se expondrán varias consideraciones sobre las características y particularidades trascendentes de los parámetros de admisibilidad, que son los filtros por los que atraviesan los medios probatorios al calificarse como admisibles o inadmisibles.

A) Apreciaciones generales de Taruffo sobre la regulación jurídica de los medios que deben practicarse

Dentro de la investigación se ha insistido que existen temas tratados sobre los que doctrinariamente no existen consensos claros, siendo uno de ellos los parámetros de admisibilidad de medios probatorios.

Al respecto, Michele Taruffo manifiesta:

“En todo caso, la extrema variabilidad y relatividad de las formas que regulan la admisión/exclusión de las pruebas confirma, por un lado, que se trata de un campo abierto a la influencia de los factores más diversos; pero, por otro lado, confirma también que es extremadamente difícil, si no imposible, encontrar en ese campo factores de racionalización que vayan más allá de las características específicas de la evolución histórica y del orden sistemático de cada ordenamiento.

Es posible, sin embargo, extraer de esta circunstancia una conclusión ulterior de orden general. Si la regulación de la admisibilidad de las pruebas está caracterizada en general por un alto grado de relatividad, las soluciones adoptadas en cada ordenamiento son relativas y contingentes, aunque «desde dentro» de cada ordenamiento parezcan racionales, coherentes y, por tanto, dotadas de un grado de fundamentación que haga pensar que se trata del único régimen posible” (p.377).

Consideración que es el punto medular en la comprensión de la naturaleza gravitacional de los parámetros de admisibilidad de medios probatorios en la normativa procesal de cada Estado, puesto que como afirma Taruffo las soluciones que legislativamente se adopten son “relativas y contingentes”; motivo aún mayor para considerar un juicio de admisibilidad de medios probatorios en base a la utilización no sólo de criterios legales, sino además de “principios formativos del debate probatorio de admisibilidad”.

Bajo esa comprensión, es preciso añadir que a criterio de Michele Taruffo, la práctica de medios probatorios no debe regirse únicamente reglas de admisibilidad, sino también por otro criterio, el de relevancia. Es por ello que aprecia que la aceptación de práctica probatoria es un problema procesal que se resuelve:

“(…) mediante la aplicación combinada de dos criterios: uno, típicamente lógico, es el de la relevancia de la prueba; el otro, típicamente jurídico, es el de su admisibilidad. Entre esos dos criterios hay un orden lógico según el cual la prioridad corresponde al de la relevancia: así, si una prueba es irrelevante no tiene sentido preguntarse si es o no jurídicamente admisible, ya que su adquisición sería en todo caso inútil: en consecuencia, el criterio de admisibilidad opera únicamente en el sentido de excluir del proceso pruebas que serían relevantes para la determinación de los hechos” (p.364).

Apreciación que Taruffo la justifica en base al principio de economía procesal, por cuanto si un medio probatorio no cumple el criterio de relevancia y por ende no permite el esclarecimiento de los hechos controvertidos, se perdería tiempo analizando si cumple el criterio de admisibilidad; y si cumple el primer criterio y no el segundo padece igualmente de inutilidad, pues “para que una prueba sea admitida en el proceso debe ser relevante según uno u otro de los criterios así definidos: si no es relevante según ninguno de ellos, es inútil para la determinación de los hechos” (p.365).

Continúa el aludido doctrinario, añadiendo sobre el criterio de relevancia, que este examen de admisibilidad -a diferencia del criterio de admisibilidad- no es gravitacional, sino que es una consideración no discutida, sino firme, en que los medios que deben practicarse deben ser relevantes. Así también, expresa que este criterio es una valoración “preliminar”, debido a que es “una anticipación hipotética del juicio sobre la prueba en relación con el hecho. La valoración es preliminar en el sentido de que sirve para excluir *ex ante* del proceso las pruebas irrelevantes” (Taruffo, p.366), todo ello, debido a que una vez superada esta valoración preliminar, la misma no obliga a que el medio de prueba una vez practicado, sea fundamento para la decisión final.

En lo correspondiente al segundo criterio (admisibilidad), Taruffo expone que se constituye en el establecimiento de “criterios jurídicos de selección de las pruebas en vista de su posible incorporación al proceso (...) [las que] entren en juego una vez que se ha formulado el juicio de relevancia” (p.373), concluyendo que las mismas son en definitiva “reglas de exclusión” de medios probatorios.

Para finalizar, vale recalcar que existen posiciones que consideran que la relevancia de los medios probatorios está implícita dentro del parámetro de pertinencia -por lo que

no sería necesaria identificarlo como criterio independiente-; además la concepción de “utilidad” referida por Taruffo alude a la eficacia probatoria del medio, más que a un criterio de admisibilidad.

## **B) Legalidad y licitud de medios probatorios**

Una principal distinción dentro de la comprensión de los parámetros de admisibilidad de medios probatorios, es que estos criterios se dividen en dos grandes categorías: legal y lícita.

En ese sentido Juan Montero Aroca expresa que:

“La distinción entre medios y fuentes sirve para explicar, aparte de las dichas, otras muchas cuestiones. La más importante de ellas es la relativa a que la legalidad y la admisibilidad son aspectos que deben referirse a los medios, mientras que la licitud es propia de las fuentes” (p.155).

Cita que se considera apropiada, salvo una pequeña discrepancia, el término admisible proviene de admitir, mismo que hace alusión a permitir determinada acción, por lo que se aprecia que la legalidad y la licitud son dos subcategorías de la admisión (permiso para actuar) de medios probatorios hacia su práctica.

Dentro de la comprensión de Montero Aroca, la legalidad se entiende como aquel apego de las diferentes fases de la actividad probatoria a lo que expresamente dispone la ley puesto que “el resultado que a la ley le importa no es cualquiera, sino aquel al que se llega necesariamente por el cumplimiento de la norma que regula la actividad (...) [es decir] importa el resultado, naturalmente, pero también importa el camino como se llega al mismo” (p.157).

Es justamente por esta consideración que se entiende que criterios como la utilidad, pertinencia y conducencia, al ser exigencias establecidas por el código procesal -es decir la ley-, son categorías pertenecientes a la legalidad, y no deben ser consideradas de forma separada, bajo la denominación de admisibilidad, como lo aprecia el aludido tratadista.

Partiendo del desarrollo doctrinario y jurisprudencial español, Juan Montero Aroca expone que un aspecto a resaltar dentro del juicio de admisibilidad es que el:

“(…) empleo de los medios de prueba pertinentes, no configura un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas (…) la admisibilidad de medios propuestos no debe condicionarse sólo a la pertinencia, sino también a la utilidad” (p.158-159).

Es decir, que no basta con que los medios sean pertinentes, sino que además es necesario que existan otros parámetros adicionales, como el de utilidad; en España se concibe como reglas de admisibilidad a los criterios de utilidad y pertinencia, no estableciéndose el de conducencia presente en nuestro ordenamiento procesal.

Por lo que concluimos enfatizando lo ya expresado, los criterios de admisibilidad se distinguen en dos subcategorías: legalidad y licitud.

C) La justificación de la admisibilidad y trascendencia del medio probatorio inadmitido al apelar el auto interlocutorio

Juan Montero Aroca expresa sobre esta temática, que el recurrente al fundamentar su impugnación sobre la decisión tomada por el juzgador al inadmitir determinados medios probatorios, no debe restringirse únicamente a exponer que sí se cumplió con los parámetros de admisibilidad, sino además, que “la omisión de la prueba propuesta le ha provocado una indefensión material al ser relevante para la decisión final del proceso (…) [por lo que admitido el o los medios probatorios] el fallo judicial pudo ser más favorable” (p.159).

Apreciación que junto a la consideración expuesta por Taruffo sobre el primer criterio a examinar a fin de que un medio deba o no practicarse, promueve el comportamiento del recurrente a justificar el gravamen que motivó la interposición del recurso legalmente previsto, mediante la exposición del por qué es trascendente el medio inadmitido.

Es por esta razón que el último inciso del Art. 160 del COGEP establece: “De admitirse la apelación, la o el juzgador superior ordenará la práctica de la prueba, siempre que con

ella el resultado pueda variar fundamentalmente”, es decir, la justificación de la trascendencia del medio probatorio inadmitido en la fundamentación de la apelación, por parte del recurrente, es un requisito para que se acepte y practique el medio en segunda instancia.

#### **D) Regulación como límites intrínsecos y extrínsecos**

Es importante tomar en consideración otras formas de clasificación de los parámetros de admisibilidad, aparte de la comprensión entre legales y lícitos.

En ese sentido, existe otra línea doctrinaria que a su vez los distingue como intrínsecos y extrínsecos, manifestando en este sentido Joan Picó i Junoy, que:

“(…) los límites del derecho a la prueba [pueden clasificarse] en intrínsecos y extrínsecos: los primeros, o inherentes a la actividad probatoria, son aquellos que necesariamente deben concurrir en la prueba para que pueda considerarse como tal, y son su pertinencia y utilidad; los segundos, se derivan del carácter procesal de este derecho, y son aquellos exigidos por las normas de proposición que con carácter general -para cualquier prueba- o con carácter específico -para cada medio probatorio- exige la Ley” (2006, p.19).

En igual sentido, Devis Echandía (2002) manifiesta que la normativa procesal exige de los medios probatorios “ciertos requisitos intrínsecos y extrínsecos, los primeros atañen al medio mismo utilizado en cada caso, incluyendo su objeto, y los segundos, se refieren a circunstancias que existen separadas de ese medio, pero que se relacionan con él y lo complementan” (p.319).

#### **E) Distinción dinámica y estática de los parámetros de admisibilidad**

Una apreciación adicional sobre los parámetros de admisibilidad de medios probatorios es que se los puede percibir bajo un desarrollo dinámico o estático.

Por ejemplo, el criterio de pertinencia no puede ser concebido como una valoración irrestricta para cualquier caso, sino que guardará correspondencia con la fijación del

objeto de controversia, por lo que es un parámetro dinámico o circunstancial; mientras que parámetros como la obtención de un medio con violación a derechos constitucionales, es un criterio estático, aplicable a cualquier proceso, sin consideración a las circunstancias en litigio.

#### F) El medio probatorio específico y los parámetros de admisibilidad

La valoración de los medios probatorios en el juicio de admisibilidad, debe contemplar que el tipo específico de medio probatorio incide en el examen de su admisibilidad, ya que existen medios probatorios que cumplen los parámetros con mayor eficacia que otros, ya sea por disposición legal expresa o por la naturaleza del litigio y la mayor idoneidad de un medio sobre otros.

Por lo que no se podría afirmar que declaración de parte, declaración de testigos, prueba documental, prueba pericial, son en su conjunto útiles, pertinentes y conducentes, sino que entre ellos existe una gradación de idoneidad.

Sobre lo dicho, Xavier Abel Lluch indica:

“La práctica forense enseña que determinados medios de prueba deben admitirse sin ningún género de duda (ej. El interrogatorio de las partes en un juicio de separación) y otros deben inadmitirse también sin la menor duda (ej. Reconocimiento judicial destinado a acreditar la resistencia de una viga de madera)” (p.295).

#### **2.2.4.3. Parámetro de licitud**

Joan Picó al respecto de este parámetro de admisibilidad considera que “la prueba ilícita es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental” (p.20), y Asencio Mellado citado por Picó indica que “hay que hablar aquí de actividad en su sentido amplio. No sólo parece que haya que incluir en este término la noción ‘fuente’, sino igualmente, toda actuación que se realice sobre tal fuente y el propio resultado de dicha labor” (p.20).

Añade al respecto Juan Montero Aroca, indicando que “un medio de prueba, es decir, una actividad que se realiza en el proceso con sujeción a lo dispuesto en la ley, no puede ser algo prohibido o ilícito” (p.167)

Por ello, Joan Picó afirma que no basta con que un medio probatorio supere requisitos legales como utilidad y pertinencia, sino que será necesario dentro del juicio de admisibilidad, que se cuestione “¿Qué prueba está prohibida por la ley? (...) sólo lo está aquella obtenida vulnerando un derecho fundamental” (p.21).

Continúa el descrito tratadista exponiendo que la justificación de este parámetro de admisibilidad reside en que:

“Si el proceso se concibe como el medio para resolver jurisdiccionalmente los conflictos intersubjetivos, disciplinado jurídicamente por un conjunto de normas y principios, ello conduce a sostener que todo acto que infrinja dicho sistema debe ser excluido del mismo (...) El derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtualidad” (Picó, p.21-22).

Dentro de la contextualización del parámetro de ilicitud y su relación con las fuentes probatorias, vale retomar nuevamente lo dicho por Juan Montero Aroca:

“La distinción entre medios y fuentes sirve para explicar, aparte de las dichas, otras muchas cuestiones. La más importante de ellas es la relativa a que la legalidad y la admisibilidad son aspectos que deben referirse a los medios, mientras que la licitud es propia de las fuentes” (p.155).

Frente a la prueba ilícita el juzgador debe efectuar un examen normativo general a fin de admitir un medio, ya que este parámetro contiene la gran dificultad de no contener un catálogo taxativo de derechos constitucionales y legales objeto de transgresión, sino que el catálogo de derechos es muy variado, y en caso de admitir un medio violatorio, podría generar una vulneración de tres momentos a la parte contra quien se propone: al admitir el medio probatorio, al practicarlo y al decidir sobre el fondo del litigio tomando en consideración el medio ilícito; escenario en el que el juzgador debe partir de evidenciar

que existe una “extrema dificultad externa de apreciar in limine la ilicitud de la prueba sin una previa denuncia por la parte perjudicada” (Picó, p.29).

Dada la grave transgresión que representa un medio probatorio que adolezca de ilicitud por la forma de su obtención desde su fuente, no existe posibilidad que el mismo pueda ser subsanado, ya que debido al procedimiento adoptado, el medio carece de toda eficacia probatoria. Por tal motivo Joan Picó manifiesta:

“Como consecuencia lógica de la nulidad de toda prueba ilícita, se deriva la imposibilidad de cualquier tipo de subsanación (...) Ello significa que la ilicitud de la prueba:

a) Es total y plena, no pudiéndose utilizar en nada para acreditar el hecho controvertido (...) b) Y no puede convalidarse ni explícita ni implícitamente. Así, en el primer caso, no puede convalidarse la prueba ilícita ofreciendo al litigante perjudicado por la misma la posibilidad de defenderse y contradecir su contenido (...) Y tampoco cabe ningún tipo de convalidación implícita de la prueba ilícita derivada de la actitud pasiva del litigante que, perjudicado por la prueba ilícita, no denuncia su existencia (...)” (p.31).

Y también produce un efecto de ineficacia directa sobre el medio utilizado, ya que existe “ineficacia procesal de todo elemento probatorio para cuya obtención se haya infringido directamente un derecho fundamental (ejemplo, la inviolabilidad del domicilio o la integridad física o psíquica de las personas)” (p.26); debiendo añadirse, que este parámetro es un criterio de totalidad, por lo que a consideración propia, es el único criterio al que no se podría aplicar el principio *Pro Probatione* ya que ante una duda razonable, se debería inadmitir el medio, pues aceptarlo constituiría la posible continuación de la vulneración de derechos de una de las partes procesales.

Al respecto de este parámetro de admisibilidad, el tercer inciso del Art. 160 del COGEP dispone que: “La o el juzgador declarará la improcedencia de la prueba cuando se haya obtenido con violación de la Constitución o de la ley”, en cuyo efecto debe verificarse que la disposición no ordena al juez que es suficiente inadmitir este tipo de medios, sino que es necesario “declararlos” improcedentes.

Para finalizar, el cuarto inciso del Art. 160 del código procesal, refiere a que “carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno”, nuevamente refiriéndose a su “obtención”.

José Luis Seoane considera que la descrita disposición forma parte del criterio de ilicitud e ilegalidad, dado que la norma alude al proceso de obtención del medio probatorio, por lo que indica “Igualmente será improcedente la prueba obtenida mediante la violación de la Constitución o la ley, o por medio de simulación, dolo, fuerza física, moral o soborno. Al hablar el Código a prueba obtenida se está refiriendo a las fuentes de prueba” (p.925).

Sobre la simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno, Jorge Luis Mazón (2018) añade:

“(…) carecen de eficacia probatoria, al señalar el efecto jurídico que sobreviene de la práctica de esta clase de pruebas, implícitamente deja la puerta abierta para que la parte afectada por la deslealtad procesal de su contrario los impugne, y de hecho deberá hacerlo, pues si no lo hace, para el juez va a ser virtualmente imposible conocer el vicio legal que invalida esos medios de prueba. (...) Ejemplos de medios que carecen de toda eficacia en juicio, pueden ser por ejemplo, la declaración de un testigo a quien se le ha pagado para que concurra a la audiencia a declarar en un sentido favorable a una de las partes (sobornos); los casos de declaraciones juramentadas hechas ante Notario público que contengan afirmaciones falsas, como la de la existencia de una unión de hecho entre dos personas que en realidad nunca ha convivido juntas (simulación); o el de una persona que ha sido coaccionada con amenazas para que preste determinada declaración (fuerza moral)” (p.113-114).

#### **2.2.4.3.1. Primer parámetro jerárquico de verificación**

Siguiendo análogamente la ordenación jerárquica propuesta por Taruffo -ya que él no esquematiza de esta manera a las reglas de admisibilidad- sobre los criterios de admisibilidad probatoria, se considera que este criterio debe ser el primero en ser verificado por parte del juzgador, debido a la afectación legal o constitucional que puede producir hacia la parte procesal en contra de la que se ha ofertado.

Por lo que si un medio probatorio no supera este filtro, aún superando los restantes no produciría eficacia probatoria, y violaría derechos constitucionales o legales; hecho que hace innecesaria una valoración de los demás parámetros de admisibilidad.

#### **2.2.4.3.2. ¿Parámetro de Constitucionalidad?**

Tal como lo expresa el Art. 160 del COGEP, están vedados por improcedentes los medios probatorios que en su “obtención” vulneren derechos constitucionales o legales, sin embargo, qué ocurre, por ejemplo, si dentro de un juicio de divorcio por la causal de separación por más de seis meses ininterrumpidos, una de las partes presenta y anuncia en contra de la otra, exámenes médicos que detectaron una enfermedad venérea y que están en su poder por haber convivido juntos hasta antes del abandono injustificado de la parte demandada, fundamentando la detección de dicha enfermedad como motivo de la separación y abandono injustificado.

Dentro del ejemplo planteado, no existe violación en la obtención de los exámenes médicos, debido a que las partes procesales convivieron juntamente y los mismos quedaron en posesión de la parte actora hasta antes del abandono injustificado de la parte demandada, pero ¿es un medio que debería ser admisible? Al ser acompañado junto al acto de proposición y pertenecer al expediente físico, de libre acceso a cualquier ciudadano que acuda al archivo de la Unidad Judicial respectiva, la sola presencia del medio -independientemente de su admisibilidad y práctica- ¿no es ya afectar un derecho constitucional? Toda vez que el numeral 11 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador en parte respectiva dispone:

“(…) En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes, la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención médica.”

Ante el citado ejemplo es preciso añadir, la parte ofertante y violadora de derechos constitucionales no ha realizado actividades transgresoras sobre la fuente, pues el Centro

Médico (fuente de la información probatoria) entregó los exámenes médicos a la titular de la información, pero lo que sí sucede es que está prohibido de “utilizar sin autorización del titular” dicha información, y la acción de “utilizar” no está contemplada en el Art. 160 del COGEP, sino en el numeral 11 del Art. 66 de la CRE; por ende, no basta con restringir el ejercicio probatorio sólo sobre la “obtención”, sino además sobre la “utilización”.

Es en consideración de tal exposición, que a criterio particular, se cree que no es suficiente una norma que declare improcedentes a los medios probatorios cuando en su “obtención” violentaron derechos constitucionales o legales, sino aún más, un parámetro de constitucionalidad de medios probatorios, que los inadmita por transgredir derechos constitucionales y/o convencionales, y en virtud de ello, no sólo no se permita su admisibilidad, sino que mediante una denuncia de la parte perjudicada no permanezcan dentro del expediente físico, a fin de que los mismos no sean una permanente vulneración para la parte procesal afectada.

Consideración que es extensiva (según la naturaleza de cada derecho constitucional y/o convencional) inclusive al órgano jurisdiccional, pues ni mediando un oficio de Autoridad competente, con el fin de subsanar la ilícita obtención, se podría conseguir información como la contemplada en el numeral 11 del Art. 66 de la CRE, cuya reserva está claramente restringida al titular de los derechos o a sus legítimos representantes.

#### **2.2.4.4. Parámetros de legalidad**

Dentro de la comprensión de los parámetros de legalidad, se englobará a los criterios de: pertinencia, utilidad, conducencia, oportunidad y disponibilidad -estos últimos se consideran como parámetros implícitos dentro del COGEP-.

##### **2.2.4.4.1. Pertinencia**

Tal como fue expuesto anteriormente, el segundo inciso del Art. 161 del COGEP, no define expresamente -como sí lo hace su primer inciso al respecto de la conducencia- a la pertinencia, sin embargo, se infiere que a este parámetro se alude, cuando expresa: “La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos”.

Xavier Abel Lluch sobre este parámetro de admisibilidad, indica que:

“Jurídicamente por pertinencia se entiende la relación que guarda el medio de prueba propuesta con el tema de prueba, resultado impertinente el medio de prueba que no guarda relación con el tema de prueba. El parámetro de pertinencia (...) hay que entenderlo referido a un estadio del pleito donde ya están depurados los hechos, y por ende, fijados los hechos controvertidos.” (p.281).

El parámetro de pertinencia fija su apreciación no en el medio probatorio, sino en el hecho que ese medio probatorio pretende demostrar, esto es, la pertinencia “viene referida, no tanto al medio de prueba en sí mismo (...) cuanto al hecho que pretende probarse con el medio de prueba concreto, y exige que ese hecho tenga relación con el objeto del proceso” (Montero, p.160).

En razón de lo manifestado:

“(...) Son condiciones específicas de la pertinencia (...) que verse sobre un hecho fundamental -esto es, que sea determinante del fallo-, que el hecho sea controvertido -lo que comporta la dispensa de prueba de los hechos aceptados por las partes [y hechos exentos de prueba]- y que el hecho sea influyente -esto es, que sirva para esclarecer extremos esenciales o importantes para la cuestión litigiosa” (Abel, p.281).

Motivo por el que dentro del criterio de pertinencia, se inmiscuye la consideración de que el medio sea relevante para la resolución del litigio, ya que “la prueba tiene que referirse a los hechos que constituyen la causa de pedir la pretensión [u oposición] ejercitada” (Montero, p.161), y más aún este parámetro sigue “la regla «*frustra probatur quod probatum no relevat*», es decir, en vano se prueba lo que, una vez probado, no tiene relevancia” (Seoane, p.923).

José Luis Seoane añade además que este criterio puede ser apreciado desde una relación directa o indirecta con el *thema probandi* -cuya referencia es el segundo inciso del Art. 161 del COGEP- debido a que:

“(…) Desde la perspectiva expuesta una prueba es pertinente cuando tiende a producir la certeza, positiva o negativa de hechos que siendo controvertidos, son relevantes, ya lo sea de un modo directo -aptos para demostrar hechos constitutivos, extintivos, impeditivos o excluyentes- o indirecto, por ejemplo para apreciar la fiabilidad de otro medio de prueba”.

Y sobre la misma particularidad de pertinencia directa o indirecta, Devis Echandía (2002) considera:

“Hay hechos cuya pertinencia aparece en forma clara y mediata, porque constituyen un requisito para la existencia o la validez misma del acto que trata de probarse, como la entrega del dinero en el mutuo de la cosa en la compraventa de muebles (...) Otros hechos también son importantes de manera directa, porque se refieren a la existencia o cumplimiento de las obligaciones emanadas de ese acto o de un hecho jurídico, como la entrega material del inmueble vendido, o el pago del precio estipulado (...) En cambio, hay otros que solo tienen ‘importancia mediata para el establecimiento de la verdad de la circunstancia directamente importante’, como los antecedentes de la escritura pública” (p.327).

Sobre ello, es necesario adicionar que el problema para el juzgador sobre este parámetro puede presentarse principalmente al reconocer la pertinencia indirecta, ya que en determinados casos, la distinción entre un medio impertinente de uno indirectamente pertinente es dificultosa; situación ante la que se recomienda la utilización del principio *pro probatione*, si existe una duda razonable, ya que si una vez practicado el medio evidencia su impertinencia, su efecto natural será no ser considerado dentro de la sentencia de fondo, pero se ha asegurado el derecho de defensa de la parte ofertante.

Jorge Luis Mazón sobre esta temática adiciona:

“Couture decía que prueba pertinente es ‘La que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba’.

No es pertinente, por ejemplo, intentar demostrar la propiedad de un inmueble en un juicio de declaratoria de unión de hecho, donde no se discute respecto del patrimonio de los convivientes; o intentar probar la excelente condición económica de un progenitor en un juicio de fijación de un régimen de visitas, cuando esta actividad probatoria es propiamente la de los juicios de alimentos” (p.107).

En ese sentido Jairo Parra Quijano citado por Jorge Luis Mazón (2018), indica:

“Así como en nuestra vida diaria, al estar conversando con una persona sobre un determinado tema, consideramos bienvenidos a los que quieran hablar sobre lo mismo y predicamos la impertinencia de quienes introducen conversaciones sobre otros temas, exactamente lo mismo sucede en el proceso. La sanción en nuestros diálogos para la persona que introduce temas que no tienen nada que ver con lo que se venía hablando, es el reproche y en el proceso es el rechazo in limine de la prueba” (p.108).

Añade Juan Montero Aroca que además son impertinentes aquellos “hechos cuya verificación no está permitida por la ley” (p.162) y sobre la misma temática Xavier Abel Lluch estima que serán inadmisibles bajo el criterio de impertinencia, los medios probatorios:

“(…) sobre hechos exentos de prueba, como son los hechos admitidos de adverso, puesto que la conformidad de los litigantes exonera prueba, salvo en los procesos dispositivos. Sobre los hechos que gozan de notoriedad absoluta y general (...) la declaración de notoriedad es una facultad judicial que, para la dispensa de prueba, requiere que se haga precisa en la audiencia previa [en nuestro caso audiencia preliminar] (...) sobre hechos irrelevantes en términos del fallo (...) [y] sobre las instituciones normas o cuestiones que sean de obligado conocimiento por el tribunal [como las presunciones de derecho]” (p.282).

Añadiendo cierta parte de la doctrina, a los hechos que no son posibles de investigar por mandato expreso de la ley, así como también los hechos imposibles, los hechos que - guardando identidad subjetiva, objetiva y de causa- hayan pasado por autoridad de cosa juzgada, y los hechos sobre los que se ha llegado a acuerdos probatorios, pues el hecho que el medio probatorio pretende probar ya ha sido aceptado como cierto; hechos que en su mayoría están contemplados en el Art. 163 del COGEP.

En consideración de un sector de la doctrina, los hechos exentos de prueba deberían ser apreciados como parte del parámetro de utilidad más que de pertinencia, afirmación que no es compartida, debido a que la naturaleza del criterio de pertinencia es enfocarse en los “hechos” que pretende demostrar un medio, y no en el medio en sí, por lo que si se

trata de “hechos exentos” de actividad probatoria, se está abarcando al parámetro de pertinencia y no el de utilidad.

#### **2.2.4.4.1.1. Segundo Parámetro Jerárquico de verificación**

En igual apreciación sobre el criterio de licitud, a consideración propia, el parámetro de pertinencia debe ser el segundo criterio examinado dentro del juicio de admisibilidad, ya que aún superando la valoración sobre licitud, si el medio probatorio no guarda relación con el objeto de controversia -directa o indirectamente- o no guarda relevancia sobre el mismo, es evidente que no va a ser objeto de referencia dentro de la decisión que resuelva el fondo del litigio, por lo que bajo el principio de economía procesal, debería ser inadmitido.

#### **2.2.4.4.1.2. Particularidades individuales de medios probatorios sobre su pertinencia**

Cada medio probatorio puede tener un grado mayor de pertinencia sobre los demás - como se expuso en su momento-, por lo que la oferta probatoria en su conjunto no puede ser asimilada como útil, pertinente y conducente en un mismo grado de idoneidad, ya sea por disposición legal que ordene la recepción de la fuente por un medio específico o porque la naturaleza del litigio provoca que determinados medios sean más relevantes que otros.

Xavier Abel al respecto del criterio de pertinencia sobre la prueba testimonial rendido por las partes procesales expresa:

“Por lo general, el juez admitirá el interrogatorio de las partes, dado que las partes son, las más de las veces, la fuente más caudalosa de información (...) La inadmisión será poco frecuente y, en todo caso, como apunta Muñoz Sabaté, deberá tratarse de supuestos «muy diáfanos», como siguiendo el ejemplo propuesto por el mismo autor, la proposición del «interrogatorio del director de una aseguradora de responsabilidad civil demandada, cuando el único *thema probandi* sea como se produjo el accidente»” (p.550).

El mismo tratadista, al respecto del medio probatorio pericial indica:

“El juicio de pertinencia de la prueba pericial viene conformado por un triple parámetro, que siguiendo a Serra Domínguez, lo constituyen: 1º) Que los extremos del dictamen pericial sean de carácter técnico; 2º) Que los extremos del dictamen guarden relación con los hechos controvertidos; 3º) Que los extremos del dictamen no hayan sido admitidos por las partes. El primero -carácter técnico- constituye un parámetro específico de la prueba pericial (...) mientras el segundo -pertinencia- y el tercero -ausencia de conformidad- constituyen criterios generales de admisión de la prueba” (p.660).

Criterio que no es absoluto, tomando en consideración que “el juicio de pertinencia variará en función que se trate de una pericial de parte o de asignación judicial” (Abel, p.661).

#### **2.2.4.4.1.3. Desplazamiento de la admisibilidad sobre la prueba testimonial**

Xavier Abel distingue que existe dos etapas en las que la admisibilidad de la prueba testimonial -tanto en declaración de parte como de testigos-, la primera es la fase de admisibilidad y la segunda, al respecto del tipo específico de preguntas “pertinentes” que se deben efectuar al rendir su testimonio. Por lo que manifiesta:

“En realidad el juicio de pertinencia sobre el interrogatorio de las partes se ha desplazado al juicio de pertinencia sobre las concretas preguntas del interrogatorio, debiendo velar el juez porque las preguntas se formulen con observancia de los requisitos [sobre los tipos de preguntas posibles]” (p.550).

#### **2.2.4.4.2. Utilidad**

El parámetro de utilidad pese a ser enunciado dentro del Art. 160 del COGEP, no es expresamente definido dentro del código procesal.

Sobre el mismo, Xavier Abel Lluch considera que:

“Por utilidad entendemos la idoneidad del medio de prueba para acreditar el hecho controvertido (...) considerándose inútiles «aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos».

Deben inadmitirse, por inútiles, aquellas pruebas por medio de las cuales aparece como imposible o irrazonable probar aquello que se intente. Más precisamente -y en términos de De la Oliva Santos- la prueba inútil es aquella que por existir una manifiesta inadecuación de medio a fin se puede, razonablemente, conjeturar que no alcanzará el resultado apetecido. La inutilidad, por tanto, viene referida no tanto al hecho que se pretende probar, cuanto al medio con que se pretende alcanzar la prueba y guarda estrecha relación con el fin de la prueba” (p. 283-284).

Citando para tal efecto, un “ejemplo, cuando se propone una prueba de reconocimiento judicial para acreditar la calidad de los materiales usados en la construcción de un edificio y su correspondencia con el proyecto de la obra o el valor de la joya” (Abel, p.284).

Es por lo expuesto, que Montero Aroca confirma que “la utilidad atiende fundamentalmente al medio en sí mismo considerado” (p.165), añadiendo, que la inutilidad podría deberse a dos circunstancias:

“1.º) Cuando el medio probatorio no es adecuado para verificar con él las afirmaciones de hecho que pretenden ser probadas por la partes, esto es, cuando el medio es inadecuado respecto del fin que se persigue (...) si se propone la prueba testifical para que una persona sin cualificación técnica emita un juicio y no una mera declaración de conocimiento (...) [y]

2.º) Cuando el medio de prueba propuesto es superfluo, bien porque se han propuesto dos pruebas periciales con el mismo fin (...) (una pericia de arquitecto y otra de ingeniero siendo el objeto a reconocer el mismo y con el mismo fin), bien porque el medio de prueba ya se había practicado antes” (p.166).

Sobre la primera circunstancia vale indicar que la inadecuación del medio probatorio, podría deberse a que la ley determina que un hecho puede probarse con cualquier medio probatorio menos uno en específico, o viceversa, que para un hecho concreto la ley prevé la utilización únicamente de un medio probatorio particular, descartando los demás.

En lo que respecta a la segunda circunstancia -y tal como se dejó expresado en el apartado de prejudicialidad en la etapa de admisibilidad- nace una dicotomía de consideraciones entre lo propuesto por Montero Aroca y Lessona, ya que para el primero la proposición de dos medios contrarios entre sí ofertados por la misma parte procesal, convierte contundentemente a uno de los dos en inútil, mientras que para Lessona, existen circunstancias procesales en las que dos o más medios probatorios pueden ser indirectamente contradictorios por seguir una estrategia procesal de defensa -más común en demandados que en actores-.

Para contextualización de lo manifestado Lessona presente el siguiente ejemplo:

“El actor pide al demandado una suma; el demandado en vía principal opone que no debe nada; y en vía subordinada o subsidiariamente opone que debe menos de lo pedido.

Duce un interrogatorio para probar la conclusión principal y un acto pericial para probar la subordinada.

Evidentemente es justo no admitir simultáneamente los dos medios de prueba.

Si el primero tiene éxito, el segundo es inútil; añádase que el primero es de pronta y económica terminación, mientras el segundo es de larga indagación y costoso (...)

(Lessona, p.113).

Caso hipotético, frente al que Lessona considera -antes de presentar el ejemplo, afirma- que en esta “nada impide la admisión simultánea de los dos medios de prueba” (p.112), debido a formar parte de una estrategia de defensa debidamente justificada desde el inicio de la composición del litigio, mediante su exposición claramente configurada en el acto de proposición, y no ser el resultado de una contradicción jurídicamente ilógica, una “acumulación” inútil de medios probatorios.

#### **2.2.4.4.2.1. Inutilidad y el principio de ineficacia probatoria**

Debe resaltarse además, que la falta de cumplimiento de este criterio de admisibilidad produce un efecto de ineficacia probatoria debido a que, al no ser considerado por parte del defensor técnico el medio legalmente idóneo, éste carece de la aptitud para producir

convencimiento judicial, como por ejemplo “si el actor o el demandado quisieran llevar al juicio, como prueba, las declaraciones de testigos que han depuesto ante un escribano o por medio de cartas, tales pruebas así obtenidas serían, en principio, ineficaces, en razón de la prescindencia del mediador necesario que es el juez” (Couture, p.206) e inclusive no siendo posible el ejercicio de contradicción por la contraparte, hecho al que podría hacerse extensivo lo dispuesto por el cuarto inciso del Art. 160 del COGEP: “Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir”, ya sea para presentar una objeción dentro de la fase de admisibilidad, o por lo menos, una vez practicado el medio, cuestionar su grado de fiabilidad, al ser un medio que no tuvo la oportunidad de ser contrastado mediante el ejercicio de un contrainterrogatorio y sin presencia del juzgador.

#### **2.2.4.4.2.2. Utilidad vs. voluminosa cantidad de prueba testimonial**

Frente a un requerimiento de declaración testimonial de una considerable cantidad de personas, que superado cierto número den presunción a una acumulación inútil de medios probatorios, Xavier Abel Lluch indica:

“O en el supuesto que figuren como actores y demandados una pluralidad de sujetos. De manera ilustrativa, Montero Aroca cita la SAP Murcia de 16 de junio de 2003 en la que la parte demandada propuso el interrogatorio de los 172 actores y el Juzgado admitió el interrogatorio de doce al azar, y concluye que si bien el legislador no limita el número de partes que pueden declarar como parte interrogada, parece razonable inadmitir, por inútil, la declaración de todos los demandantes «si son unos mismos hechos lo que les afectan a todos, sin que existan los propios de cada uno de ellos»” (p.551).

Así también, en lo que respecta a la oferta probatoria de testimonio en un gran número de testigos, desde la legislación española, Xavier Abel indica:

“Un supuesto particular es el relativo a si cabe limitar la admisión del número de testigos propuestos (...) [la ley procesal] no constriñe el número de testigos a proponer, sino efectúa una imputación en los gastos de manera que la declaración de más de tres testigos por cada hecho discutido deberá ser abonada por la parte proponente.

Desde el punto de vista teórico la limitación del número de testigos no opera en el momento del juicio de admisión, sino durante la práctica de la prueba, y una vez el juez se considera ilustrado sobre un hecho controvertido” (p.608).

#### **2.2.4.4.2.3. La utilidad y la Inspección Judicial**

Al respecto de la inspección judicial Abel Lluch manifiesta que existe un riesgo judicial sobre su valoración de pertinencia desde la experiencia jurídica española, “refleja gráficamente esta situación Díaz Fuentes al afirmar que «la Justicia se enclaustró en la oficina judicial, perdiendo la aspiración de conocer la realidad exterior por sí misma»” (p.1047).

Por lo que añade el referido doctrinario, que la admisibilidad de este tipo de medios gravita en el parámetro de su utilidad:

“«La reflexión de fondo, sobre todo para el tribunal, es de tipo profesional: en qué medida el medio supletorio es suficiente para formar su convicción y en qué medida el medio supletorio es suficiente para forma su convicción y en qué medida es proporcionado el esfuerzo que supone la realización fuera de la sede del tribunal». Existe, por tanto, un doble factor de ponderación en orden de admisibilidad del reconocimiento: por una parte, que los medios de prueba supletorios, esto es, los ya aportados a las actuaciones - testimonios notariales, etc. Suministren al juez los datos probatorios suficientes, y por otra parte, que el coste temporal del desplazamiento fuera del juzgado se encuentre «justificado»” (p.1049).

#### **2.2.4.4.2.4. Cuarto Parámetro Jerárquico de verificación**

Una vez que el juzgador se ha preguntado si cada medio probatorio:

- 1) ¿Es lítico?
- 2) ¿Es pertinente?
- 3) ¿Es oportuno y disponible?

Debe identificar si existe utilidad en el medio probatorio anunciado por el ofertante, orden que se justifica debido a que es necesario primero analizar posibles violaciones constitucionales (licitud), segundo analizar la relación del hecho que se pretende demostrar con el medio probatorio y el objeto de controversia (pertinencia), tercero si el medio cumple las disposiciones legales para ser anunciado legalmente, y por finalmente si el medio es útil para comprobar el hecho alegado<sup>5</sup>.

#### **2.2.4.4.3. Conducencia**

El Art. 161 del COGEP define: “La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso”.

Previo a exponer los criterios doctrinales acerca de este parámetro, es necesario precisar que el mismo no es considerado dentro de algunas legislaciones y por alguna parte de la doctrina de admisibilidad probatoria, y en aquellos doctrinarios que sí han estudiado su concepción, no se ha verificado consensos que lo distingan del parámetro de utilidad, ya que en muchos casos se los relaciona -existiendo otros casos en los que se relaciona la conducencia con el parámetro de pertinencia-.

Para muestra de ello -y sobre quien usualmente recae la comprensión de la conducencia-, se expone una contextualización de lo manifestado por Devis Echandía a este respecto, así como el vínculo que estima, existe entre los criterios de conducencia y utilidad:

“Cuando la ley procesal no contemple expresamente el requisito de la utilidad de la prueba, como sucede en muchos códigos de procedimiento, será necesario ampliar el concepto de conducencia para incluir en este los casos que ahora comentamos, pero entonces se tratará de una inconducencia relativa muy difícil de apreciar en el momento de resolver sobre la admisión, que, por tanto, será más bien, requisito para su eficacia y

---

<sup>5</sup> Dentro de este esquema jerárquico no se considera el parámetro de conducencia por dos razones: la primera, doctrinariamente su comprensión está usualmente asemejada al parámetro de utilidad y en otros casos con el de pertinencia, y la segunda, porque el COGEP alejándose de la definición doctrinaria, parecería definir como “conducencia” a la pertinencia, tal como se expondrá posteriormente.

debe postergarse su examen para la sentencia o el auto que falle el incidente” (2002, p.322).

Continúa Devis Echandía (2002) indicando que:

“La conducencia de la prueba es requisito intrínseco para su admisibilidad; debe ser examinada por el juez cuando vaya a resolver sobre las pedidas por las partes o las que oficiosamente puede decretar, y persigue un doble fin: a) evitar un gasto inútil de tiempo, trabajo y dinero, pues la inconducencia significa que el medio que quiere utilizarse es ineficaz para demostrar, así sea en concurrencia con otros, el hecho a que se refiere; b) proteger la seriedad de la prueba, en consideración a la función de interés público que desempeña, evitando que se entorpezca y dificulte la actividad probatoria con medios que de antemano se sabe que no prestarán servicio alguno al proceso (...)” (p.321).

La doble finalidad del parámetro de conducencia, indica que este criterio pretende evitar un gasto “inútil” que “entorpezca” la actividad probatoria, y expone una consideración ya tratada dentro de la percepción del parámetro de utilidad -el medio es inútil frente a los hechos que busca demostrar-. Inclusive, dentro del desarrollo que el referido doctrinario posteriormente realiza sobre el criterio de utilidad, bajo el título “el requisito de la utilidad de la prueba” manifiesta:

“Significa este requisito que la prueba debe ser útil desde el punto de vista procesal, es decir, que *debe prestar algún servicio, ser necesaria o, por lo menos, conveniente* para ayudar a obtener la convicción del juez respecto de los hechos principales o accesorios sobre los cuales se basa la pretensión contenciosa (...) En un sentido general puede decirse que la prueba inconducente o no pertinente es inútil, puesto que ningún servicio puede prestarle al proceso” (2002, p.331).

Referencia desde la que se considera dos aspectos: por un lado, en el texto citado el doctrinario describe la utilidad, y en el anterior a éste trata la conducencia, ambas citas coinciden en remarcar la esencia necesariamente “útil” de los medios probatorios anunciados, pese a que en el primero se trata sobre la conducencia y en el segundo sobre la utilidad; por lo que ambas definiciones persiguen un fin similar. Y, por otro lado, al final de la última cita expuesta, se percibe que se está mezclando inexactamente los parámetros de utilidad, pertinencia y conducencia, ya que -a consideración propia- Devis

Echandía probablemente estaría identificando de forma imprecisa a la inconducencia, impertinencia e inutilidad como deficiencias probatorias de igual esencia, cuando su intención podría ser, hacer una referencia a que los tres defectos de admisibilidad referidos son circunstancias productoras de ineficacia probatoria, esto es, no prestan “ningún servicio al proceso”.

En lo que respecta a la definición de este parámetro, Devis Echandía al diferenciarla de la pertinencia, considera:

“La conducencia se refiere a la aptitud legal de la prueba respecto del medio mismo o en relación con el hecho por probar (...) la pertinencia o relevancia, en cambio, contempla la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio” (p.324).

Dentro de esta definición Devis Echandía destaca que este parámetro gravita alrededor de una condición establecida por la ley, o sea, una “aptitud legal” -al estudiar este criterio el doctrinario indica que cuando no se cumple existe “ineptitud” legal-.

Es decir, la conducencia debe entenderse como aquella capacidad otorgada por la ley hacia la concepción abstracta de la prueba -ya que en su definición identifica y distingue por un lado a “prueba” y por otro a “medio”-, respecto de:

- El medio probatorio; o también,
- Con el hecho por probar.

En sí, existe conducencia si la prueba -entendida como actividad verificadora- ha sido declarada “apta” por la ley para ser ejercida por un medio específico, o en el segundo caso, si la prueba es asimilada “apta” legalmente sobre un hecho específico.

Desde el sentido inverso: no prohibición de demostrar un hecho con un medio específico (en particular percepción, se enmarcaría dentro del criterio de utilidad), e inexistente prohibición de probar un hecho particular (en discrecional consideración, se enmarcaría dentro del criterio de pertinencia).

Ahora bien, dentro de las consideraciones nacionales sobre este criterio de admisibilidad, Johnny Palacios (2017) expresa:

“Las pruebas procedentes o conducentes son las pruebas aptas jurídicamente para producir la convicción en el juez sobre el hecho de que tratan. Ello implica que la ley autorice expresa o tácitamente y que no exista norma alguna que excluya su valor probatorio en cuanto al hecho a que se refieren. Improcedente e inconducente, son aquellas prohibidas en forma expresa o tácita por el ordenamiento jurídico, son legalmente ineptas para acreditar un hecho (...) la diferencia entre las pruebas procedentes (...) [es que] son una determinación de derecho” (p.477).

Al respecto del tema tratado, Guarderas, Cañas & Hernández (2016) manifiestan que:

“La conducencia es la aptitud del contenido intrínseco y particular del medio probatorio para demostrar los hechos que se alegan en cada caso, es decir, un medio de prueba puede ser pertinente pero no siempre conducente. Como la propia palabra lo dice, su práctica debe conducir al juzgador a encontrar una resolución a la controversia. Algunos autores identifican a la conducencia con la idoneidad de la prueba, lo cual trataremos más adelante. Un ejemplo de medio de prueba pertinente y conducente para la demostración de la existencia del crédito en un procedimiento ejecutivo es el título ejecutivo. En cambio, si se ha alegado falsedad de título por falsificación de firma, la declaración de testigos para demostrarla, es pertinente pero no conducente.

(...) algunos doctrinarios asemejan la idoneidad a la conducencia, indicando que es la aptitud de un medio de prueba para comprobar un determinado hecho de acuerdo con la ley” (69-70).

Por otro lado, Rubén Morán Samaniego (2016) indica que:

“La prueba conducente es la que por su naturaleza se adecua de forma cierta, evidente, categórica, en el ámbito de el o los hechos materia de la controversia; con ello se garantiza de mejor manera la búsqueda y el logro de la verdad procesal; por ejemplo demostrar el estado físico de una persona, la prueba conducente sin duda los exámenes médicos; lo contrario, prueba inconducente, es aquella con la que pretendemos demostrar un hecho, pero con un medio cuya naturaleza no se adecua a la situación del hecho, demostrar el estado físico del individuo con testigos por ejemplo” (p.269).

Sobre la misma temática, Jorge Luis Mazón señala:

“Conducencia viene de conducente, que significa ‘que conduce a un lugar, a un resultado o a una solución’. Aplicado a la actividad probatoria decimos que un medio probatorio es conducente, cuando nos lleva o conduce a probar, efectivamente, los hechos controvertidos; cuando, *por sí mismo*, sirve para demostrar alguno de los hechos que se discuten en el caso. Adicionalmente hay que señalar que, cuando hablamos de la conducencia de un medio probatorio nos estamos refiriendo a la idoneidad legal que tiene ese medio para demostrar un hecho determinado en el proceso. Esa idoneidad, supone que no exista una norma legal que prohíba el empleo del medio para demostrar un hecho determinado. La conducencia, ha señalado Parra Quijano, ‘es una comparación entre el medio probatorio y la ley’ a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio” (p.108-109).

Y para referencia de lo indicado Jorge Luis Mazón expone el siguiente ejemplo:

“No es conducente, por ejemplo, intentar probar la propiedad de un inmueble privado con el testimonio de un testigo, cuando la misma ley civil ecuatoriana establece que debe hacerse con el certificado de gravámenes del Registro de la Propiedad; o intentar probar la filiación de una persona con la cédula de identidad expedida por el Registro Civil, cuando hay norma expresa que señala que deberá hacerse con la partida de nacimiento, o establecer quién es el padre biológico de una persona por pruebas de testigos, cuando el medio probatorio idóneo en estos casos es la prueba de ADN” (p.109).

Como se puede apreciar, las concepciones doctrinales sobre este parámetro de admisibilidad a nivel nacional no son concordantes entre sí, pues disienten unas de otras, pero se estima que la consideración de Jorge Luis Mazón es la más clara, ya que se comprende que el parámetro de conducencia examina si un medio probatorio específico está o no prohibido legalmente para comprobar un hecho particular, esto es, si el medio cuenta o no con idoneidad legal.

Sin embargo, cabe plantear la interrogante: ¿tal regulación podría considerarse como un componente del criterio de utilidad? Debido a que, si la ley dispone que un hecho debe probarse con un medio específico, o viceversa, que debe probarse con cualquier medio menos uno en particular, esto produciría que tal medio probatorio sea inútil, debido a que

“la prueba inútil es aquella que por existir una manifiesta inadecuación de medio a fin se puede, razonablemente, conjeturar que no alcanzará el resultado apetecido” (De la Oliva Santos citado por Abel, p.283).

Para finalizar, y luego de haber presentado todo el desarrollo doctrinario descrito sobre este parámetro, se considera necesario contrastarlo con el primer inciso del Art. 161 del COGEP que expresa:

“La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso.”

Definición que a diferencia de lo propuesto por Devis Echandía:

- No refiere a una “aptitud legal”, sino a una “aptitud del contenido intrínseco y particular” de la prueba; y,
- No distingue entre prueba y medio, inclusive no mencionando este último.

Definición que a consideración propia, se aleja del desarrollo doctrinario efectuado por Devis Echandía, debido a que, por un lado, guarda mucha relación con la concepción de pertinencia, y por otro, corre el riesgo de insinuar un proceso de valoración probatoria, ya que, ¿en qué momento se puede conocer el “contenido” intrínseco y particular de la prueba testimonial, documental y demás, sino en su práctica?

#### **2.2.4.4.4. Oportunidad y Disponibilidad**

Se considera que los casos a especificar en estos parámetros, pese a no estar determinados en el Art. 160 del COGEP, son objeto de regulación dentro de la etapa de admisibilidad de medios probatorios.

Por un lado, el parámetro de disponibilidad que pretende examinar si existe motivo fundamentado a las peticiones realizadas por las partes procesales de acceso judicial a la prueba, conforme lo establecen los numerales 7 y 8 del Art. 142 del COGEP, esto es, si

la parte procesal requiere justificadamente la intervención del órgano judicial para acceder a la obtención de un medio probatorio desde su fuente.

Y por otro lado, el parámetro de oportunidad que busca si la proposición de hechos y medios probatorios cumplieron los criterios de tiempo y forma contemplados por el COGEP para ser admitidos, todo ello de la mano del principio de preclusión.

Por lo expuesto, es razón de inadmisión de medios probatorios bajo el parámetro de oportunidad cuando se:

- Pretendan probar hechos que no fueron alegados por las partes procesales;
- Pretendan demostrar hechos que pese a haber sido alegados, lo fueron de manera extemporánea, como lo es la reforma a los actos de proposición con el fin de incluir hechos nuevos, fuera de los tiempos legalmente previstos;
- No cumplan los requisitos para ser considerados como nueva prueba o prueba nueva;
- Pretendan ser anunciados por el demandado, cuando el mismo no contestó a la demanda o lo hizo extemporáneamente, y se constituyó en rebelde;
- No hayan sido ofertados dentro de los actos de proposición;
- Hayan sido anunciados en el acto de proposición, pero no se hayan acompañado al mismo;
- Hayan sido anunciados en los actos de proposición, pero no lo hayan sido oralmente en audiencia; y,
- Requieran auxilio judicial, siendo prueba disponible.

Todo ello debido a que, el medio probatorio recaería en inoportuno, al incumplir disposiciones reguladoras de la actividad probatoria.

#### **2.2.4.4.1. Tercer Parámetro Jerárquico de verificación**

Este parámetro sería el que jerárquicamente está ubicado en el tercer nivel, debido a que si un medio no fue oportuno o si era disponible y se lo está requiriendo erróneamente

mediante acceso judicial, no sería necesario apreciar su utilidad, sino que bastaría con que no se supere este parámetro.

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA Y ANÁLISIS DE RESULTADOS**

#### **3.1. Metodología**

##### **3.1.1. Nivel de estudio**

Dentro de la investigación se utilizará el tipo de estudio descriptivo, debido a que se busca detallar y describir la regulación jurídica establecida por el COGEP al juicio de admisibilidad de medios probatorios.

##### **3.1.2. Modalidad de investigación**

La modalidad de investigación es cualitativa porque está encaminada a establecer las características generales del fenómeno a estudiar, en este caso los parámetros de admisibilidad de medios probatorios.

Es necesario señalar que el tema a estudiar requiere un enfoque cualitativo, no sólo porque queremos conocer cómo dirigen los juzgadores esta etapa procesal mediante el análisis de la muestra, sino porque no existe una base de datos fiable para realizar análisis cuantitativos, debido a que la normativa procesal contempla que los autos interlocutorios que deciden la admisibilidad de los medios probatorios, se comunican verbalmente, circunstancia por la que la motivación de la decisión se emite oralmente sin una reducción a escrito, hecho por el que el único medio posible para verificar las consideraciones por las que se inadmitieron medios probatorios, es mediante la grabación del CD que reposa dentro de cada expediente judicial.

Las principales técnicas a utilizarse en esta investigación son la revisión documental, tanto bibliografía, como actas de la Asamblea Nacional sobre el proyecto de Ley del COGEP, y las grabaciones de audio de las audiencias preliminares en las que se han emitido los autos interlocutorios de admisibilidad de medios probatorios que se ha tomado como muestra.

##### **3.1.3. Método**

El método a utilizarse es el Hipotético – Deductivo, debido a que se parte de una deducción lógica que se aplica a una hipótesis inicial, con la finalidad de obtener predicciones que serán sometidas a verificación posterior, método que a su vez permitirá inferir conclusiones y verificar nuevas hipótesis de trabajo.

#### **3.1.4. Población y muestra**

Al tratarse de una investigación cualitativa la muestra no es probabilística, sino que está construida a partir de criterios de conveniencia, es decir, de accesibilidad a la información, toda vez que como muestra se optó por los autos interlocutorios de admisibilidad en los juicios de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio (en adelante PEAD) debido a que, al ser juicios declarativos de derechos, la oferta probatoria es más numerosa que en otro tipo de acciones, y debía llevarse a cabo la etapa de admisibilidad, aun mediando allanamiento de la parte accionada.

Para acceder a los autos interlocutorios primero solicitamos al Consejo de la Judicatura la base de datos sobre los procesos de PEAD cuya audiencia preliminar se desarrolló en el año 2018.

La accesibilidad a los autos objetos de estudio se vio limitada, debido a que en principio y en consideración al inciso final del numeral 8 del Art. 294 del COGEP, se revisaron las actas de las audiencias preliminares, no constando las razones de inadmisión de medios probatorios, sino hallando usualmente una lista de medios con el señalamiento de cuáles fueron admitidos y cuáles no, encontrándose con referencias como: “se aceptó parcialmente” o “pruebas inadmitidas”.

Motivo por el que fue necesario requerir el acceso a las grabaciones de las audiencias preliminares, siendo posible el acceso a 9 casos y ello dentro del Complejo Judicial Norte. De los 9 procesos, se pudo acceder a 8, debido a que en uno de ellos se había interpuesto recurso de casación y en el archivo solo se encontraban copias certificadas.

Una vez obtenidas las grabaciones de los 8 procesos, se presentaron los siguientes inconvenientes:

- En uno de los procesos existía el CD, pero el mismo no tenía grabación alguna; y,
- En otro, la grabación tenía una duración de 50 minutos, pero no existía audio a partir del minuto 12, tiempo en el que aún no se desarrollaba el juicio de admisibilidad.
- Y finalmente, uno cuya grabación estaba entrecortada desde el inicio hasta el final; sin embargo, en este caso sí fue posible analizar la muestra.

Revisados los 6 casos restantes se encontraron las siguientes particularidades:

#### **A) Primer caso**

Compareció a la audiencia preliminar la parte actora y no compareció la parte demandada, llegado el momento de la admisibilidad se requirió a la parte actora que anuncie y fundamente cada uno de los medios probatorios ofertados, luego de lo que la Autoridad Jurisdiccional emitió su auto interlocutorio de admisibilidad basándose en los parámetros de: conducencia, pertinencia, legalidad y constitucionalidad, no considerado el criterio de utilidad.

Se admitió casi la totalidad de medios probatorios ofertados por el actor, presentándose un cuestionamiento sobre la admisibilidad por la Autoridad Jurisdiccional en tres medios:

1. Copias simples de pago por servicio telefónico;
2. Oficio a una empresa telefónica a fin de que certifique que es propietario de una línea telefónica; e
3. Inspección Judicial no anunciada en el acto de proposición, pero requerida en audiencia fundamentando el Art. 168 del COGEP y la naturaleza de la PEAD.

La Autoridad Jurisdiccional decidió de la siguiente forma:

1. Las copias simples fueron inadmitidas bajo la justificación de que por no ser certificadas no prestan fe en juicio; no determinándose la disposición legal, ni tampoco el parámetro de admisibilidad por el que se rechaza;

2. El requerimiento de oficio a la empresa telefónica fue inadmitido, argumentándose que el hecho que se quería probar era impertinente y que las copias simples relacionadas con este hecho ya fueron inadmitidas; y,
3. Sobre la inspección judicial la Autoridad Jurisdiccional verificó que se había adjuntado un peritaje por lo que no era necesario sortear uno en el caso de admitirse la diligencia, y aceptando el argumento del accionante admitió la inspección judicial fundamentándose en el Art. 168 del COGEP y dada la naturaleza del proceso de PEAD.

### **B) Segundo caso**

Compareció a la audiencia preliminar la parte actora y no compareció la parte demandada, llegado el momento de la admisibilidad se requirió a la parte actora que anuncie y fundamente cada uno de los medios probatorios ofertados, luego de lo que la Autoridad Jurisdiccional emitió su auto interlocutorio de admisibilidad basándose en los parámetros de: utilidad, pertinencia y conducencia, no considerado el criterio de licitud.

Existieron tres medios probatorios ofertados que llamaron la atención:

1. El actor y quien constaba como propietario del bien inmueble objeto de prescripción, según las afirmaciones del accionante, no eran familiares, ni nunca se conocieron -el demandado falleció y la demanda fue propuesta a sus herederos-, sin embargo, se anunció la partida de defunción de esta persona.
2. El accionante anunció el testimonio de dos personas con el fin justificar que realizó todas las averiguaciones necesarias para dar con el paradero de los herederos del demandado.

El auto interlocutorio admitió la totalidad de medios probatorios ofertados por el actor.

### **C) Tercer caso**

Compareció a la audiencia preliminar la parte actora y no compareció la parte demandada, llegado el momento de la admisibilidad se requirió a la parte actora que anuncie y fundamente cada uno de los medios probatorios ofertados, luego de lo que la

Autoridad Jurisdiccional emitió su auto interlocutorio de admisibilidad basándose en los parámetros de: utilidad, pertinencia y conducencia, no considerado el criterio de licitud.

No existió ningún cuestionamiento sobre medio probatorio alguno, por lo que el auto interlocutorio admitió la totalidad de la oferta probatoria.

#### **D) Cuarto caso**

Compareció a la audiencia preliminar la parte actora, la parte demandada y el procurador del Municipio Metropolitano de Quito. Llegado el momento de la admisibilidad se requirió a la parte actora que anuncie y fundamente cada uno de los medios probatorios ofertados, la parte demandada no anunció ningún medio probatorio. Posteriormente la Autoridad Jurisdiccional emitió su auto interlocutorio no especificando parámetros de admisibilidad, sino fundamentándose en artículos con referencia a esta etapa (como Arts. 159, 160, entre otros del COGEP).

Los medios probatorios anunciados en audiencia por la parte actora fueron pocos, no se presentaron objeciones a los mismos por las partes procesales, pero sí lo hizo la Autoridad Jurisdiccional, quien cuestionó:

1. El certificado de gravámenes del bien inmueble objeto de controversia, debido a que en el acto de proposición no se lo determinó como anuncio probatorio, sino como un documento bajo la categoría de anexo;
2. A la defensa técnica de la parte actora, ya que una vez precluido el momento de anunciar sus medios probatorios de forma oral, requirió se considere declaraciones testimoniales no anunciadas, mismas que fueron rechazadas por no haber sido solicitadas en el tiempo pertinente;

Sobre lo demás, se admitió los restantes medios probatorios.

El procurador del Municipio Metropolitano de Quito anunció un oficio emitido sobre la condición del bien inmueble en el catastro de la municipalidad, que fue admitido y sobre el que no se presentó ningún reproche.

### **E) Quinto Caso**

Compareció a la audiencia preliminar la parte actora y el procurador del Municipio Metropolitano de Quito, no compareció la parte demandada. Llegado el momento de la admisibilidad se requirió a la parte actora que anuncie cada uno de los medios probatorios ofertados. Posteriormente realizó su anuncio el Procurador judicial del Municipio, quien ofertó dos oficios: el primero que fue anunciado oralmente con un número de oficio y fecha diferente al documento obrante de autos, y el segundo que fue anunciado, pero no fue aparejado al presentar el acto de proposición.

Posteriormente la Autoridad Jurisdiccional emitió su auto interlocutorio de admisibilidad basándose en los parámetros de: utilidad, pertinencia y conducencia, no considerado el criterio de licitud.

No existió ningún cuestionamiento sobre medio probatorio alguno de la parte actora, por lo que el auto interlocutorio admitió la totalidad de sus medios, sin embargo, sobre el ofertamiento del Municipio de Quito, admitió el primer oficio pese a ser anunciado con una descripción diferente a la que constaba en el expediente, y se inadmitió el segundo oficio debido a que no fue aparejado con el acto de proposición.

### **F) Sexto caso**

Compareció a la audiencia preliminar la parte actora y la parte demandada, llegado el momento de la admisibilidad se requirió a la parte actora y demandada que anuncie e indique por qué sus medios probatorios son útiles, conducentes y pertinentes, no considerado el criterio de licitud.

Se presentó una particularidad sobre el procedimiento: una vez terminado el anuncio probatorio de la parte actora se emitió inmediatamente la decisión de admisibilidad, que aceptó la práctica de la mayoría de oferta probatoria, inadmitiendo un medio probatorio consistente en copias certificadas alegadas como prueba nueva, debido a que no tenían relación con el objeto con la controversia, argumentándose que los parámetros para rechazarla eran por ser inútil, impertinente e inconducente -los tres a la vez-.

Luego de ello, la parte demandada anunció sus medios probatorios y realizó impugnaciones al anuncio de la parte actora -mismos que no fueron considerados pues ya se había decidido sobre la admisibilidad de aquellos-, y posteriormente sin concederse la palabra a la parte actora para que realice objeciones, se admitió los dos medios probatorios ofertados por la parte accionada.

### **3.1.5. Operacionalización de las variables**

Las variables con las que se analizará la muestra son las siguientes:

- Parámetros y procedimiento adoptados por el juzgador en la admisibilidad de la prueba; y,
- Aciertos y errores en la aplicación de los parámetros de admisibilidad en la muestra; aplicación del sistema de admisibilidad propuesto en la investigación.

## **3.2. Análisis de resultados**

### **3.2.1. Parámetros y procedimiento adoptados por el juzgador en la admisibilidad de la prueba**

Revisados los seis autos interlocutorios, encontramos que 4 casos fundamentaron su decisión bajo los parámetros de utilidad, pertinencia y conducencia -no considerando el criterio de licitud-; 1 se fundamentó en las disposiciones legales sobre admisibilidad en el COGEP -no identificando los parámetros específicos de su examen-; y el caso restante fundamentó su examen bajo los parámetros de conducencia, pertinencia, legalidad y constitucionalidad.

#### **A) Primer caso**

Sobre el primer caso, se aprecia que se utilizaron los criterios de conducencia, utilidad y dos parámetros no contemplados explícitamente por el COGEP: legalidad y constitucionalidad, dejando por fuera a la utilidad. No identificándose a qué se refiere el criterio de “legalidad” y quizá entendiéndose que el criterio de “constitucionalidad” alude a la licitud, dada la referencia de este criterio a la obtención de medios probatorios que no vulneren derechos constitucionales.

Sobre el procedimiento probatorio, la Autoridad Jurisdiccional requirió a la parte actora que anuncie y “fundamente” explícitamente las razones que justifican los medios probatorios ofertados.

#### **B) Segundo caso**

Sobre el segundo caso, se aprecia que se utilizaron los criterios de utilidad, pertinencia y conducencia, no considerado el criterio de licitud, mismo que sí era relevante en este caso.

Sobre el procedimiento probatorio, la Autoridad Jurisdiccional requirió a la parte actora que únicamente anuncie los medios probatorios ofertados, no solicitando justificación alguna.

#### **C) Tercer caso**

Sobre este caso, se aprecia que se utilizaron los criterios de utilidad, pertinencia y conducencia, no considerado el criterio de licitud.

Sobre el procedimiento probatorio, la Autoridad Jurisdiccional requirió a la parte actora que se limite a anunciar los medios probatorios ofertados, no solicitando justificación alguna.

#### **D) Cuarto caso**

Sobre este caso, se aprecia que no se les indicó a las partes procesales los parámetros de admisibilidad, sino más bien disposiciones relacionadas a los mismos, por lo que es el único caso de la muestra en el que se conjetura -sin certeza real- que la Autoridad Jurisdiccional abarcó todos los parámetros de admisibilidad.

Sobre el procedimiento, se evidenció que la Autoridad Jurisdiccional realizó dos cuestionamientos, el primero fue llevado a cabo de una manera un tanto informal, ya que no le concedió la palabra a la parte ofertante para que justifique el reproche recibido, sino

que pidió se acerque al expediente, y mantuvieron una breve discusión al respecto de la admisibilidad del medio. Sobre el segundo cuestionamiento, actuó de forma contundente y lo inadmitió de plano, debido a que evidenció en el momento procesal anterior, que la parte actora no anunció su prueba testimonial de forma oral.

#### **E) Quinto caso**

Sobre este caso, se aprecia que se utilizaron los criterios de utilidad, pertinencia y conducencia, no considerado el criterio de licitud.

Sobre el procedimiento probatorio, la Autoridad Jurisdiccional requirió a la parte actora que anuncie los medios probatorios ofertados, no solicitando justificación alguna.

#### **F) Sexto caso**

Sobre este caso, se aprecia que se utilizaron los criterios de utilidad, pertinencia y conducencia, no considerado el criterio de licitud.

Sobre el procedimiento probatorio, la Autoridad Jurisdiccional requirió a la parte actora que anuncie y fundamente (indique) por qué los medios probatorios ofertados son útiles, pertinentes y conducentes.

### **3.2.2. Aciertos y errores en la aplicación de los parámetros de admisibilidad en la muestra; aplicación del sistema de admisibilidad propuesto en la investigación.**

#### **A) Primer caso**

En este caso, la Autoridad Jurisdiccional emitió un cuestionamiento sobre tres medios de la oferta probatoria:

- Consideró que el primero por ser prueba documental en copias simples no hacía fe en juicio por lo que inadmitió el mismo, sin referencia a cuál de los parámetros le permitía inadmitirlo;
- Consideró al segundo como impertinente, por lo que lo inadmitió, y justificó que esa impertinencia se debía inclusive al rechazo del primer medio y su relación con éste; y,
- Admitió al tercer medio (inspección judicial) pese a que no fue anunciado, sino que la parte procesal solicitó al juez que oficiosamente lo requiera.

Al respecto del primer medio, se estima que la consideración judicial es acertada, pues no se podría admitir como medio idóneo a documentos en copias simples, sin embargo, la Autoridad Jurisdiccional no justificó adecuadamente su inadmisión, la que debió fundamentarse en el criterio de Utilidad, toda vez que en este caso es el medio probatorio el que no cumple con los requisitos legales para su admisión (Art. 194 del COGEP), por lo que deviene en inútil, pues aún si se practicara, no tendría eficacia probatoria.

Sobre la inadmisión del segundo medio, se considera que el juzgador erró en su apreciación, debido a que lo negó por impertinente, cuando los pagos de servicio telefónico -a consideración propia- sí eran pertinentes con el objeto de controversia, y más aún ligó la inadmisión con el rechazo al primer medio, el que fue inadmitido por una apreciación distinta a la pertinencia. Se considera que el parámetro adecuado debió ser aquel que proponemos y consideramos implícito en el COGEP: el criterio de Disponibilidad, debido a que si el actor era el titular de la línea telefónica, bien podía haber solicitado esta información por su propia iniciativa y acompañarla al acto de proposición, en vez de requerirlo mediante acceso judicial.

Y sobre el tercer cuestionamiento, es parte de la iniciativa judicial el estimar un medio probatorio oficiosamente, y así lo hizo la Autoridad Jurisdiccional, por lo que sobre el mismo no se aprecia transgresión a ningún parámetro.

## **B) Segundo caso**

En este caso, el actor presentó 3 medios probatorios (una prueba documental y dos testimoniales) que llamaron la atención:

Para contextualizar la apreciación de los medios probatorios, el actor demanda una PEAD en contra de los herederos de quien consta como propietario del bien inmueble en el certificado de gravámenes emitido por el Registro de la Propiedad, para cuyo efecto, previamente obtuvo la partida de defunción de esta persona. Además, para demostración de haber indagado de manera suficiente el paradero de los herederos (a parte de la citación mediante publicación por la prensa obrante de autos) ofertó dos testimonios.

Sobre el ofertamiento de la partida de defunción, es preciso distinguir que dentro de la audiencia no se justificó cuál fue el procedimiento para su obtención, por lo que si tal hecho no se constató, existe la presunción de haberse transgredido el parámetro de licitud, debido a que el actor y el titular del bien inmueble no tenían ningún vínculo filial, por el contrario el defensor técnico del actor en audiencia, manifestó que nunca se conocieron; entonces ¿cómo fue posible que obtuviera su partida de defunción? Si es información bajo reserva legal. Este suceso evidencia la necesidad de que los juzgadores consideren al parámetro de licitud dentro del juicio de admisibilidad.

Sobre las dos pruebas testimoniales, es preciso indicar que tales medios eran impertinentes, pues el ofertante deseaba justificar haber investigado adecuadamente el paradero de los herederos de quien consta como propietario del bien inmueble, hecho que no tiene relación alguna con el objeto de controversia, más aún si se consideraba que al iniciar la audiencia preliminar el Actuario de la causa indicó que los demandados fueron citados legalmente por la prensa.

Pese a todo ello, la decisión judicial fue admitirlos, cuyo efecto procesal fue la práctica de tres medios que carecían de eficacia probatoria.

Y al respecto del procedimiento dentro de la etapa de admisibilidad, la Autoridad Jurisdiccional, no impidió, ni permitió la justificación de los medios probatorios, por lo que el defensor técnico del actor se permitió anunciar los medios y también alegar sobre los mismos con su relación a los hechos controvertidos, es decir, justificando en todos, su pertinencia más que los demás parámetros de admisibilidad.

### **C) Tercer caso**

Sobre este caso, al respecto de la aplicación de los medios probatorios no existe ningún tipo de precisión, salvo que no se consideró al parámetro de licitud, que en este caso a diferencia del anterior no fue relevante. Y sobre el procedimiento tampoco existe mayor apreciación.

### **D) Cuarto caso**

En este caso, existió cuestionamiento judicial a medios documental y testimonial, el primero debido a que no fue anunciado en el apartado de “anuncio probatorio”, sino que se lo señaló en “anexos a la demanda”, por lo que la Autoridad Jurisdiccional consideró no cumplido legalmente el ofertamiento, e inadmitió el medio, no amparándose en ninguna disposición legal, ni algún parámetro de admisibilidad. Suceso que se enmarca dentro del parámetro de Oportunidad propuesto en la investigación, ya que oralmente se anunció un medio que no lo fue adecuadamente en el acto de proposición.

Así también la Autoridad Jurisdiccional inadmitió las declaraciones testimoniales por no ser anunciadas oralmente dentro de la etapa de admisibilidad, nuevamente sin dar una explicación concreta, suceso que también se enmarcaría bajo la regulación del parámetro de Oportunidad y en aplicación del principio de preclusión, pues el medio no fue anunciado dentro del momento procesal legalmente establecido.

Sobre el procedimiento adoptado por la Autoridad Jurisdiccional vale decir que generó un comportamiento procesal informal, al permitirse una breve discusión sobre la admisibilidad del primer medio inadmitido, cuando bien podía requerirle a la parte actora que justifique la admisibilidad ante el cuestionamiento recibido, evitando así la breve discusión que se generó y que interrumpió la audiencia por unos minutos.

### **E) Quinto caso**

En el presente caso se admitió la totalidad de los medios probatorios del actor, y se realizó cuestionamiento judicial sobre los anuncios del Municipio, al primer medio por contener un error entre las características de su descripción al anunciarlo de forma escrita

y oral con el documento en sí, en cuyo caso el medio fue admitido, y compartimos con la Autoridad Jurisdiccional, tal criterio, bajo el principio expuesto de *pro probatione*, pues ante una duda sobre la admisibilidad, se permitió el mismo con el fin de no restringir la actividad probatoria.

El segundo medio probatorio del Municipio fue inadmitido correctamente debido a que fue anunciado en el acto de proposición, pero no fue acompañado, sin embargo, la Autoridad Jurisdiccional no indicó cuál fue el parámetro por el que se tomó esta decisión, y tal suceso se enmarcaría bajo el parámetro de Oportunidad.

Sobre el procedimiento se evidenció que, dentro del cuestionamiento judicial a los medios probatorios del Municipio, se produjo cierta pérdida de formalidad, ya que nuevamente se presentó una breve discusión sobre los medios ofertados, cuando bastaba con que el ofertante justifique su anuncio, en vez de que el ofertante y la Autoridad Jurisdiccional revisen el expediente juntamente, pues tal acontecimiento produjo una suspensión temporánea de la audiencia.

#### **F) Sexto caso**

En este caso se rechazó una prueba nueva por considerarla impertinente, decisión que es acertada, pues el medio consistía en copias certificadas de un procedimiento entre las mismas partes de la relación jurídico procesal, que no guardaban relación ni directa ni indirecta con los hechos controvertidos, sin embargo, la Autoridad Jurisdiccional manifestó que tal impertinencia producía que el medio era inútil, impertinente e inconducente. Esta última consideración es errada, toda vez que se está entendiendo a los tres parámetros como similares, cuando la transgresión era sólo sobre un parámetro.

Sobre el procedimiento es necesario puntualizar que se vulneró el derecho de las partes procesales, debido a que la Autoridad Jurisdiccional una vez que la parte actora anunció sus medios inmediatamente decidió sobre la admisibilidad de los mismos, sin darle oportunidad al ofertante a justificar los medios cuestionados, ni a la contraparte a objetarlos -quien de hecho al tomar la palabra sí lo hizo-. Y lo mismo ocurrió en el sentido contrario, el demandado anunció sus medios, y sin que haya mediado oportunidad a

contradecir el ofertamiento por parte del accionante, la Autoridad Jurisdiccional decidió admitirlos.

Tal suceso contravino el procedimiento del “debate probatorio” de admisibilidad, ya que no se garantizó la contradicción de las partes procesales, y a su vez se emitieron dos autos interlocutorios de admisibilidad, uno para los medios de la parte actora y otro para los medios de la parte demandada.

## CONCLUSIONES

- Dentro de la muestra objeto de estudio, se verificó que la mayoría de los juzgadores no consideraron al parámetro de licitud, caracterizado indirectamente en los incisos tercero y cuarto del Art. 160 del COGEP. Ello se debe en gran medida, a la imprecisión del código procesal, que en la redacción del primer inciso del artículo antedicho, parece restringir la admisibilidad de medios probatorios, únicamente a los parámetros de utilidad, pertinencia y conducencia, cuando posteriormente caracteriza al parámetro de licitud, sin identificarlo expresamente, pero estableciendo que aquellos serán declarados improcedentes, o no tendrán eficacia probatoria. Parámetro que como se afirmó en la investigación, es el criterio más sensible en la actividad probatoria, ya que su incumplimiento, implica la violación de derechos constitucionales o legales en la obtención del medio probatorio desde su fuente.
- La muestra presentó casos en los que se inadmitieron medios probatorios por no haber sido anunciados conforme lo establece el COGEP: uno fue inadmitido debido a que no constaba en el anunciamiento probatorio del acto de proposición, sino en “anexos a la demanda” (defecto de forma en el acto de proposición), otro en el que el ofertante anunció el medio, pero no lo acompañó (defecto de forma en el acto de proposición) y otra en el que sí fue anunciado en el acto de proposición, pero la defensora técnica olvidó pedir su admisión en audiencia (defecto en el anunciamiento oral). Todos ellos eran medios inadmisibles, sin embargo, en su integralidad el Art. 160 del COGEP no brinda al juzgador un parámetro para inadmitirlos, pero es evidente que incumplen otras disposiciones reguladoras de la actividad probatoria. Es por ello que consideramos y proponemos la existencia del parámetro de Oportunidad, mismo en el que los tres casos encajan, criterio por el que se justifica su inadmisión, cuyo fundamento legal está repartido a lo largo de la regulación al desenvolvimiento de la actividad probatoria, que establece el COGEP.
- Existió un caso de la muestra en el que el ofertante requirió al juzgador, se oficie a una empresa particular a fin de que certifique que el solicitante es titular de una línea telefónica, medio que fue inadmitido erróneamente bajo el parámetro de

impertinencia, pero que en el fondo demuestra que el Art. 160 del COGEP, tampoco contempla la posibilidad de inadmitir medios probatorios que eran prueba disponible, y que en la etapa de admisibilidad deberían ser inadmitidos. Ante ello concluimos la necesidad de que se contemple la propuesta del parámetro de Disponibilidad dentro del juicio de admisibilidad de medios probatorios.

- Dentro de la descripción de los principios relacionados al juicio de admisibilidad, se propuso la utilización del principio *pro probatione*, mismo que fue utilizado implícitamente dentro de uno de los casos de la muestra, y que consideramos puede ser una herramienta importante para el juzgador, al presentarse una duda razonable sobre el cumplimiento o no de alguno de los parámetros de admisibilidad por parte de la oferta probatoria.
- En consideración al principio de economía procesal, creemos que es trascendental la propuesta de una aplicación jerarquizada de los parámetros de admisibilidad por parte del juez al examinar los medios probatorios, ya que economizaría el tiempo de duración del proceso, si considera a la oferta probatoria por etapas: primero su licitud, luego su pertinencia, posteriormente su oportunidad y disponibilidad, y finalmente su utilidad; ya que si algún medio no supera uno de los primeros parámetros, es en vano la consideración del cumplimiento de los criterios posteriores.
- El último inciso del numeral 8 del Art. 294 del COGEP, establece que la o el secretario elabora el extracto de la audiencia preliminar y debe recoger “las resoluciones de la o el juzgador”. Sin embargo, dentro de la muestra objeto de estudio se ha verificado que en las actas es poco común que consten las razones de inadmisión de un medio probatorio, sino que es más usual el detalle de una lista de los medios, señalando cuáles fueron admitidos y cuáles no, encontrándose con referencias como: “se aceptó parcialmente” o “pruebas inadmitidas”. Hecho que bien puede deberse a que el juzgador no identificó el motivo de la inadmisión o que el actuario no lo hizo constar.

Extracto que, al no contener el parámetro de admisibilidad incumplido, no serviría de base para que, en la sustanciación del recurso de apelación, el juzgador superior pueda resolver en consideración al acta, sino que deba necesariamente remitirse a la grabación de la audiencia preliminar. Por lo que se concluye que es necesario que las y los secretarios dentro del extracto hagan constar no sólo una lista de medios inadmitidos, sino el parámetro de admisibilidad quebrantado y la razón empleada por el juzgador, para inadmitir, declarar improcedentes o sin eficacia probatoria a los medios ofertados.

- Dentro de la muestra se constató que el procedimiento adoptado por los juzgadores sobre la etapa de admisibilidad se perfiló en dos líneas definidas: aquellos que permitían que las partes anuncien y justifiquen sus medios probatorios, y aquellos que requerían a las partes a que se limiten a anunciarlos.

Sostenemos que es indispensable que se debata doctrinariamente cuál debe ser la forma de regular este procedimiento, ya que ambas posturas se alinean a puntos extremos, debido a que, si se solicita la justificación de cada medio probatorio, esto implicaría que el ofertante, debería justificar por lo menos, los parámetros de licitud, pertinencia y utilidad, en cada uno de sus medios probatorios - procedimiento que asegura el derecho constitucional a la defensa, pero menoscaba el principio de economía procesal-. Y por otro lado, si el juzgador solicita que el ofertante se limite a anunciar los medios sin justificación alguna, pero permitiendo eso sí, las objeciones de la contraparte, se estaría vulnerando el derecho constitucional de defensa del ofertante, pues se le está privando de manifestar las razones para que sus medios sean considerados admisibles.

Por ello, proponemos que el procedimiento debe consistir en un anunciamiento de toda la oferta probatoria, que ante un reproche -sea por objeción de la contraparte o por cuestionamiento judicial-, provoque que -sólo en este evento- el ofertante justifique el medio probatorio; restringiendo tal justificación ya no a la totalidad de parámetros de admisibilidad, sino al parámetro específico reprochado por el juez o la contraparte; procedimiento que consideramos garantizaría el derecho constitucional de defensa, e iría de la mano con el principio de economía procesal,

asegurando realmente un “debate probatorio” de admisibilidad, como lo ha establece el COGEP.

- Los defensores técnicos en general, dentro de la fase de admisibilidad y ante el requerimiento de justificar los medios probatorios, usualmente argumentan la relación del hecho que pretende demostrar cada medio, con los hechos controvertidos, es decir, se limitan a justificar la pertinencia de la oferta probatoria, dejando inadvertidos los demás parámetros de admisibilidad<sup>6</sup>, justificación que comúnmente se efectiviza en un alegato de por qué el medio es pertinente.

---

<sup>6</sup> Una razón más para insistir en que el procedimiento no debería ser justificar cada medio con los cuatro parámetros de admisibilidad, sino anunciar todos los medios y justificar únicamente el medio reprochado, por objeción de la contraparte o cuestionamiento judicial.

## BIBLIOGRAFÍA

- 1) Abel, X. (2012). *Derecho Probatorio*. España: Bosch Editor.
- 2) Albán, F. (2016). *Estudio Sintético del Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Ediciones Opción.
- 3) Alsina, H. (1963). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal, Civil y Comercial*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: EDIAR.
- 4) Asamblea Nacional del Ecuador (2014). *Primer Informe de debate al pleno sobre el Proyecto de Código Orgánico General de Procesos*. Quito, Ecuador.
- 5) Asamblea Nacional del Ecuador (2015). *Acta 317-B de 26 de marzo de 2015*. Quito, Ecuador.
- 6) Asamblea Nacional del Ecuador (2015). *Primer Informe de debate al pleno sobre el Proyecto de Código Orgánico General de Procesos*. Quito, Ecuador.
- 7) Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo I, II y IV. 12a ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- 8) Couture, E. (2017). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de f.
- 9) Devis, H. (1984). *Teoría General del Proceso*. 3a ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad S.R.L.
- 10) Devis, H. (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I, 5a ed. Bogotá, Colombia: Temis.
- 11) García, R., Seoane, J. & Cruz, P. (coords.). (2018). *Código Orgánico General de Procesos Comentado*. Tomo II. Quito, Ecuador: Latitud Cero.
- 12) Gozaíni, O. (2002). *Elementos del Derecho Procesal Civil*. Recuperado de <http://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/08/Elementos-de-DPC-Ediar.pdf>
- 13) Guarderas, E., Cañas, M. & Hernández, R. (2016). *Manual Práctico y Analítico*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- 14) Guasp, J. (1968). *Derecho Procesal Civil*. (Vol. 1). 3a ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- 15) Guasp, J., & Alonso, P. A. (1968). *Derecho Procesal Civil* (Vol. 1). Recuperado de [https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/54788234/DerechoProcesalCivilcompleto.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DDerecho\\_Procesal\\_Civil\\_Derecho\\_Procesal.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/54788234/DerechoProcesalCivilcompleto.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DDerecho_Procesal_Civil_Derecho_Procesal.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-)

Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20191230%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4\_request&X-Amz-Date=20191230T113455Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=996431f6373a243396a8268962d6da575712200a02412e91ecb091eb14e53c43

- 16) Gutiérrez, P. (2018). *Código Orgánico General de Procesos Comentado: Actos de Proposición*. Tomo II. Quito, Ecuador: Latitud Cero.
- 17) Lessona, C. (2001). *Actos del Juez y Prueba Civil: Función del juez en la admisión de los medios de prueba*. Bogotá, Colombia: Editorial Jurídica Bolivariana.
- 18) Mazón, J. (2018). *Ensayos críticos sobre el COGEP*. 7a ed. Quito, Ecuador: Legal Group.
- 19) Mendonca D., y Ferrer J. (2002). *La prueba de los hechos: A modo de presentación*. Madrid: Trotta.
- 20) Montero, J. (2002). *La Prueba en el Proceso Civil*. Pamplona, España: Arazandi, SA.
- 21) Morán, R. (2016). *Derecho Procesal Civil Práctico y el Código Orgánico General de Procesos*. Ecuador: Murillo Editores.
- 22) Naula, A. (2015). *El Principio de Economía Procesal en la sustanciación de los procesos*. (Tesis de Maestría). Universidad Técnica Particular de Loja, Ecuador.
- 23) Palacios, J. (2017). *Generalidades del Código Orgánico General de Procesos*. 7a ed. Quito, Ecuador: Graficorp.
- 24) Picó, J. (2006). *Aspectos Prácticos de la prueba Civil: La Prueba Ilícita y su Control Judicial en el Proceso Civil*. España: J.M. BOSCH EDITOR.
- 25) Presidencia Constitucional de la República (2015). *Objeción Parcial al Código Orgánico General de Procesos*. Quito, Ecuador.
- 26) Ríos, Y. (2006). *Aspectos Prácticos de la prueba Civil: La Función Directiva del Juez en la Determinación de la Certeza de los hechos*. España: J.M. BOSCH EDITOR.
- 27) Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- 28) Uriarte, A. (2006). *Aspectos Prácticos de la prueba Civil: La Fijación de los Hechos controvertidos como Presupuesto del Juicio sobre la Admisión de los Medios de Prueba*. España: J.M. BOSCH EDITOR.
- 29) Villegas, L. (1995). *Papeles de Filosofía: Algunos Problemas de las Ciencias Reconstructivas*. España: Agora.