



**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**

**ESCUELA DE DERECHO**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**REFORMAS QUE DEBEN INTRODUCIRSE AL SISTEMA PROBATORIO**

**ESTABLECIDO EN EL COGEP.**

**TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS**

**TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.**

**DIRECTOR: DR. WILSON OLMEDO PIEDRA IGLESIAS**

**AUTORA: MARÍA ELENA CAMPOVERDE HIDALGO**

**CUENCA – ECUADOR**

**2020**

## **DEDICATORIA:**

A Dios por su amor y bondad eterna, pues es quien me ha dado la sabiduría, salud, fuerza y la pasión siempre en cada logro, sobre todo en mi carrera universitaria. Es mi compañía en esta meta y muchas más que vendrán por delante.

A mi familia, Juan y Elena, mis padres, pues han sido los pilares esenciales para el desarrollo de mi vida personal y mi carrera universitaria, su amor, dedicación, apoyo y esfuerzo se reflejan hoy y en el ejercicio de la profesión. A mis hermanas Caridad y Emilia, pues han sido y serán mi apoyo e inspiración en toda mi vida.

A ti Edison, por tu apoyo, amor y compañía constante en el transcurso de mi vida.

## **AGRADECIMIENTO:**

Agradezco a mi Director de tesis Dr. Wilson Olmedo Piedra Iglesias, pues ha sido y será siempre gran formador dentro de toda la carrera universitaria con su gran sabiduría ha transmitido sus conocimientos, paciencia y dedicación, brindándome su ayuda para el desarrollo de la tesis y la culminación de mi carrera para la obtención del título profesional de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador.

Gracias a la Universidad del Azuay y todos los docentes de la Facultad de Ciencias Jurídicas por su enseñanza jurídica.

<b>ÍNDICE:</b>	
<b>RESUMEN:</b> .....	5
<b>ABSTRACT:</b> .....	6
<b>INTRODUCCION:</b> .....	7
<b>CAPITULO I: MARCO TEÓRICO:</b> .....	8
<b>1.1 GENERALIDADES SOBRE LAS DEFINICIONES DE LA PRUEBA:</b> .....	8
<b>1.2 BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LAS PRUEBAS JUDICIALES:</b> .....	9
<b>1.3 LA PRUEBA JUDICIAL Y SU VALORACIÓN:</b> .....	12
<b>1.4 CONCEPCIONES DE LA PRUEBA:</b> .....	14
<b>1.5 SISTEMAS PROCESALES PROBATORIOS:</b> .....	15
<b>1.5.1 DEFINICIÓN:</b> .....	15
<b>1.5.2 CARACTERÍSTICAS:</b> .....	16
<b>1.5.3 TIPOS DE SISTEMAS PROBATORIOS:</b> .....	16
<b>1.6 CONCLUSIONES AL CAPÍTULO:</b> .....	18
<b>CAPÍTULO II ANÁLISIS JURÍDICO AL SISTEMA PROBATORIO ESTABLECIDO EN EL COGEP.</b> .....	20
<b>2.1 ACTOS DE PROPOSICIÓN:</b> .....	20
<b>2.1.1 DEMANDA</b> .....	20
<b>2.1.1.1 ACCIÓN:</b> .....	21
<b>2.1.1.2 PRETENSIÓN:</b> .....	24
<b>2.1.1 LA DEMANDA:</b> .....	25
<b>2.2 CONTESTACIÓN:</b> .....	29
<b>2.3 IMPORTANCIA DE LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN:</b> .....	31
<b>2.4 RECONVENCIÓN:</b> .....	33
<b>2.5 PRUEBA:</b> .....	35
<b>2.6 FINALIDAD DE LA PRUEBA:</b> .....	36
<b>2.7 OPORTUNIDAD</b> .....	37
<b>2.8 ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA:</b> .....	39
<b>2.9 CONDUCENCIA Y PERTINENCIA DE LA PRUEBA:</b> .....	42
<b>2.10 NECESIDAD DE LA PRUEBA:</b> .....	42
<b>2.11 HECHOS QUE NO REQUIEREN SER PROBADOS:</b> .....	43
<b>2.12 VALORACIÓN DE LA PRUEBA:</b> .....	46
<b>2.13 DERECHO DE CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA:</b> .....	48
<b>2.14 PRUEBA NUEVA:</b> .....	50

<b>2.15 PRUEBA EN EL EXTRANJERO:</b> .....	51
<b>2.16 PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER:</b> .....	51
<b>2.17 CARGA DE LA PRUEBA:</b> .....	53
<b>2.18 OBJECIONES:</b> .....	55
<b>2.19 UTILIZACIÓN DE PRUEBA:</b> .....	56
<b>2.20 PRESUNCIÓN JUDICIAL:</b> .....	57
<b>2.21 SANCIONES:</b> .....	58
<b>2.22 CONCLUSIONES AL CAPÍTULO:</b> .....	59
<b>CAPÍTULO III. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL AL SISTEMA PROBATORIO EN EL COGEP A FIN DE QUE SE GARANTICE EFECTIVAMENTE LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN EN UN PROCESO JUDICIAL NO PENAL.</b> .....	63
<b>3.1 LIBERTAD PROBATORIA Y SU OPORTUNIDAD:</b> .....	64
<b>3.1.1 LIBERTAD PROBATORIA COMO PRINCIPIO:</b> .....	64
<b>3.1.2 LIBERTAD PROBATORIA COMO DERECHO:</b> .....	66
<b>3.1.3 LIBERTAD PROBATORIA COMO GARANTÍA:</b> .....	67
<b>3.2 OPORTUNIDAD EN EL ANUNCIO DE LA PRUEBA:</b> .....	67
<b>3.3 PRUEBA NUEVA:</b> .....	74
<b>3.4 PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER:</b> .....	76
<b>CONCLUSIONES AL CAPÍTULO:</b> .....	78
<b>CONCLUSIONES GENERALES Y RECOMENDACIONES:</b> .....	79
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	83

## **RESUMEN:**

El presente trabajo de investigación realiza un análisis jurídico del sistema probatorio establecido en el Código Orgánico General de Procesos, de sus falencias, planteando una reforma legal para los legisladores que no redactaron con la debida probidad el texto de la ley, se generan algunos problemas que se detallan a continuación: En primer lugar, sólo se permite anunciar la prueba en los actos de proposición (demanda, contestación, reconvencción y en contestación a ésta), ocasionando falta de libertad probatoria. En segundo lugar, en el sistema probatorio establecido en el COGEP no existe un mecanismo que permita precautelar los derechos de protección de las partes procesales al momento de introducir prueba nueva. Por último, no existe un marco de discrecionalidad que impida al juez vulnerar los derechos de protección, cuando propone una “prueba para mejor resolver. Todo ello genera en la práctica violación de tutela judicial efectiva, debido proceso, seguridad jurídica.

## **ABSTRACT:**

This research work makes a legal analysis of the evidentiary system established in the General Organic Code of Processes, of its shortcomings, proposing a legal reform for the legislators who did not write with due probity the text of the law, some problems are detailed below: In the first place, it is only allowed to announce the proof in the acts of proposition (demand, answer, counterclaim and in answer to it), causing lack of probative freedom. Secondly, in the evidentiary system established in the COGEP there is no mechanism for the rights protection of parties to the proceedings to be safeguarded when introducing new evidence. Finally, there is no framework of discretion that prevents the judge from violating the rights of protection when he proposes evidence for better resolution. In practice, all of this generates a violation of effective judicial protection, due process, and legal security.



Translated by



María Elena Campoverde Hidalgo

## **INTRODUCCION:**

En el presente trabajo de titulación se podrá observar el arduo estudio e investigación doctrinaria, legal y constitucional sobre las falencias que incurre el Código Orgánico General de Procesos que entró en vigencia el 22 de mayo del 2015, respecto del sistema probatorio que manda el cuerpo normativo de carácter procesal con referencia a los derechos de protección que son: tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y debido proceso. Primeramente se realizará un estudio teórico sobre la prueba judicial, análisis histórico, valoración, sistemas probatorios, es decir, son las bases angulares para poder identificar las posibles falencias de la ley. En segundo lugar, se analizará el cuerpo normativo en su sección referente al sistema probatorio, la forma y el contenido de regulación. Y por último, la propuesta a la reforma legal ante lo que se encuentra establecido o regulado. Lo importante es que ante las problemáticas que incurre el mencionado cuerpo normativo se generen soluciones o recomendaciones propendiendo a que llegue a conocimiento de los legisladores ecuatorianos y puedan incorporar eventualmente la propuesta de reforma legal.



## **CAPITULO I: MARCO TEÓRICO:**

### **1.1 GENERALIDADES SOBRE LAS DEFINICIONES DE LA PRUEBA:**

La prueba implica una noción muy amplia de lo que se trata, no solo abarca el campo del Derecho, sino distintas ciencias del conocimiento humano. En la vida cotidiana surge a todo ser humano la necesidad de probar sus actos o los de otros, de convencerse de la realidad o de la verdad de algo. “La noción de prueba está presente, en todas las manifestaciones de la vida humana desde la antigüedad.” (ECHANDIA, 2012 EDICION VICTOR ZABALÍA). Sin la prueba que lleve a cabo a la demostración de los hechos controvertidos existiría arbitrariedad y consecuentemente vulneración de los derechos indispensables en el sistema probatorio que son los “derechos de protección” concretamente la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica.

En el ámbito jurídico que implica el desarrollo del presente trabajo de investigación, concretamente enmarcándose en el Derecho Procesal determina Silva Melero que: “La prueba procesal va más allá que la general se nos ofrece de un modo polifacético, que unas veces se relaciona con el tráfico jurídico general; otras, afectando al dominio de la lógica, al de la investigación en las diferentes ciencias, y adquiriendo particular relieve en las investigaciones sociales y humanas” (ECHANDIA, 2012 EDICION VICTOR ZABALÍA), es decir, involucra todos los ámbitos del conocimiento humano que son sometidos en una controversia.

Las definiciones que se generan sobre la prueba se distinguen en algunos aspectos: 1) La prueba cuando se conceptualiza referente a los “medios”, es decir, como aquellos instrumentos que se utilizan para llegar al convencimiento del juzgador sobre los hechos del litigio. 2) La prueba como la “actividad” para llegar al convencimiento anteriormente expuesto hace referencia aquellos actos que incumbe a las partes para demostrar los hechos. 3) La prueba como el “resultado” que se obtiene de la actividad probatoria ya sea ha logrado o no el convencimiento del juzgador y ello depende si se ha logrado verificar o demostrar las pretensiones.

Acalá Zamora determina que: “la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador de los hechos discutidos y discutibles cuyo esclarecimiento es necesario para la resolución del conflicto sometido al proceso. (FAVELA, 2013). Siendo así, la prueba tiene vital importancia en el mundo jurídico procesal porque sin ella los derechos subjetivos serían frente a las demás personas, al Estado, a las entidades públicas y privadas simples apariencias o expectativas que no tuvieran eficacia, como tampoco solidez alguna frente a su vulneración, cabe señalar un viejo adagio: “Tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo”.

La prueba como la demostración de los hechos dentro de un proceso judicial civil implica esa parte esencial o sustancial, así Carnelutti señala que: “El juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tiniebla, detrás de él el enigma del pasado, y al frente de él se encuentra el futuro y ese minúsculo cerco esta la prueba”. (ECHANDIA, 2012 EDICION VICTOR ZABALÍA; ECHANDIA, 2012 EDICION VICTOR ZABALÍA). Por ello se coinciden distintos criterios que mediante la administración de justicia debe tener todos los medios legales con la finalidad de que la sentencia o resolución en el caso que trate sea pegada a la verdad de los hechos sometidos a su conocimiento.

## **1.2 BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LAS PRUEBAS JUDICIALES:**

Remitiéndose a la historia de las pruebas judiciales se debe enmarcar cinco fases de la prueba judicial que señala un gran exponente del Derecho Procesal Civil, Devis Echandía:

- Primero en una fase primitiva que se refiere aquella sociedad en formación en donde existía un sistema procesal muy rudimentario, se trató de una fase étnica en donde no había un sistema probatorio judicial propiamente dicho.

Las cuatro últimas fases de evolución de los conceptos de prueba y de los sistemas probatorios judiciales se encuentran ligados a la historia europea, a partir de la caída del Imperio Romano con la quiebra de la civilización jurídica y social en donde por el tiempo de la historia hubo una mezcla de barbarie y fanatismo religioso que llevo a cabo absurdos procedimientos judiciales.

Cuando se habla de las pruebas judiciales de Grecia y Roma, se señala que en la segunda mitad del siglo XX de la era cristiana no fueron separadas las concepciones jurídicas sobre el régimen probatorio. Tuvieron cada una un gran desarrollo por ello hay que analizarlas por separado.

Respecto de Grecia pocas son las regulaciones, Aristóteles señaló que la prueba se refiere a una concepción lógica ajena de prejuicios de religión o de fanatismo; por otro lado, en cuanto a la forma predominó la oralidad en los procesos civiles como penales, se estableció el principio dispositivo en el cual las partes tienen la carga de la prueba y solo excepcionalmente el juez puede decretarlas y practicarlas de oficio, los medios de prueba principales fueron testimonio, documento y juramento. Hubo restricciones a las declaraciones de niños, mujeres y esclavos, y excepciones en ocasiones las mujeres voluntariamente y en el ámbito mercantil – comercial los esclavos comerciantes. La prueba documental fue de gran relevancia sobre todo en el ámbito mercantil al cual algunos documentos se les concedió mérito ejecutivo, y, se les dio valor pleno de prueba también a los libros de banqueros que se les conocía como personas honradas y dignas de crédito. El juramento por otro lado tomó importancia luego de la época clásica como referencia en la controversia. Hubo una crítica lógica y razonada de la prueba sin tarifa legal que determine el valor de la prueba. El avance de Grecia superó a Europa hasta el siglo XVI sobre la organización de la prueba judicial y su estructura.

Respecto a Roma que siguió la corriente de Grecia existe un importante principio Aristotélico que marca trascendencia en la prueba testimonial al determinar que existe la posibilidad de error en la percepción del mundo externo y por eso se limita el testimonio a lo que es directamente percibido por el testigo y la exclusión de conjeturas o deducciones.

En Roma se consideran tres etapas respecto de la prueba judicial:

- La fase del antiguo proceso romano: el juez era un árbitro, un funcionario privado, con absoluta libertad para valorar la prueba que aportan las partes, el testimonio fue la prueba más importante, luego se admitieron los documentos, juramento, reconocimiento personal por el juez. Aquí imperaba el sistema de libre apreciación de la prueba. En los tiempos de la República era el pueblo quien juzgaba reuniéndose en tribus, eran jueces

populares que resolvían las controversias de acuerdo su convicción. Aquí es la etapa formulario.

- Fase del procedimiento: aquí ya se marca la naturaleza publicística, el juez ya no es árbitro para representar al Estado en la administración de justicia, aquí los jueces tienen mayores facultades para interrogar las partes y determinar a cuál de ellas le correspondía la carga probatoria, pero hubo un retroceso en cuanto a la valoración de la prueba, aquí se introduce un sistema de tarifa legal para valorar la prueba pero con menos fuerza al implementado en Europa del siglo XVII al XIX en lo civil especialmente. En esta fase nacen presunciones juris, hay los mismos medios de prueba de la etapa formulario, restricciones a la prueba testimonial y valor a la documental, se termina la libre convicción. Si los testimonios antes se veía el grado de credibilidad, en esta etapa se cuentan los mismos.
- Fase de Justiniano aparecieron en el Corpus, aquí se sientan las bases de la Edad Media en el que se construyó la prueba a través del Derecho Canónico. Es un sistema mixto aquí existe regulación legal pero no se deja a lado la valoración del juzgador. Existen en esta etapa los mismos medios probatorios que antes pero se excluye de la mujer, imúber, perjuro, loco y delincuente. Se reconoce el principio de contradicción en el interrogatorio de las partes y al demandado eficaz defensa y posibilidad de excepcionarse.

En conclusión en el sistema greco – romano no existe lo que hubo en la fase étnica el misticismo el que creer que Dios interviene en los procesos y resuelve a favor del más débil, al contrario en este sistema greco-romano existen avances considerables para la actualidad.

Referente a la prueba existente en Europa luego del sistema greco – romano se distinguen algunas fases brevemente que expondrá:

- Fase primitiva: Con la caída del Imperio Romano hubo el dominio religioso, el cristianismo, institución denominada como Inquisición del Santo Oficio en donde se pasa del sistema acusatorio al inquisitivo, el considerar como determinante la confesión en el sistema legal penal. Se extiende en todo Europa el sistema de tarifa legal, se estableció la carga de la prueba en lo penal el acusado probar su inocencia, en lo civil que el actor debe probar el contenido de su demanda, se dio cabida adicionalmente a la

- prueba de peritos y a la inspección judicial, se dio pleno valor al documento público y privado, se acoge el principio que el juez debe juzgar de acuerdo a lo alegado y probado.
- Fase sentimental: También se conoce como convicción moral se origina con la Revolución Francesa que acogió las teorías de Montesquieu, se acoge las leyes de la libertad de apreciación, la íntima convicción para el proceso penal pero para el civil seguía la tarifa legal y esa corriente siguió América Latina. En la actualidad algunos países tienen el sistema de libre apreciación, otros el sistema de tarifa legal y otros mixtos.
  - Fase Científica: El proceso civil debe ser oral aunque con restricciones como la demanda, además se debe tomar en cuenta el principio de libre valoración de la prueba y tomando en cuenta reglas legales de las formalidades ad solemnitatem y las formalidades ad probationem. (HERNANDO, 2006)

### **1.3 LA PRUEBA JUDICIAL Y SU VALORACIÓN:**

Cuando hablamos de la prueba judicial se determina que es aquella que se desenvuelve en el ámbito procesal en este caso civil pero para poder entenderla se debe enfocar en la valoración de la misma con un criterio de racionalidad o también llamada en la doctrina como tradición racionalista que implica tres situaciones: 1. El objetivo de la actividad probatoria en un proceso judicial es la búsqueda de la verdad, 2. La aceptación del concepto de verdad, es decir, aquello que se encuentre probado en el proceso se le aplicara la norma y consecuencia jurídica, 3. El recurso de las metodologías y la epistemología en general que permiten acercarse la decisión adoptada corresponda a la verdad de los hechos.

Si bien se habla en el tema probatorio de que su actividad involucra la búsqueda de la verdad, esto plantea cierto problema pues se quisiera decir que todo enunciado probado corresponde a la verdad lo cual sería un tema eminentemente conceptual y falso no puede ser el criterio de la racionalidad en búsqueda de la verdad en la actividad probatoria una situación subjetiva, la búsqueda de la verdad corresponde a una situación procedimental, pues un enunciado para que sea verdadero tiene que tener los suficiente elementos de juicio a su favor constantes en el expediente judicial. Solo de esa manera puede existir una correspondencia entre lo probado y la verdad.

Se ha dicho que la verdad es la finalidad de la prueba entonces se plantea también que es la finalidad del proceso, respecto a ello se debe entender de manera correcta la relación entre “prueba y verdad” cuya discusión implican los “hechos o enunciados” y para ello se toma como base “los medios de prueba” que han sido desarrollados en el proceso para llegar a una resolución. Pero la relación anteriormente mencionada encuentra como punto de encuentro la búsqueda de la verdad.

Entonces, surge la inquietud ¿cuál es la forma racional de valorar la prueba judicial?, aquí señala el autor positivista Jordi Ferre que es la normativa indicando que: “La teoría no pretende describir cómo deciden los jueces sino indicar cómo deberían decidir si se quiere que sus decisiones sean racionales”. (BELTRÁN, 2007). Por otro lado, otro autor Rodrigo Vargas Ávila señala que el criterio racional de valoración de la prueba no se trata de ser deductiva o demostrativa, pues tales criterios deben motivar o justificar la resolución. (ÁVILA, 2011).

Si bien existen distintos criterios sobre cómo se debe valorar la prueba judicial para encontrar su objetivo que es la búsqueda de la verdad depende del sentido epistemológico como aquella ciencia encargada del estudio del conocimiento, si bien no existe una teoría del conocimiento que demuestre una sola verdad.

Con lo anteriormente mencionado entonces hay que determinar que existen dos criterios epistemológicos que determina el mismo autor Rodrigo Vargas:

1. Objetivista: deriva de esquemas del pensamiento o juicios de valor, es decir, implica el conocimiento del mundo, en el que existen dos criterios:
  - 1.1 La prueba legal o tasada que determina normas, reglas que delimitan al juez como debe ser probado un hecho, actividad objetiva controlable al juzgador.
  - 1.2 El principio de la libre valoración de la prueba que es independiente a los medios de prueba no determinan reglas para señalar como debe ser probado un hecho sino por otro lado, es la íntima convicción, existe discrecionalidad del juzgador, existe actividad subjetiva no controlable.
2. Subjetivista: para esta concepción verdadera es lo que resulta probado en el proceso. (ÁVILA, 2011)

Bajo estos criterios se entiende que la prueba pretende la búsqueda de la verdad como función principal pero para el proceso cumple una función secundaria porque lo que pretende es la solución de una controversia.

#### **1.4 CONCEPCIONES DE LA PRUEBA:**

Existen dos concepciones de la prueba señaladas por la doctrina: Cognoscitivista y Persuasiva.

1.1.1 Concepción Cognoscitivista o Racionalista: en esta concepción la prueba en un proceso judicial involucra dos criterios de racionalidad:

1.1.1.1 Fáctico procesal que debe enfocarse en el criterio epistemológico de la realidad, un enunciado fáctico verdadero es el que corresponde a la realidad, que es distinto al enunciado que ha sido probado en el proceso por aportar medios de prueba. Por lo tanto, no todo hecho probado corresponde a la realidad. Aquí se agrega un criterio de justicia y aquí se determina:

“Taruffo: si queremos un proceso justo se debe asegurar que esté orientado al descubrimiento de la verdad por ello debe ajustarse a la racionalidad, la justicia de una decisión tiene como condición necesaria la verdad de los enunciados fácticos” (ÁVILA, 2011)

El problema que se genera es que puede conducir a una sentencia falsa por probar un enunciado que no corresponde a la realidad.

1.1.1.2 Crítico: debe existir una justificación razonable de los enunciados fácticos con los cuales se declaran los hechos probados en sentencia. El proceso es el contexto y el resultado la sentencia

Se aplica esta racionalidad crítica los hechos que se prueban y que decide el juez con motivación de los mismos pues él interviene en el proceso probatorio más no el legislador así se supera la prueba tasada.

1.1.2 Concepción Persuasiva o Irracionalista: Esta concepción determina la prueba jurídica como un instrumento de persuasión no tiene que ver con el conocimiento racional de los hechos como en el caso anterior, aquí la verdad de acuerdo a la realidad su

averiguación no es la finalidad del proceso porque este tiene finalidades más útiles pues lo que se quiere es la solución del conflicto.

“En efecto, dice Taruffo, que en esta concepción: la prueba no serviría, pues, para establecer la verdad o falsedad de enunciado alguno y, por tanto, tampoco para proporcionar conocimiento acerca de nada, sino que serviría sólo para persuadir al juez, para convencerlo de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico. La prueba, según esta concepción, no ofrece información sino elementos de persuasión. Es decir, en el juicio no se “conocen” los hechos: todo se agota en los discursos y narraciones que se hacen en el proceso, y de esa manera se puede definir como verdadero el enunciado del cual el juez está persuadido, pero sólo en función del hecho de que realmente lo esté y afirme estarlo. Cualquier cosa que piense el juez, estando persuadido de ella, está probada y, por lo tanto, se puede considerar verdadera a los efectos del proceso. En el marco de una concepción de este tipo es extremadamente difícil (y, de todas maneras, totalmente inútil) analizar las características y la estructura de la prueba: de hecho, ella es compatible con (más aún, implica) una concepción irracional de la prueba judicial y, en todo caso, no exige que se dé una definición específica de la prueba.” (ÁVILA, 2011)

El conflicto entre las concepciones como conclusión la racionalista crítica genera control en la decisión del juez en su motivación, no es de forma libérrima o arbitraria y totalmente subjetiva; por otro lado, la irracionalista se enfoca en una persuasión argumentativa.

## **1.5 SISTEMAS PROCESALES PROBATORIOS:**

### **1.5.1 DEFINICIÓN:**

Para definir lo que se entiende por sistema procesal debemos remitirnos a lo establecido en la Constitución de la república del Ecuador en su Art. 169 señala que es un medio para la realización de la justicia en donde las normas procesales, contienen principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal que hace



efectivo las garantías del debido proceso y no se sacrificaría la justicia por la sola omisión de formalidades. (CONSTITUYENTE, 2008)

El sistema procesal probatorio es un conjunto de normas, principios, instituciones jurídicas que fueron creadas por el legislador para que se lleve a cabo el funcionamiento de la función judicial del Estado que a través del juez realiza las facultades de dirección del proceso para decretar, practicar, valorar la prueba y conseguir búsqueda de la verdad procesal, en el marco de las garantías del debido proceso, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica (derechos de protección).

### **1.5.2 CARACTERÍSTICAS:**

En todo el mundo han existido distintas legislaciones en el ámbito procesal civil, antes, era más común encontrarse con el sistema procesal probatorio inquisitivo en donde el juez tenía facultades de impulso del proceso, aportación de prueba, pruebas tasadas. Pero ahora es frecuente encontrarse con un sistema procesal probatorio dispositivo, en que son las partes propiamente quienes tienen la iniciativa de presentar pruebas al juzgador y él se encarga de apreciar y valorarlas.

### **1.5.3 TIPOS DE SISTEMAS PROBATORIOS:**

Existen dos tipos de sistemas probatorios marcados:

- Sistema procesal probatorio inquisitivo.
- Sistema procesal probatorio dispositivo.

Existe adicionalmente ante la deficiencia de uno o las otras legislaciones que han consagrado un sistema procesal probatorio mixto.

#### **1.5.3.1 SISTEMA PROBATORIO CERRADO O INQUISITIVO:**

Devis Echandía Hernando, conceptualiza de manera clara el sistema inquisitivo de la siguiente manera:

“El principio inquisitivo, por el contrario, le da al juez la función de investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de las partes lo obligue ni lo limite a decidir únicamente sobre los medios que estas le lleven a los autos, y lo faculta para iniciar de oficio el proceso y para dirigirlo con iniciativas personales.” (DEVIS ECHANDIA, 2009).

### **1.5.3.2 SISTEMA PROBATORIO ABIERTO O DISPOSITIVO:**

Por otro lado, este sistema es completamente distinto al anterior porque se manifiesta el dominio de las partes, son ellas que presentan todos los medios de prueba que poseen al juzgador. Las partes inician el proceso, marcan los límites de la controversia, a diferencia del anterior la prueba de oficio es excepcional al juzgador y en caso de aplicarse debe atenerse a los límites marcados por las partes procesales en sus actos de proposición para esclarecer los hechos, aquí no existe posibilidad de que el juez inicie un proceso de oficio.

Calamandrei la expresa poéticamente:

“Juez, tú no tienes que fatigarte para encontrar argumentos, porque solamente estás llamado a escoger entre los buscados por nosotros los abogados, que realizamos por ti, el duro trabajo de excavar, y para mejor meditar tu elección, tienes el deber de sentarte en tu cómodo sillón. . . Tú eres ¡Oh Juez! la olímpica inmovilidad que sin prisa, espera”

"El proceso es negocio privado de las partes, ellas conducen soberanamente, detienen cuando les plazca, entorpecen sin consecuencias relegando al juez a un plano secundario de simple observador, a quienes los litigantes manejan según sus conveniencias, astucia o habilidad"

### **1.5.3.3 SISTEMA PROBATORIO MIXTO:**

Los anteriores sistemas probatorios han establecido tendencias marcadas, en las legislaciones modernas ya encontramos un sistema probatorio mixto en donde el juez es el director del

proceso, pues aquí el juez aunque de manera excepcional tiene una facultad inquisitiva que es disponer prueba para mejor resolver o de oficio para esclarecer los hechos, como es el caso del Ecuador, pero también acompañan al país otras legislaciones progresistas como son: Rusia, Alemania, Italia, Austria, Argentina, México, Perú y Francia, que tienen esa facultad los jueces.

Respecto aquella facultad que se incorpora aún en las legislaciones sobre la prueba para mejor resolver o prueba de oficio, Véscovi Enrique señala:

“La facultad del tribunal de decretar diligencias para mejor proveer, que son medidas de contenido probatorio, a los efectos de, una vez terminado el período correspondiente y antes de dictar sentencia, obtener una mejor ilustración sobre los hechos del litigio.”

Pese a ello la legislación ecuatoriana de la manera que se encuentra regulada esta facultad que existe del sistema inquisitivo trae complicación como se verá posteriormente. La finalidad es esclarecer los hechos del litigio, en caso de que haya una posible confusión, pero NO le corresponde al juzgador el mismo realizar la búsqueda de los hechos de la controversia, eso sería actuar con incompetencia.

Por ello Devis Echandía Hernando, ha señalado que la finalidad del sistema procesal probatorio es:

“La búsqueda del triunfo de la verdad procesal, para que se obtenga el fin de interés público del proceso y no sea este una aventura incierta cuyo resultado dependa de la habilidad de los abogados litigantes, es indispensable que, además de la libre apreciación de las pruebas, el juez civil disponga de facultades inquisitivas para practicar las que, conforme a su leal saber y entender, considere convenientes al esclarecimiento de los hechos que las partes afirman. Solo así se obtendrá la igualdad de las partes en el proceso y la verdadera democracia en la justicia” (ECHANDIA, 2012 EDICION VICTOR ZABALÍA).

## **1.6 CONCLUSIONES AL CAPÍTULO:**

La prueba es esencial no sólo en el ámbito jurídico sino también en todas las ciencias del conocimiento humano desde la antigüedad. Tiene distintas connotaciones: Como medio o instrumento para el convencimiento del juzgador. La actividad que implica el desarrollo de la demostración de los hechos. Y, el resultado si se logró la demostración de los hechos y el convencimiento del juzgador.

Para el desarrollo de la prueba judicial existieron fases: 1. La primitiva: en la que había un sistema procesal rudimentario debido a que la civilización estaba en formación (fanatismo religioso y barbarie). 2. En Grecia y Roma no se alejó mucho la era cristiana que influenció en el sistema probatorio. Dios interviene en el proceso a favor del más débil. En Grecia, quienes concebían por un lado que la religión se aparta de la prueba por el criterio lógico y se basa en el principio dispositivo. En Roma, en la cual se distinguen precisiones que no había en Grecia con tres etapas: A) Antiguo Proceso Romano: juez (árbitro privado), admisión de otros medios distintos al testimonio (documentos, reconocimiento, juramento), libre apreciación (pueblo), etapa formulario. B) Procedimiento: naturaleza publicista, amplias facultades juzgador (determinación de la carga de la prueba), tarifa legal. C) Justiniano: asociado al Derecho Canónico, libre valoración y tarifa legal, excepciones propias de la época respecto a la prueba, principio de contradicción, defensa y excepción. 3. Europa: Aquí existen tres fases: A) Primitiva: el sistema de tarifa legal, carga de la prueba al acusado sobre la inocencia (penal), el actor prueba lo que alega en su demanda (civil), medios probatorios: documento público, privado, peritos e inspección judicial. B) Sentimental: Íntima convicción (penal), tarifa legal (civil). C) Científica: Proceso civil oral, libre valoración de la prueba, formalidades (ad solemnitatem y ad probationem).

La prueba judicial y su valoración se basa en un criterio de racionalidad: búsqueda de la verdad, se aplica la norma a lo que se encuentra probado, el recurso de la metodología para el acercamiento de la verdad de los hechos en la decisión. La valoración de la prueba judicial a criterio de Rodrigo Vargas establece dos aspectos importantes: 1) Objetivista: A) Prueba legal o tasada. B) Libre valoración de la prueba. 2) Subjetivista: Aquello probado en el proceso.

Respecto a las concepciones de la prueba 1. Concepción Cognoscitivista que abarca dos criterios de racionalidad: A) Fático procesal: Se orienta a la realidad, un enunciado fáctico

es real si se acerca a la verdad sólo así se considera la decisión justa. B) Crítico: Debe existir una justificación razonable en la decisión sobre los hechos probados. Es decir, aquí la prueba se orienta a la búsqueda de la verdad proporcionando información. 2. Concepción Persuasiva: se aparta de la racionalidad pues no se busca la verdad con la prueba, sino que la prueba sirve para el convencimiento, persuasión del juez de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico. La prueba aquí no aporta información sino persuasión.

El sistema procesal como aquel conjunto de normas, instituciones jurídicas y principios creados por el legislador para el funcionamiento de la administración de justicia, como señala la Constitución del Ecuador es un medio para la realización de la justicia, es dentro del sistema procesal donde se desarrolla la prueba en el marco de los derechos de protección.

Existen tipos de sistema probatorio 1. Inquisitivo: juez facultad de oficio. 2. Dispositivo: juez facultad de oficio muy limitada por excepción, regla general (principio dispositivo). Mixto: Implica la combinación de las anteriores facultades limitadas en la ley.

## **CAPÍTULO II ANÁLISIS JURÍDICO AL SISTEMA PROBATORIO ESTABLECIDO EN EL COGEP.**

### **2.1 ACTOS DE PROPOSICIÓN:**

#### **2.1.1 DEMANDA**

La demanda constituye un acto de trascendental importancia en el Derecho Procesal Civil, es aquel primer acto jurídico dentro del proceso que sirve de vehículo para la pretensión y se dirige al órgano jurisdiccional competente, el demandante quien formula su petición por medio escrito expone los hechos, anuncia sus pruebas, razona sus pretensiones frente al demandado, ante un órgano jurisdiccional dando inicio a una relación jurídico procesal.

La demanda al ser un acto de proposición conforme lo establece el Código Orgánico General de Procesos para realizar un análisis jurídico debemos profundizar ciertos conceptos teóricos remitiéndonos a lo que significa la acción y la pretensión.

### 2.1.1.1 ACCIÓN:

Referente a la acción, es una cuestión compleja pues carece de uniformidad en la doctrina, hay quienes determinan a la demanda como sinónimo de acción y es importante señalar si se encuentra bien o mal determinada de esa manera y ello debe ser necesariamente considerado por los juristas, es considerada a la acción como “la libertad de una persona en un sistema democrático”, esta corriente la comenzó Piero Calamendrei (ILLANES, 2010).

Para comprender la noción de acción se debe remitir a su contexto histórico brevemente por ello la concepción Romana consideraba a la acción y el derecho subjetivo como uno solo y en ese orden, por ello en esa concepción no existe desarrollo del contenido de la acción sino hasta el último periodo del derecho procesal romano, durante la época considerada como acciones de la ley, una etapa formulario donde el actor expresaba sus pretensiones y con respaldo de testigos que den fe de los términos y a su vez el demandado con sus excepciones y testigos con el mismo rol planteando así el debate jurídico. Justiniano implemento una nueva forma de iniciar el juicio, Bonjean señaló: “el demandante plantea su demanda por escrito ante el tribunal (*libelus conventionis*) con la petición que fuese comunicada al demandado, la *libeulus conventionis* debía estar firmada por el demandante si no sabía firmar por el *tabularius* que equivale en la actualidad al Jefe del Registro Civil que tenía información de todos los ciudadanos nacimientos y defunciones. El demandante tenía la obligación de continuar dos meses con el proceso bajo pena de devolver el doble de gastos en que hubiera incurrido el demandado y si este no tenía éxito devolver los gastos al demandado garantizado por juramento o caución, adicionalmente se podía modificar la pretensión si se pedía una cosa distinta a la debida y por último si el demandante hacía una petición *plus petitta*, es decir, pedía algo más de lo que le debían perdía el juicio, siempre se debía expresar el lugar, tiempo y modo para el cumplimiento de una obligación. (ILLANES, 2010)

Expuesto el antecedente histórico de la acción recién con Savigni se invierte el orden primero el derecho subjetivo y luego el derecho de acción, se empieza a considerar tentativamente la autonomía de la acción, considerando a la acción como la tutela judicial

derivada de la violación de otros derechos, autores explican que se refiere que la acción constituye un momento, un espacio ante el cual se presentan derechos subjetivos que han sido vulnerados, constituyendo la acción solo un momento en el que se desarrollan los derechos subjetivos.

Sin embargo en el siglo XIX contradicen el criterio de Savigni, una corriente alemana Windscheid considerando que la acción no es una facultad para invocar un derecho, sino que es la facultad de imponer la pretensión en la vía judicial y que el ordenamiento romano no era un ordenamiento de derechos sino de pretensiones judiciales perseguibles. Este autor señala que la acción es un poder dirigido a obtener la tutela judicial.

Por otro lado Muther considera que el derecho a la acción y el derecho subjetivo son: “Dos derechos distintos del cual uno es presupuesto de otro pero que radicalmente pertenecen a esferas distintas uno es público y otro es privado”. (LOPEZ, 1999). Es decir, el autor considera que el ejercicio de la acción supone dos derechos: 1. El verdadero derecho de acción: el ofendido frente al estado solicitando tutela y, 2. El estado frente al autor de la lesión para eliminarla, es decir, el autor considera público la acción es el juez como representante de la justicia estatal, mientras que, el derecho subjetivo sobre el que se exige la tutela judicial, es decir, el aspecto material del derecho es el ámbito privado, pero netamente la acción como tal es un ámbito o carácter público y ello es la que marca la autonomía.

Por ello se puede terminar que la acción aquella constituye el poder jurídico de naturaleza pública reconocido a todos los sujetos de derecho de manera potestativa, para solicitar la actuación de la potestad jurisdiccional, a través de sus órganos respectivos, con la finalidad de obtener una resolución o sentencia.

La anterior definición proviene de algunas teorías de la acción:

- La acción como poder jurídico: Micheli determina que: “la acción, como un poder de iniciativa, cuyo ejercicio viene dirigido contra el órgano jurisdiccional, cuyo deber institucional de impartir justicia se hace concreto precisamente por el

ejercicio del poder mismo, no siendo posible vincular al ejercicio mismo de este poder, el nacimiento de un deber de conducta por parte del adversario, el cual sufre la iniciativa procesal ajena”. Es decir, gran parte de la doctrina determina que es un poder que proviene de las partes intervinientes en un proceso judicial no penal que tienen a provocar una sentencia judicial por parte de los tribunales competentes, se encuentra dirigido a ellos.

- La acción como derecho subjetivo público un sector de la doctrina que con Rocco entiende que: “la acción no es un derecho potestativo, sino más bien un derecho público de obligación, esto es, un derecho que tiene por objeto una prestación de derecho público, y precisamente la prestación por parte del Estado de su actividad jurisdiccional”. Es decir, es un derecho frente al estado a través de los órganos jurisdiccionales que realizan la prestación de tutela con que tal derecho se satisface independientemente de los derechos subjetivos privados (autonomía).
- La acción como derecho potestativo: Constituye mérito de Chiovenda que presenta dos afirmaciones: “ 1) que la acción no es un derecho frente al Estado, sino frente al adversario, y 2) que aquella no es un derecho a una prestación, sino que es un derecho meramente potestativo, esto es, un poder jurídico de producir efectos jurídicos”. Es decir, que la acción es un derecho frente al adversario que ha provocado la actividad del órgano jurisdiccional obteniendo al final del desarrollo del proceso judicial sujeción a los efectos jurídicos de la actuación del estado a través de sus órganos.

*Estas teorías son recogidas de distintos sectores de la doctrina y enunciadas por Carlos Alberto Matheus López, profesor de Jurisprudencia de la Universidad del país Vasco. (LOPEZ, 1999)*

En conclusión la acción es una facultad subjetiva, autónoma, pública y abstracta otorgada al titular de un derecho material que le permite acudir a los órganos jurisdiccionales para obtener tutela jurídica de su derecho a través de su resolución judicial, se protege el interés público más que el particular, en concreto se asegura el ordenamiento jurídico y la paz



social.

### **2.1.1.2 PRETENSIÓN:**

Por otro lado referente a la pretensión, es una institución propia del derecho procesal proviene de pretender que significa querer, desear, respecto a ella existen dos corrientes:

1. La afirmación de un derecho material, y,
2. Es el objeto del proceso integrado por la petición del solicitante.

Rengel Romberg señala claramente que la pretensión es: “el acto por el cual un sujeto se afirma titular de un interés jurídico frente a otro y pide al juez que dicte una resolución con autoridad de cosa juzgada que lo reconozca”. (BRACHO, 2008). Entonces, la pretensión es el acto mediante el cual el ciudadano tiene la facultad de exigir su derecho (pretensión) mediante el ejercicio de la acción que es la que le permite acudir ante el órgano jurisdiccional y obtener su pronunciamiento. Concretamente es la declaración de la voluntad del demandante de lo que requiere o exige a otro sujeto o demandado.

Entre otras definiciones el jurista Italiano Carnelutti la define como: “la exigencia de la subordinación de un interés de otro a un interés propio.” (BRACHO, 2008). Es decir, que quien propone la pretensión quiere subordinar a la contraparte en su beneficio propio su voluntad o exigencia, salvo que se encuentra en una jurisdicción voluntaria en que no se requiere la subordinación de distintos intereses.

Por otro lado, el jurista Uruguayo Couture orienta una definición mayormente aceptada define como: “la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva.” (BRACHO, 2008). Esta definición es más acertada pues manifiesta que es una “afirmación”, es decir, la voluntad manifestada en base a un derecho material concreto y exigible, la persona se considera acreedora de un derecho subjetivo que realiza mediante la acción una petición ante el Estado, mediante el órgano jurisdiccional para que esta se lleve a efectivizar o materializar y no supone la subordinación de la contraparte, que incluye la jurisdicción voluntaria no solo la contenciosa como en el anterior caso.

En conclusión la pretensión es la manifestación de la voluntad plasmada en la demanda y mediante la acción que implica aquel poder jurídico público de acudir ante el Estado a través de sus órganos respectivos, por un sujeto de derecho ya sea persona natural, jurídica, en el Ecuador también la naturaleza mediante de la persona, la cual se cree asistida de un derecho subjetivo que exige al demandado el cumplimiento de una obligación o el reconocimiento de un derecho con el pronunciamiento de un órgano jurisdiccional competente.

Es necesario o conveniente distinguir al estudio que nos compete que existen dos tipos de pretensiones:

- Pretensión material: es la aptitud de exigir algo a otra persona que no necesariamente requiere el punto de partida en un proceso judicial, puede solucionarse sin iniciar un proceso judicial no penal requiriendo a otra persona de manera directa y concreta no a nivel estatal.
- Pretensión jurídica o procesal: es la manifestación de la voluntad por la que una persona exige algo a otra a nivel estatal mediante sus órganos competentes, cuando la pretensión material no se encuentra satisfecha el titular del derecho subjetivo privado usa el derecho de acción público para proponer una pretensión procesal y poner en actividad el órgano jurisdiccional.

### **2.1.1 LA DEMANDA:**

La doctrina ha señalado uniformemente que: “se denomina demanda al acto procesal por el que se ejercita el derecho de acción y de petitionar a las autoridades, procurando la iniciación de un proceso judicial.” (GOZAINI, 2019)

La demanda es un acto de proposición porque implica la actividad de un sujeto procesal distinto a un órgano judicial, es un acto de voluntad manifestado, lo que se conoce como libelo de la demanda e implica la iniciación procesal, le da la vida al proceso y ello le

distingue de otros actos que se dan en el mismo proceso ya instaurado. Demanda es el acto procesal mediante el cual se ejercita la acción y contiene su pretensión dirigida al juez para tutela del interés público o particular en la composición de la Litis.

El jurista Carnelutti define que es: “el acto introductorio al proceso” y Couture determina que: “es el acto introductorio a la instancia”, lo que ya viene a distinguir el género de la especie el proceso involucra todos los actos dentro de distintas instancias que pueden existir o no en el juicio, mientras que la instancia como aquel segmento dentro de la controversia, aquel grado o etapa del juicio. (BRACHO, 2008).

Según la normativa actual ecuatoriana el Código Orgánico General de Procesos no define lo que se entiende por demanda se señala lo siguiente:

“LIBRO III DISPOSICIONES COMUNES A TODOS LOS PROCESOS  
TITULO I ACTOS DE PROPOSICION  
CAPITULO I  
DEMANDA

Art. 141.- Inicio del proceso. Todo proceso comienza con la presentación de la demanda a la que podrán precederle las diligencias preparatorias reguladas en este Código.

Respecto a ello se debe señalar que el COGEP incurre en error debido a que las diligencias preparatorias también son procesos: “la serie sucesiva y ordenada de actos tendientes a obtener una resolución, que inician con una demanda.” ( PIEDRA IGLESIAS, DR. OLMEDO, APUNTES DE LA CÁTEDRA DE DERECHO PROCESAL CIVIL, 2019)

Art. 142.- Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito y contendrá: 1. La designación de la o del juzgador ante quien se la propone.  
2. Los nombres y apellidos completos, número de cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte, estado civil, edad, profesión u ocupación, dirección

domiciliaria y electrónica de la o del actor, casillero judicial o electrónico de su defensora o defensor público o privado. Cuando se actúa en calidad de procuradora o procurador o representante legal se hará constar también los datos de la o del representado. 3. El número del Registro Único de Contribuyentes en los casos que así se requiera. 4. Los nombres completos y la designación del lugar en que debe citarse a la o al demandado, además de dirección electrónica, si se conoce. 5. La narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente clasificados y numerados. 6. Los fundamentos de derecho que justifican el ejercicio de la acción, expuestos con claridad y precisión. 7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica. 8. La solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, si es del caso. 9. La pretensión clara y precisa que se exige. 10. La cuantía del proceso cuando sea necesaria para determinar el procedimiento. 11. La especificación del procedimiento en que debe sustanciarse la causa. 12. Las firmas de la o del actor o de su procuradora o procurador y de la o del defensor salvo los casos exceptuados por la ley. En caso de que la o el actor no sepa o no pueda firmar, se insertará su huella digital, para lo cual comparecerá ante la o el funcionario judicial correspondiente, quien sentará la respectiva razón. 13. Los demás requisitos que las leyes de la materia determinen para cada caso. Art. 143.- Documentos que se deben acompañar a la demanda. A la demanda deben acompañarse, cuando corresponda, los siguientes documentos; 1. El poder para intervenir en el proceso, cuando se actúe por medio de apoderada o apoderado o de procuradora o procurador judicial. 2. Los habilitantes que

acrediten la representación de la o del actor, si se trata de persona incapaz. 3. Copia legible de la cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte o Registro Unico de Contribuyentes de la o del actor. 4. La prueba de la calidad de heredera o heredero, cónyuge, curadora o curador de bienes, administradora o administrador de bienes comunes, albacea o de la condición con que actúe la parte actora, salvo que tal calidad sea materia de la controversia. 5. Los medios probatorios de que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda la información que sea necesaria para su actuación. 6. En los casos de expropiación, la declaratoria de utilidad pública, el certificado de propiedad y gravámenes emitido por el Registro de la Propiedad, el certificado del catastro en el que conste el avalúo del predio. 7. Los demás documentos exigidos por la ley para cada caso. La o el juzgador no ordenará la práctica de ninguna prueba en contravención a esta norma y si de hecho se practica, carecerá de todo valor probatorio.” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

El cuerpo normativo establece otras disposiciones relativas a la demanda, más no establece su concepto. En cambio el anterior Código de Procedimiento Civil que precede al COGEP establecía de manera clara lo que se entiende por demanda de la siguiente forma:

“Sección 2a. De la demanda

Art. 66.- Demanda es el acto en que el demandante deduce su acción o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo.

Art. 67.- La demanda debe ser clara y contendrá: 1. La designación del juez ante quien se la propone; 2. Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado; 3. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión; 4. La cosa, cantidad o hecho que se exige; 5. La determinación de la cuantía; 6. La especificación del trámite que debe darse a la causa; 7. La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor; y, 8. Los demás requisitos que la ley exija para cada

caso.

Art. 68.- A la demanda se debe acompañar: 1. El poder para intervenir en el juicio, cuando se actuare por medio de apoderado; 2. La prueba de representación del actor si se tratare de persona natural incapaz; 3. La prueba de la representación de la persona jurídica, si ésta figurare como actora; 4. Los documentos y las pruebas de carácter preparatorio que se pretendiere hacer valer en el juicio y que se encontraren en poder del actor; y, 5. Los demás documentos exigidos por la ley para cada caso.” (NACIONAL A. , CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, 2005).

La demanda según todas sus definiciones implica un silogismo jurídico en el cual:

- La premisa mayor: serán los hechos que nos permiten acudir al órgano jurisdiccional,
- Los hechos que se subsumen en una disposición legal que a su vez será la premisa menor
- que a su vez estos dos unidos: esta premisa mayor y menor, estos hechos y esta norma legal nos permiten una consecuencia que será nuestra pretensión. (PIEDRA IGLESIAS, DR. OLMEDO, APUNTES DE LA CÁTEDRA DE DERECHO PROCESAL CIVIL, 2019)

## **2.2 CONTESTACIÓN:**

Para el jurista Morán Sarmiento, la Contestación a la demanda, “es el derecho a la defensa que le asiste a todo aquel que es requerido judicialmente, para oponerse a los fundamentos de la acción incoada, en aras de precautelar sus intereses, cuya disputa, con legitimidad o no, le puede provocar lesión, total o parcial, dependiendo de los resultados del fallo, resultados que serán la consecuencia de un ejercicio cabal, imperfecto o inexistente, según el caso de este derecho de defensa” (QUIROZ, 2015).

La doctrina ha señalado que la contestación es: “La contestación a la demanda, es el acto procesal por el cual el demandado reconoce y/o niega las pretensiones que el actor expone.

Es decir, es una facultad, una carga procesal, no un deber, en la medida que constituye una de las actitudes que puede asumir (otras son el allanamiento, la incomparecencia, etc.).” (GOZAINI, 2019).

Por otro lado, contestar la demanda significa consecuentemente en alegar todas aquellas oposiciones o excepciones al progreso de la pretensión frente al progreso de la pretensión contenida en la demanda, es decir, implica el pleno ejercicio del derecho a la defensa y de contradicción. Los autores determinan que el ejercicio de la acción aquí contiene un sentido bilateral, porque la acción no solo comprende el acto de proposición de la demanda sino también de la contestación porque el demandado aunque se limite a rechazar el contenido de la demanda viene a solicitar al juez que pronuncie una sentencia desfavorable al actor, también tiene el poder jurídico, público y abstracto de acudir al órgano jurisdiccional oponerse y solicitar una sentencia o pronunciamiento del Estado.

La contestación de la demanda también es un acto de proposición porque implica también una voluntad de la parte demandada para que se trabe la Litis de manera expresa ya sea presentado la contestación su escrito en el proceso o juicio de manera tácita no compareciendo al mismo, en donde se podrá tomar como negativa de los los fundamentos de la demanda según la normativa.

En el aspecto normativo actual el Código Orgánico General de Procesos no señala lo que se entiende por contestación solo dispone lo siguiente:

#### “CAPITULO II CONTESTACION Y RECONVENCION

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

deducir todas las excepciones de las que se crea asistida contra las pretensiones de la parte actora, con expresión de su fundamento fáctico. Las excepciones podrán reformarse hasta antes de la audiencia preliminar. En el término de tres días de calificada la contestación se notificará con su contenido a la parte actora, quien en el término de diez días, podrá anunciar nueva prueba que se referirá a los hechos expuestos en la contestación. En materia de niñez y adolescencia, en el término de un día de calificada la contestación, se notificará con su contenido a la parte actora, quien en el término de tres días podrá anunciar nueva prueba que se referirá a los hechos expuestos en la contestación.

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

Y demás normativa sobre la contestación, además cabe indicar que el Código de Procedimiento Civil tampoco contenía la definición de contestación.

### **2.3 IMPORTANCIA DE LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN:**

Como pieza procesal, es decir dentro del proceso es fundamental y básica, puesto que ella la demanda, que en definitiva es la concreción de la acción y la contestación a la demanda que viene a ser la concreción de la excepción; la acción es el poder que tiene el actor o demandante, la excepción es la contrapartida que tiene el demandado, la demanda y contestación como manifestaciones de la acción y la excepción son aquellos elementos que



van a fijar los límites de la controversia, que van a delimitar el ámbito de litigio, ponen límites dentro de los cuales se desarrolla el conflicto judicial y al hacerlo van a determinar el campo de acción del juez y de las partes, es decir, de los sujetos procesales:

El juez solamente podrá pronunciarse y deberá pronunciarse además sobre aquello que las partes han establecido, sin que les sea posible excederse conocer aspectos que no están comprendidos en la demanda y contestación; ni excederse en lo que piden las partes, solo en lo que piden las partes, el juez también está obligado a resolver todo lo que piden las partes no puede dejar de pronunciarse hay aspectos que señalar:

- Si el juez excede esos límites actúa con incompetencia, es incompetente, ya que las partes no le dieron la facultad de conocer esos puntos.
- Y si no resuelve todo lo que le piden las partes, incumple sus obligaciones porque no desata totalmente la controversia.
- Las partes en cambio cuando se exceden los límites, incurrir en impertinencia y la falta de observación por parte del juez de los límites establecidos por las partes lo hace incurrir en lo que se denomina: vicios de juzgamiento por incongruencia genérica, vicios que pueden ser:
  - a. EXTRAPETITA: cuando resuelve aspectos que no están comprendidos en la controversia.
  - b. ULTRAPETITA: cuando el juez da más de lo que las partes piden.
  - c. INFRAPETITA U OMISIÓN DE PRONUNCIAMIENTO: cuando no resuelve totalmente la controversia. (PIEDRA IGLESIAS, DR OLMEDO, APUNTES DE LA CÁTEDRA DE DERECHO PROCESAL CIVIL, 2019)

Recordemos que en materia civil nos regimos por el principio dispositivo es decir, el juez solamente puede y debe actuar a petición de parte sin que en consecuencia pueda oficiosamente entrar a conocer aspectos que las partes no le confiaron o en su defecto conceder más de aquello que las partes le solicitaron. (PIEDRA IGLESIAS, DR OLMEDO, APUNTES DE LA CÁTEDRA DE DERECHO PROCESAL CIVIL, 2019).

Es importante la demanda algunos autores se han referido a ella como el proyecto de sentencia que se espera del juez y realmente si comparamos la demanda con la sentencia constataremos que incluso las partes de que se integran las dos piezas guardan

correspondencia: los fundamentos de hecho: corresponden a la parte expositiva de la sentencia; los fundamentos de derecho: a la parte motiva de la sentencia y la pretensión: a la parte resolutive; es por ello que, la demanda tiene que ser formulada con absoluta lógica y el debido tino, para que en ella solamente conste aquellos aspectos que van a resultar trascendentes y pertinentes en la sentencia, puesto que del escrito de la demanda en mucho va a depender el resultado de la causa.

- Cuando se refiere a trascendentes: a las circunstancias que van a resultar decisorias en la sentencia.
- Cuando se refiere a pertinencia: se hace alusión a aspectos que tengan que ver exclusivamente con la materia de la resolución. (PIEDRA IGLESIAS, DR. OLMEDO, APUNTES DE LA CÁTEDRA DE DERECHO PROCESAL CIVIL, 2019).

#### **2.4 RECONVENCIÓN:**

La reconvencción es la misma acción porque es la acción que tiene el demandado en contra del actor que le permite proponer una pretensión del mismo proceso iniciado en su contra. (PIEDRA IGLESIAS, DR. OLMEDO, APUNTES DE LA CÁTEDRA DE DERECHO PROCESAL CIVIL, 2019).

La doctrina señala que: “La reconvencción consiste en la acción que el demandado deduce contra el actor al contestar la demanda y dentro del mismo juicio. Constituye así una demanda distinta que puede o no tener relación con la demanda del actor.- Caso de que habiendo A· demandado a B para que le pague una suma de dinero, éste último B, al contestar la demanda, reconviene a A para que le suscriba una escritura pública.- Hay desde entonces acciones recíprocas entre el demandante y el demandado, que se van a tramitar conjuntamente y ser resueltas en la misma sentencia.” (VEAOCHAGA, 1962).

Entonces, la reconvencción consiste en un acto en el que se manifiesta la pretensión del demandado en contra del actor, no consiste en excepción o en otro medio de defensa,

implica la búsqueda del reconocimiento de un derecho distinto al contenido en la demanda, se propone ante el mismo juez en el que se encuentra entablado el proceso, si fuera ante otro juez no podemos hablar de reconvención y es deducida al contestar la demanda.

La reconvención como institución del Derecho Procesal Civil nace como fundamento para facilitar el ejercicio de los derechos cuando las distancias eran grandes entre las sedes de los juzgados y cuando también los jueces no eran permanentes y de ello se deriva con el desarrollo de esta gran rama del Derecho el principio de economía procesal permitiendo que las controversias que deben establecerse entre las partes de forma recíproca se tramiten dentro del mismo proceso dentro de la administración de justicia.

El Código Orgánico General de Procesos no contiene el significado de reconvención pero la regula de la siguiente manera:

“Art. 154.- Procedencia de la reconvención. La reconvención procede en todos los casos, salvo los casos previstos en la ley. Serán aplicables a la reconvención, en lo pertinente, las reglas previstas para la demanda. La reconvención se tramitará y resolverá conjuntamente con la demanda y las excepciones. La reconvención no procede en materia de alimentos.

Art. 155.- Contestación a la reconvención. La o el actor reconvenido, deberá contestar a la reconvención en el tiempo y la forma requerida para la contestación a la demanda.

Art. 156.- Calificación de la contestación y de la reconvención. Recibida la contestación a la demanda y la reconvención si la hay, la o el juzgador, en el mismo término previsto para la calificación de la demanda, examinará si cumplen con los requisitos legales, tramitará y dispondrá la práctica de las diligencias solicitadas. Si considera que no se han cumplido, ordenará que la contestación o la reconvención se aclaren o completen en el término de tres días, con la advertencia de tenerlas por no presentadas. La prueba anunciada en la contestación a la demanda o en la reconvención se

practicará en la audiencia de juicio.”

## **2.5 PRUEBA:**

Cuando se refiere la prueba es entendida en distintos significados o ámbitos por la doctrina pues tanto el actor con su demanda, el demandado en la contestación o la reconvencción y a su vez el actor con la contestación a la reconvencción en caso de existirla los postulados contenidos en esos actos de proposición deben ser acreditados con la finalidad de que el juez pueda pronunciarse ante aquello que ha sido acreditado, probado y verificado dentro del proceso.

Procesalmente hablando la prueba tiene dos nociones:

- a) La demostración de la efectividad de los hechos controvertidos
- b) Medio de que se pueden valer las partes para acreditar los hechos de los que hacen depender su derecho o pretensión.

El autor doctrinario Xavier Abel Lluch define la prueba como: “la actividad desplegada generalmente por las partes, y excepcionalmente de oficio por el juez, cuya finalidad es verificar las afirmaciones sobre los hechos aportados por las partes y determinar la certeza de los hechos controvertidos, que se plasman en la sentencia a través de la motivación fáctica, basada ora en reglas tasadas ora en la sana crítica. (Lluch, 2012)

La prueba constituye la piedra angular dentro del proceso civil porque además de demostrar los hechos permite formar el convencimiento del juzgador para la solución de la controversia y la conservación de la paz social.

Por otro lado, Deivis Echandía las pruebas judiciales constituyen: “el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso” (HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, 1970)

En el Derecho Procesal Civil hay doctrinariamente tres significados de prueba:

- a) Prueba como medio o instrumento: Los medios de prueba son los elementos que son usados por el juez y las partes, el primero conoce los hechos que son fuente y determina qué es lo que se va a probar y las partes aquello con lo cual demuestran los hechos fuentes que han sido planteados en los actos de proposición pero en ambos casos constituyen vehículos o móviles para conocer los hechos.
- b) Prueba como fuente: Las fuentes son los hechos narrados o contenidos en los medios de prueba, estas son analizadas, percibidas, identificadas en la sana crítica del juzgador permitiendo determinar lo que ha sido probado.

Juan Montero Aroca señala que: “la diferencia conceptual entre medio y fuente radica que en el proceso se realiza una actividad de verificación, la misma que se realiza a través de la fuente de prueba que preexiste al proceso, en tanto que el medio de prueba constituye la actividad, la actuación procesal que introduce la fuente al proceso” (AROCA, 2012).

- c) Como el convencimiento del juzgador de los hechos fijados previamente por las partes en sus actos de proposición.

## **2.6 FINALIDAD DE LA PRUEBA:**

El Código Orgánico General de Procesos, en adelante COGEP, dispone:

“Art. 158.- Finalidad de la prueba. La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos.”  
(NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

Existen investigadores internacionales que han marcado como criterio doctrinario que la prueba es un elemento esencial dentro del proceso que permite a la administración de justicia su acercamiento para llegar una resolución entre ellos son: Alcalá Zamora (1964), Marquez (2016), Gaitan (2017), Gordillo (2017), Wach (2017) y Ferrer (2017), adicionalmente señalan que existe parámetros para admisión indispensables de la prueba que son: utilidad, pertinencia y conducencia. (Ordoñez., 2019)

Por otro lado existen investigadores ecuatorianos entre ellos Vega (2016), García Falconí (2016), Garrido (2016), Hidalgo (2016), Illescas (2016), Castañeda (2018), Galarza Basantes (2018), entre otros, que determinan que la prueba tiene sus límites y ello tiene que ver con la Constitución pues la prueba debe estar respaldada dentro de un marco de seguridad jurídica y el debido proceso. (Ordoñez., 2019)

La prueba tiene como finalidad u objetivo llevar al conocimiento del juzgador la verdad de cuestiones fácticas al momento de emitir resoluciones y principalmente a la sentencia de fondo.

Respecto de la prueba existe una clasificación doctrinaria determinada por Joan Picó I Junoy, sobre los requisitos de la misma y ellos se clasifican en dos

1. Requisitos intrínsecos: Son los inherentes a la actividad probatoria.
2. Requisitos extrínsecos: Se refieren a los requisitos legales para su proposición.  
(Pasato, 2017)

La prueba para que cumpla su finalidad como anteriormente se ha establecido dentro de los límites tutela judicial, seguridad jurídica y garantías del debido proceso tiene que cumplir adicionalmente los dos tipos de requisitos. Los requisitos de forma o extrínsecos dependen del sistema legal: a) Es necesario que los medios de prueba sean admisibles legalmente y b) el cumplimiento de las formalidades que la ley procesal exige en su solicitud o presentación (oportunidad), decreto o admisión, recepción o práctica. Por otra parte, los requisitos de fondo que se refieren al contenido mismo intrínsecos: a) lo que el medio probatorio indica al juez, b) la utilidad, pertinencia y conducencia, c) ausencia de prohibición legal.

## **2.7 OPORTUNIDAD**

El Código General de Procesos regula la oportunidad de la prueba de la siguiente manera:

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

La prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este Código.

Todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar a la o al juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas de este Código.

La práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio. Para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley”

El principio de oportunidad es una institución del Derecho Procesal, en este caso en el Civil. La disposición normativa del Código anteriormente señalado, describe la obligación de la parte procesal es de adjuntar la prueba en la demanda, contestación, reconvencción y contestación a esta. Y ello con la finalidad de que la contra parte pueda contradecir en la audiencia de juicio al ser practicada y el juez conozca de los hechos que van a ser probados en esa diligencia.

También se determina salvo excepciones previstas en la ley, como es el caso de no tener acceso directo a la prueba, la imposibilidad física de adjuntar la prueba en los actos de proposición, en tal caso se señala que debe pedirse auxilio al órgano jurisdiccional para acceder a ella y poder llevar a cabo la práctica en la audiencia de juicio.

Y adicionalmente dispone que las partes pueden usar cualquier tipo de prueba siempre que no violente el debido proceso en todas sus garantías ni la ley, es decir, señala dos situaciones importantes, el sistema abierto de pruebas al poder usar cualquier medio para probar los hechos descritos en los actos de proposición, existe libertad probatoria y

encuentra un límite constitucional y legal pues no puede atentar a los mismos. Esa es la base en donde se puede llevar a cabo la práctica de los medios probatorios en la audiencia de juicio.

## **2.8 ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA:**

El Código Orgánico General de procesos señala que existe un examen de admisibilidad de los medios probatorios que han sido adjuntados en los actos de proposición y se lleva a cabo en la audiencia preliminar o en la audiencia única dependiendo el procedimiento y ello se refleja en una resolución oral, motivada, sujeta a impugnación.

El cuerpo normativo procesal anteriormente expuesto señala lo siguiente:

“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...” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

Precisamente la normativa se refiere al examen de admisibilidad de los medios de prueba, es necesario señalar que se entiende por los requisitos que exige la ley:

- a) **Pertinencia:** Para precisar de manera correcta lo que se entiende por pertinencia, es necesario determinar que es distinto la pertinencia de los medios de prueba con la pertinencia de los hechos. Aquí el doctrinario Devis Echandía señala que: “La pertinencia de los medios consiste que haya una relación lógica y jurídica entre el medio con el hecho a probar y la pertinencia de los hechos se refiere a la relación que existe entre el hecho que se va a probar con el litigio o la materia del proceso voluntario o el incidente. (Pasato, 2017).

La pertinencia del medio de prueba quiere decir que es el adecuado para acceder a la fuente como por ejemplo el medio de prueba testimonial tiene que ser pertinente para



acceder a la fuente testigo que brinde información de los hechos al juzgador. Por otro lado, la pertinencia de los hechos, se refiere a que los hechos que han sido fijados por las partes en sus actos de proposición deben probarse con los medios de prueba anunciados en los mismos.

La prueba es pertinente cuando está orientado a probar los hechos controvertidos o la materia voluntaria y son impertinentes las que son hechos ajenos a la controversia careciendo de influencia en el fondo de la decisión. Se debe señalar que en el ejercicio práctico de la profesión se suele dar la confusión entre pertinencia y utilidad, si bien es cierto la prueba es impertinente y consecuentemente inútil; empero, hay pruebas pertinentes pero inútiles si es que el hecho ya se encuentra probado, el juez debe apreciar la pertinencia, es una cuestión de hecho.

- b) Utilidad: La prueba es útil cuando esclarece los hechos controvertidos, permite al juez el convencimiento de los hechos. Para Devis Echandía, la prueba debe ser “útil desde el punto de vista procesal, es decir, que debe prestar algún servicio, ser necesario o por lo menos conveniente para ayudar a obtener la convicción del juez” (HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, 1970).
- c) Conducencia: Xavier Lluch define a la conducencia así: “la idoneidad del medio de prueba para acreditar el hecho controvertido”. (Abel Lluch, 2012) A diferencia de la pertinencia que es una cuestión de hecho, la conducencia es de derecho, pues implica que es el aptitud legal de la prueba, el contenido mismo de la prueba, para demostrar los hechos alegados. La no conducencia por el contrario es la ineficacia para demostrar los hechos alegados.

Devis Echandía señala que existen requisitos de la conducencia: “1) que el medio de prueba se encuentre autorizado en general y no prohibido por la ley, de forma expresa o tácita; tácita, en el sentido que el medio o el procedimiento se encuentra en contraposición con la moral o viole derechos tutelados por la ley; y 2) que el medio de prueba no esté prohibido en particular por la ley, que no exista expresa prohibición

legal para el caso concreto; por ello, una prueba es inconducente cuando se encuentra prohibida por la ley, es inmoral, o viola otros derechos convirtiéndose en una prueba ilícita. Una prueba es conducente cuando se cumplen en la forma establecida en la ley”. (Guerra, 2010)

Los tres requisitos de admisibilidad de la prueba tienen fines adicionales al principal que es de llegar al convencimiento del juzgador de los hechos y circunstancias controvertidas, también se pueden cumplir principios procesales de economía, celeridad, eficacia, verdad procesal y la actividad probatoria desarrollarse en un marco de las garantías del debido proceso, garantizando la seguridad jurídica y protegiendo el interés público.

Continúa el cuerpo normativo señalando:

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

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

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

La resolución por la cual la o el juzgador decida no admitir alguna prueba podrá apelarse con efecto diferido. De admitirse la apelación, la o el juzgador superior ordenará la práctica de la prueba, siempre que con ella el resultado pueda variar fundamentalmente” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

Lo que se encuentra establecido en el Código se refiere al derecho a la admisión de la prueba, la resolución que admite o inadmite la prueba debe ser motivada, así se evita la vulneración de derechos, parcialidad del juzgador y las resoluciones arbitrarias. Es en la audiencia preliminar que el juez rechaza la prueba que no cumple los requisitos anteriormente establecidos de admisibilidad adicionalmente la improcedencia si son contrarios a la Constitución o la ley. La resolución es sujeta a impugnación al recurso de

apelación que debe plantearse en ese momento de la audiencia con la admisión o negativa de la prueba pero con efecto diferido, es decir, que solo con la sentencia final, la decisión de fondo, el órgano jurisdiccional superior resuelve ordenando práctica de prueba siempre que incida en el fondo de la controversia.

## **2.9 CONDOCENCIA Y PERTINENCIA DE LA PRUEBA:**

El Código Orgánico General de Procesos señala:

“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.”

Se debe señalar que, habiendo señalado claramente sobre el examen de admisibilidad de los medios de prueba como también los requisitos que debe cumplir la prueba, es necesario destacar que actualmente con el COGEP se ha introducido como un deber legal al juzgador exclusivamente a él le corresponde admitir o rechazar los medios probatorios y las partes defender la admisibilidad o impugnar. A diferencia del Código de Procedimiento Civil en el que no había ese deber judicial algunas normas señalaban sobre la pertinencia o la utilidad pero al no tener ese carácter de obligatoriedad, por ello las partes proponían medios de prueba que no tenían que ver con el tema de la prueba, se podían proponer y que se disponga pero que no se practiquen en algunas ocasiones para dilatar el proceso, lo que se llamaba “prueba sorpresa”, “prueba de última hora” vulnerando el principio a la contradicción o el principio de igualdad de armas. Ahora, si bien es cierto el juez admite o rechaza la prueba las partes pueden solicitar su exclusión, no admisión o al no estar conforme plantear la impugnación.

## **2.10 NECESIDAD DE LA PRUEBA:**

El principio de necesidad de la prueba se requiere a que todos los hechos que han establecido las partes en el proceso judicial civil, de los cuales se va a basar la decisión

judicial, deben probarse, sin que el órgano judicial sea parcial aplicando los conocimientos que como ser humano tenga ante los hechos que se presentan ante su autoridad, el juzgador no puede usar su criterio personal sobre los hechos, él debe decidir en base a la práctica de las pruebas de los hechos que han sido presentados para llegar a la decisión porque de lo contrario se violaría la tutela judicial efectiva, el debido proceso, la seguridad jurídica.

El Código Orgánico General de Procesos establece:

“Art. 162.- Necesidad de la prueba. Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran. La parte que invoque la aplicación del derecho extranjero o disienta de ella presentará la certificación del agente diplomático sobre la autenticidad y vigencia de la ley. A falta de agente diplomático, la parte podrá solicitar a la o al juzgador que requiera al Estado de cuya legislación se trate que certifique por la vía diplomática la autenticidad y vigencia de la ley. La o el juzgador no podrá aplicar como prueba su conocimiento propio sobre los hechos o circunstancias controvertidos.” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

Respecto a la necesidad de la prueba existe un criterio doctrinario que señala lo que corresponde de manera clara, Sentiz Melendo: Las partes tienen de presentar las pruebas, así sostiene “sin la prueba el juez no podría tener un contacto con la realidad extraprocesal, así resulta difícil imaginar un proceso en el cual no se haya realizado algún tipo de actividad probatoria, por lo que se ha llegado a afirmar que sin la prueba no hay proceso” (SAMAYOA, 2017).

## **2.11 HECHOS QUE NO REQUIEREN SER PROBADOS:**

El tratadista Jaime Azula Camacho ha establecido en su libro Manual de Derecho Procesal aquellos hechos que no requieren ser probados o que no son objeto de prueba de manera amplia y señala los siguientes:

- a) “Las normas jurídicas nacionales; no necesitan ser probado el conocimiento o desconocimiento de las mismas, ya que se presume de derecho el conocimiento de la ley.

Ello en base a un aforismo jurídico: “IURA NOVIT CURIA”, el juez conoce del derecho, al juez se le manifiestan hechos a través de los actos de proposición y el resuelve en derecho.

- b) Existencia y representación de personas jurídicas de derecho público; no necesita prueba de su existencia si se tratan de entidades públicas de creación Constitucional o legal.
- c) Reglas de la experiencia, estas reglas no sólo le sirven a la jueza o juez, sino también al perito y al testigo, que en base a su experiencia pueden establecer una presunción y valorar el hecho o prueba.
- d) Los juicios de valor que se hacen con respecto a una persona u objeto, previa la confrontación entre una premisa mayor y otra menor.
- e) Hechos imposibles. Aquello que no se puede realizar; por ejemplo, estar a la misma hora, día y fecha en distintos lugares.

En ello coincide también el COGEP en su artículo 163 numeral 2:

“Art. 163.- Hechos que no requieren ser probados. No requieren ser probados: 2. Hechos imposibles.” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

- f) Negaciones y afirmaciones indefinidas, se refiere de esta manera a la forma en que las partes presentan los hechos que sustentan sus pretensiones o excepciones.

También se encuentra establecido en el cuerpo normativo y en la misma disposición en su numeral 1:

“Art. 163.- Hechos que no requieren ser probados. No requieren ser probados: Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvención o los que se determinen en la audiencia preliminar.” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

- g) Hechos notorios. Desde el punto jurídico es considerado que lo notorio queda referido a los hechos permanente o transitorio y conocido por todos o por un grupo determinado de personas; por lo tanto, no necesita ser probado.

Ello también contempla la legislación en su numeral 3:

“Art. 163.- Hechos que no requieren ser probados. No requieren ser probados: 3. Los hechos notorios o públicamente evidentes.” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

- h) Hechos presumidos. Dentro del Derecho se establece que de un hecho se puede inferirse o deducirse otro, en razón de la causa y efecto entre ellos, y que es conocido como presunción, y este a su vez presenta dos modalidades: 1. Las presunciones de derecho que no admiten prueba en contrario; y, 2. Las presunciones de hecho, que admiten prueba en contrario, por tanto, el hecho indicado o deducido puede ser desvirtuado.

El COGEP también contempla de la siguiente forma:

“Art. 163.- Hechos que no requieren ser probados. No requieren ser probados: 4. Los hechos que la ley presume de derecho.” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

- i) Hechos amparados de cosa juzgada. La cosa juzgada ampara la decisión contenida en la sentencia y la regla general es que sus efectos cobijan solo a las

partes que intervienen en el proceso, salvo que la misma norma los haga extensivos a todos.

- j) Hechos prohibidos. Hay ciertos hechos que, como tales son objeto de prueba, pero son vedados para determinados procesos.” (GUAMÁN, 2017).

Por ejemplo, en el Código Civil en su Art. 1570, respecto del negocio jurídico de promesa de compraventa de un inmueble, si se quiere probar aquel con testigos, no tiene validez, es indispensable que sea por escrito y mediante escritura pública. Otro ejemplo del mismo cuerpo normativo es el establecido en el Art. 1725 en materia de obligaciones no se admite testigos cuando debió haberse consignado por escrito. Por último el Art. 1727 dispone que la persona que demanda una cosa de más de ochenta dólares de los Estados Unidos de Norte América no se admite prueba de testigos. (NACIONAL A. , CODIGO CIVIL). Es decir, como se puede observar en los anteriores ejemplos la ley exige que en determinados casos existe un principio de prueba por escrito, prohibiendo expresamente en ciertos casos hechos que no pueden probarse con testigos, de hacerlo no tendrían validez ni eficacia probatoria, aunque aparentemente se creería que se puede probar de esa manera cuando en la práctica se encuentra prohibido por ley.

Esto es así de lo contrario la prueba sería ilegal si es que corrompe la ley o ilícita si vulnera los derechos constitucionales.

## **2.12 VALORACIÓN DE LA PRUEBA:**

El Código Orgánico General de Procesos regula la valoración de la prueba de la siguiente manera:

“Art. 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberá solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código...”

Es decir, aquí se señala nuevamente el principio de oportunidad para que el juez valore la prueba la aprecio debe ser en el momento procesal correcto, sino carecería de eficacia probatoria, precluyera la posibilidad de que tenga validez.

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

El juzgador constatando que las pruebas sean solicitadas, anunciadas, adjuntadas, presentadas y practicadas con la oportunidad procesal debe apreciar en su conjunto, es decir, todas las pruebas. Si el juez no realiza una completa valoración de cada una de las pruebas que se han practicado en la audiencia correspondiente de acuerdo a los distintos tipos de procedimiento nos enmarcaríamos en la doctrina por los errores del juzgador que son dos:

1. Error in iudicando: Es cuando el error deriva de la sentencia, concretamente del razonamiento del juzgador, por falta de aplicación indebida aplicación o errónea interpretación. Actualmente se le conoce como vicio del juicio.
2. Error in procedendo: nace de la no observancia de la ley procesal bien sea porque omite o no cumple lo que la ley establece o porque actúa en contra de lo que la ley expresamente prohíbe o la última posibilidad es cuando actúa de distinto modo a lo que establece la ley.

“La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.” (Art. 164 del COGEP). (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

Si el juez incurre en error en su razonamiento y no realiza la valoración de la prueba en su conjunto, es una disposición normativa obligatoria para el juez, en tal caso la sentencia tendría falta de motivación, la sentencia es una decisión del juzgador sobre los asuntos sustanciales del proceso que debe cumplir requisitos y debe estar motivada, el Código



Procesal señala que:

“Art. 90.- Contenido general de sentencias y autos. Además del contenido especial que la ley señale para determinados autos o sentencias, todo pronunciamiento judicial escrito deberá contener: 1. La mención de la o del juzgador que la pronuncie. 2. La fecha y lugar de su emisión. 3. La identificación de las partes. 4. La enunciación resumida de los antecedentes de hecho. 5. La motivación de su decisión. 6. La decisión adoptada con precisión de lo que se ordena. 7. La firma de la o del juzgador que la ha pronunciado.” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

Dentro del contenido debe existir la MOTIVACIÓN y esta a su vez exige:

“Art. 89.- Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. **LAS SENTENCIAS SE MOTIVARÁN EXPRESANDO LOS RAZONAMIENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS, QUE CONDUCEN A LA APRECIACIÓN Y VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS COMO A LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO.** La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación.” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015).

Por lo que si no existe valoración de las pruebas en su conjunto, no hay motivación y su consecuencia jurídica es la nulidad.

### **2.13 DERECHO DE CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA:**

De acuerdo a la Constitución de la República del Ecuador existen principios que regulan la administración de justicia dentro de ellos se encuentra el principio de contradicción de

conformidad con el Art. 168 numeral 6 que dispone:

“Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.” (CONSTITUYENTE, 2008)

Y concretamente en la norma secundaria procesal Código Orgánico General de Procesos se regula de manera concreta el derecho de las partes de contradicción a la prueba:

“Art. 165.- Derecho de contradicción de la prueba. Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla.” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

El derecho a la contradicción de la prueba es la piedra angular muy importante en el derecho probatorio y sobre todo en el derecho procesal, una prueba no controvertida es una prueba nula. Las pruebas al ser anunciadas en los actos de proposición cumplen adicionalmente con un principio de publicidad con la finalidad de que las partes puedan contradecir las mismas en la audiencia de juicio o en la audiencia única dependiendo el tipo de procedimiento, pero ello no quiere decir que solo en ese momento existe contradicción, también en otros actos.

Es por eso hay que hacer una distinción doctrinaria sobre la contradicción en el ámbito procesal, existen dos tipos de contradicción como derecho y principio que son:

- a) Contradicción difusa: es aquella que se realiza o se plasma en actos procesales independientes por ejemplo se da la demanda, luego contestación y contradicción a ella.
- b) Contradicción concentrada: se dan en el mismo acto procesal o diligencia como es el caso de la audiencia de juicio por ejemplo. (SAMAYOA, 2017)

## **2.14 PRUEBA NUEVA:**

Luego de haber desarrollado sobre el principio base del sistema probatorio que es el derecho a la contradicción de la prueba se relaciona con la prueba nueva, porque si bien es cierto la prueba se anuncia, se adjunta en los actos de proposición existe como excepción a la regla general la prueba nueva que se puede anunciar hasta antes de la fecha en donde se convoca a la audiencia de juicio con el requisito que no tuvo conocimiento la parte que lo propone debido a que nadie puede beneficiarse de su propia culpa, el aforismo “nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, ello debe ser acreditado. Pero el Código Orgánico General de Procesos al final deja a la incertidumbre y criterio del juzgador debido a que señala en su parte final que depende de la sana crítica de cada juzgador, lo señala de la siguiente manera:

“Art. 166.- Prueba nueva. Se podrá solicitar prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvenición y contestación a la reconvenición, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio, siempre que se acredite que no fue de conocimiento de la parte a la que beneficia o que, habiéndola conocido, no pudo disponer de la misma. La o el juzgador podrá aceptar o no la solicitud de acuerdo con su sana crítica.” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

Si bien es cierto establece requisitos de forma el no conocimiento de la parte que anuncia prueba nueva, que no haya sido anunciada en los actos de proposición, que sea acreditado, impone la ley un requisito demasiado subjetivo que coloca a las partes que quieren hacer uso de este mecanismo legal en un completo plano de inseguridad jurídica, pues el juzgador puede dar o no paso en ciertos casos y en otros no, las partes quedan supeditadas a la voluntad de distintos juzgadores de las Unidades Judiciales Civiles sin tener un criterio fijo, lo que hace que se vulnere no solo la seguridad jurídica sino también el acceso a la justicia, es decir, la tutela judicial y además el debido proceso en sus garantías de derecho a la defensa.

## **2.15 PRUEBA EN EL EXTRANJERO:**

Esta es una modalidad que establece el Código Orgánico General de Procesos en virtud de garantizar el derecho a la defensa de las partes en el proceso cuando quieren realizar la práctica de una prueba que es útil, conducente, pertinente, legal, lícita y se encuentra en el extranjero, establece la forma que se debe llevar a cabo para su validez y consecuentemente su valoración de la siguiente manera:

“Art. 167.- Prueba en el extranjero. Para la práctica de las declaraciones de parte o declaraciones de testigos en el extranjero, se notificará a los funcionarios consulares del Ecuador del lugar, para que las reciban a través de medios telemáticos. Tratándose de otros medios probatorios o de no existir funcionario consular del Ecuador, se podrá librar exhorto o carta rogatoria a una de las autoridades judiciales del país con la que han de practicarse las diligencias.”

## **2.16 PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER:**

Esta es otra dificultad que presenta el Código Orgánico General de Procesos si bien es cierto nuestra legislación goza del principio dispositivo por regla general establece que:

“Art. 5.- Impulso procesal. Corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo.” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

La doctrina determina claramente lo que se entiende por un sistema procesal dispositivo y señala lo siguiente:

Hugo Alsina: el juez no puede: “a) iniciar de oficio el proceso (nemo iure sine actore); 2) no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes (principio de presentación: quod non est in actis non est in mundo); 3) debe tener por ciertos los hechos en que aquellas estuviesen de acuerdo (ubi partis sunt concordēs nihil ab iudicē); 4) la sentencia debe ser conforme a lo alegado y probado (secundum allegata et probata); y 5) el juez no puede condenar

a más ni a otra cosa que la pedida en la demanda (ne eat ultra petita partium)” (ALSINA, 1963).

Jaime Azula Camacho, considera que en el principio dispositivo “las partes son los sujetos activos del proceso, ya que sobre ellos recae el derecho de iniciarlo y determinar su objeto, mientras que el juez es simplemente pasivo, pues su función se limita a dirigir el debate y decidir la controversia” (GAVIDIA, 2007)

Frente a ello el Código Orgánico General de Procesos dispone:

“Art. 168.- Prueba para mejor resolver. La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince días.”

Entonces, aquí se genera una complicación dispone la norma: “cuando el juez juzgue necesaria”, de nuevo se deja a consideración subjetiva del juzgador la práctica de prueba para mejor resolver, el juez debe siempre actuar dentro de los límites de la controversia que han sido establecidos por las partes en sus actos de proposición, no puede salirse de aquellos límites porque actúa de manera incompetente, el juez no puede suplir los errores de la defensa técnica de las partes, por distintas razones, se señala que es la excepción la prueba para mejor resolver pero deja en un marco totalmente amplio.

Respecto a ello ya se han pronunciado los tratadistas del Derecho Procesal y existen dos corrientes, sobre la prueba para mejor resolver o conocida en otros países como prueba de oficio. Hay quienes defienden que es correcto que de manera excepcional y dejando expresa motivación se disponga la prueba de oficio para el caso de personas en situación de vulnerabilidad como son niños, niñas, adolescentes, personas de tercera edad, mujeres embarazadas, personas con discapacidad. Señalan que quienes no están de acuerdo con este tipo de prueba, no se encuentran de acuerdo con la justicia que debe existir protección

y defensa de los derechos constitucionales e instrumentos internacionales.

Por otra parte hay quienes que señalan que están en contra de la prueba para mejor resolver porque lesiona el principio de independencia judicial y del sistema de justicia pues el juez al ser director del proceso pasa a ser dictador del mismo, al ser una delgada línea en que el juez puede actuar de manera parcial, para obtener aprobación social, situaciones que van desde lo mediático a lo religioso, generando esas causas violación al debido proceso.

Así el tratadista Alvarado Velloso efectúa una crítica a la facultad probatoria de oficio argumentando que: “cualquier iniciativa que irrumpa en el desarrollo y estructura fundamental de los procedimientos o que afecta la legítima defensa, encajaría como una conducta que violenta el debido proceso y por ende afectaría a una de las partes que se encuentran dentro del litigio.” (Orna, 2016)

Julio Ballesteros Vaca señala una noción más acertada: “En el fondo, de lo que se trata es que la totalidad del proceso debe permearse de garantismo procesal para que el corolario sea la verdadera realización de los derechos ante un sistema de justicia imparcial, evitando que la prueba de oficio o para mejor resolver no viole el debido proceso, fundamentalmente el derecho a la legítima defensa del cual somos titulares todos los ciudadanos. La posibilidad de que el juez disponga una prueba de oficio obliga en él una actitud de absoluta responsabilidad con la sociedad y el estado social de derechos y justicia.” (Orna, 2016)

## **2.17 CARGA DE LA PRUEBA:**

El Código Orgánico General de Procesos dispone lo siguiente:

“Art. 169.- Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación...”

La regla general comprende el aforismo: “Onus Probandi Incumbit Actori”, es decir, quien alega un hecho tiene que probarlo, en materia civil el actor tiene que probar los

hechos que propone en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación.

“La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada...”

El demandado solo en caso que afirme hechos en su contestación tiene que probar lo que alega.

“La o el juzgador ordenará a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder, así como dictar correctivos si lo hace de manera incompleta...”

Cuando no se ha incorporado la prueba en su poder, no se ha adjuntado en los actos de proposición las pruebas y se ha solicitado acceso judicial por estar la prueba en manos de otra persona es necesario por el derecho a la defensa y contradicción que exista el tiempo y los medios adecuados con anticipación a la otra parte las pruebas.

“Cuando se trate de derechos de niñas, niños y adolescentes, en materia de derecho de familia y laboral, la o el juzgador lo hará de oficio en la audiencia preliminar...”

“En materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima...”

En materia de familia, niñez y adolescencia se realiza la carga de la prueba de manera más sencilla pues dentro de la Constitución de la República del Ecuador se trata de grupos de atención prioritaria.

“En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o la o el demandado...”

Este es un caso de excepción en donde se invierte la carga de la prueba no necesariamente le corresponde al actor sino a quien produce el daño potencial o real en la naturaleza.

“También serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley.” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

La carga de la prueba a pasado de ser un principio a convertirse en una institución del Derecho Procesal y concretamente al derecho probatorio, se encuentra correlacionado con la necesidad de la prueba pues las partes para obtener una sentencia favorable deben justificar los hechos con medios probatorios que sean aportados y que cumplan los requisitos anteriormente expuestos.

## **2.18 OBJECIONES:**

El Código Orgánico General de Procesos dispone un sistema abierto de pruebas se puede anunciar toda prueba siempre que no vulnere el debido proceso, la lealtad procesal actuar conforme a la ley, cumplir los requisitos de la prueba utilidad, pertinencia y conducencia y la prohibición de actos intimidatorios, esta es la regla general para todo tipo de pruebas que se anuncien en los actos de proposición lo dispone de la siguiente forma:

“Art. 170.- Objeciones. Las partes podrán objetar las actuaciones contrarias al debido proceso o lealtad procesal, así como cualquier prueba impertinente, inútil o inconducente. Serán objetables los actos intimidatorios o irrespetuosos contra las partes, testigo, peritos o cualquiera de los presentes.”

Dentro de las pruebas que se encuentran reguladas en el COGEP existen reglas que marcan las objeciones, referente a la prueba testimonial:

“Art. 176.- Objeciones a los testimonios. Las partes podrán objetar de manera motivada cualquier pregunta, en particular las que acarreen responsabilidad penal a la o el declarante, sean capciosas, sugestivas, compuestas, vagas, confusas, impertinentes



o hipotéticas por opiniones o conclusiones. Se exceptúan las preguntas hipotéticas en el caso de los peritos dentro de su área de experticia. Podrán objetarse las respuestas de las o los declarantes que van más allá, no tienen relación con las preguntas formuladas o son parcializadas. Una vez realizada la objeción, la o el juzgador se pronunciará aceptándola o negándola.”

Por otro lado la prueba documental se establece la posibilidad de objetar:

“Art. 198.- Falsedad y nulidad de documentos. La parte que alegue la falsedad material o ideológica o la nulidad de un documento público o privado, presentado por la contraparte, deberá hacerlo en las oportunidades señaladas en este Código. El incidente deberá resolverse en la audiencia de juicio.”

“Art. 203.- Impugnación de la firma o de la autoría de un documento. Los documentos que se presenten con la demanda, con la contestación, con la reconvencción o su contestación, podrán ser impugnados por la parte contraria al contestarlas, para lo cual, se acompañará prueba de la impugnación. Si los documentos se presentan como medios probatorios supervenientes, la impugnación deberá plantearse en audiencia. Si la parte alega que un documento incorporado al proceso ha sido firmado en blanco o con espacios sin llenar, se presumirá cierto el contenido del mismo, una vez que se haya reconocido la firma o declarado su autenticidad salvo que la ley la presuma. La prueba en contrario no perjudicará a terceros de buena fe.” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

Es decir, el COGEP establece distintas disposiciones para objetar las pruebas que son reguladas por el cuerpo normativo pero no excluye la posibilidad de proponer otras pruebas siempre que cumplan con la regla general.

## **2.19 UTILIZACIÓN DE PRUEBA:**

El Código Orgánico General de Procesos señala la posibilidad de utilizar aquella prueba

que es totalmente valida ha sido practicada en un proceso a otro mediante como requisito la copia certificada y es regulado de la siguiente manera:

“Art. 171.- Utilización de la prueba. La prueba practicada válidamente en un proceso podrá incorporarse a otro en copia certificada. Para su apreciación es indispensable que en el proceso original se haya practicado a pedido de la parte contra quien se la quiere hacer valer o que esta haya ejercido su derecho de contradicción. Se exceptúan los casos en los que la ley expresamente prohíbe este uso procesal.” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

## **2.20 PRESUNCIÓN JUDICIAL:**

Según el origen etimológico de la prueba proviene del latín compuesto “pre-sume-re” que significa: “tomar antes, resolver con antelación, presentir, anticipar, prever, conjeturar.” (NAVARRETE RIOS, 2020). Es decir, proviene de presumir, tomar cierto algo que no es. Se toma con anticipación un presupuesto del cual no se tiene un real conocimiento.

Dentro del ámbito procesal Cipiario Gómez Lara determina que la PRESUNCIÓN JUDICIAL: “como la inferencia o conclusión que se obtiene en relación a un hecho concreto, con anterioridad antes de que éstos se demuestren o aparezcan por sí mismos. En tal sentido se puede, afirmar que la presunción, en el sentido jurídico que es el que nos interesa, se puede entender como un mecanismo de razonamiento, como el raciocinio por el cual se llega al conocimiento de ciertos hechos que se desconocen partiendo de hechos de los cuales ya se tiene un conocimiento. Por la prueba presuncional de esta manera se llega al conocimiento indirecto de los hechos controvertidos, independientemente de que no se tenga conocimiento de estos.” (NAVARRETE RIOS, 2020)

Quiere decir que las presunciones judiciales le corresponden únicamente al juez cuando este para emitir su decisión se basa en los hechos que se han probado en el proceso, es el razonamiento cuando se prueba un hecho en el proceso es la realidad procesal pues se

desconoce de las circunstancias anteriores, siempre que medie un nexo lógico entre el hecho y lo probado o acreditado.

Así el Código Orgánico General de Procesos determina que:

“Art. 172.- Presunción judicial. Los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de la prueba y que además sean graves, precisos y concordantes, adquieren significación en su conjunto cuando conducen unívocamente a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias expuestos por las partes con respecto a los puntos controvertidos. Por lo tanto, la o el juzgador puede resolver la controversia sobre la base de estas conclusiones que constituyen la presunción judicial.” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

Concretamente es el razonamiento del juzgador en base a los hechos que han sido probados y que han cumplido con la finalidad en la decisión del mismo del convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidas.

## **2.21 SANCIONES:**

El Código Orgánico General de Procesos, establece que se impondrá sanciones en el caso de mala fe y deslealtad procesal en el caso de falsedad siempre que se haya justificado de la siguiente manera:

“Art. 173.- Sanciones. Cuando las alegaciones de falsedad se decidan en contra de quien la propuso, la o el juzgador sancionará la mala fe y deslealtad procesal conforme con la ley. Igual sanción se aplicará a la parte que presentó la prueba, cuando en el proceso se ha justificado la falsedad.”

La mala fe se refiere a la posibilidad de actuar a sabiendas que algo no es conforme al Derecho. Y la deslealtad procesal es practicar un acto en el juicio que no corresponde verazmente a la realidad.

## **2.22 CONCLUSIONES AL CAPÍTULO:**

Como actos de proposición señalados en el COGEP se encuentra: la demanda, la contestación, la reconvencción y contestación a ella en caso de existirla dentro del proceso civil.

En el análisis jurídico de la demanda como acto de proposición se remitió significado teórico de la acción y pretensión.

Referente a la acción siguiendo el sistema jurídico ecuatoriano la tradición Romanista se confundía en la antigüedad en el ámbito histórico de Roma la acción con el derecho subjetivo en ese orden. Con Savigni, se cambia ese orden primero el derecho subjetivo luego la acción, reconociendo la autonomía de la acción como aquella tutela judicial ante la vulneración de uno o varios derechos subjetivos. Se contradice este criterio por la corriente alemana de Windscheid señalando que la acción no se propone ante la vulneración de un derecho, sino que implica la facultad de imponer la pretensión judicialmente. Por otro lado, Muther considera que la acción y el derecho subjetivo son dos derechos uno el presupuesto de otro. Siendo así, la acción es un poder jurídico de naturaleza pública de los sujetos de derecho potestativamente solicitando la actividad de la función judicial obteniendo una resolución o sentencia.

Por otro lado, la pretensión es la manifestación de la voluntad plasmada en la demanda y mediante la acción que es el poder jurídico público de acudir ante el Estado a través de la función judicial por un sujeto de derecho que exige al demandado el cumplimiento de una obligación o el reconocimiento de un derecho, con el pronunciamiento del juez competente. Existiendo dos tipos de pretensiones: Material o Extra Procesal y Jurídica o Procesal.

La demanda es el acto procesal mediante el cual se ejercita la acción y contiene la pretensión dirigida al juez para la tutela del interés público o particular en la composición de la Litis. Es aquel acto que da inicio o vida al proceso. El COGEP no define que se entienda por demanda a diferencia del Código de Procedimiento Civil.

La contestación es un acto procesal en la que el demandado reconoce o niega las pretensiones del actor que ha propuesto en su demanda, es el establecimiento de las excepciones del demandado, comprende el sentido bilateral de la acción que no sólo implica proponer una demanda sino también la contestación aunque se limite el demandado a rechazar las pretensiones del actor, se traba la Litis y adicionalmente está solicitando al juez que se pronuncie a través una sentencia, pone en actividad el órgano estatal.

La demanda y la contestación son piezas procesales de trascendental importancia, cada uno implica la concreción de la acción y la excepción fijando los límites de la controversia no pudiendo el juez excederse pues actúa con incompetencia y las partes con impertinencia.

La reconvencción es la acción que tiene el demandado en contra del actor, dentro del mismo juicio iniciado en su contra, nace en la antigüedad cuando no había permanencia en los juzgados ni con los jueces y se fundamenta en el principio de economía procesal.

En todos los actos de proposición los postulados contenidos en los mismos deben ser probados o acreditados para que el juez pueda pronunciarse al respecto con la debida motivación. Es decir, la prueba es la piedra angular dentro del proceso civil tiene como finalidad la demostración de los hechos controvertidos, convencimiento del juzgador para la resolución y mantenimiento de la paz social.

La prueba tiene requisitos: intrínsecos (Son inherentes a la actividad probatoria) y extrínsecos: (Se refiere a los requisitos legales para la proposición). Adicionalmente debe desarrollarse en el marco de los derechos de protección: seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y debido proceso.

La oportunidad de la prueba señala el COGEP que se debe adjuntar los medios de prueba en la demanda, contestación, reconvencción y contestación a ella, en caso de existir

imposibilidad física de obtenerla para adjuntar a los actos de proposición, se debe pedir auxilio al órgano jurisdiccional y se puede usar cualquier medio probatorio lo que señala dos aspectos importantes: (sistema abierto) (libertad probatoria).

Referente a la admisibilidad de la prueba el COGEP dispone que existe lo que se conoce en doctrina un “examen de admisibilidad” que se da en la audiencia única o en la preliminar dependiendo el tipo de trámite. Aquel examen realiza el juez para determinar si los medios de prueba cumplen los requisitos de utilidad, pertinencia y conducencia. Como pertinencia se entiende que el medio de prueba está orientado a probar los hechos controvertidos o la materia voluntaria. La utilidad se refiere a esclarecer los hechos permitiendo al juez el convencimiento. La conducencia se refiere a la idoneidad del medio para probar los hechos.

El COGEP establece el principio de necesidad de la prueba en el proceso civil, pues es indispensable que se acredite o pruebe los hechos que hayan establecido las partes en los actos de proposición, pues solamente con la práctica de la prueba el juzgador se acerca a las circunstancias controvertidas y debe resolver de manera motivada garantizando los derechos de protección. Salvo que existan hechos que no requieran ser probados que son propiamente los establecidos en la norma. Toda prueba que haya pasado por el examen de admisibilidad debe ser valorada si ella ha sido anunciada, solicitada, incorporada, practicada en la debida oportunidad procesal, en su conjunto, no sólo un medio de prueba, se debe tomar en cuenta todos, en caso de que el juez en su razonamiento no valore el conjunto de pruebas incurre en falta de motivación en la sentencia como garantía esencial del debido proceso e incurriría en nulidad.

Las pruebas para que tengan validez y eficacia plena probatoria es necesario que sean conocidas, de manera oportuna, cumpliendo con publicidad pudiéndose por la otra parte formular su oposición fundamentada y contradecirlas de manera difusa en distintos actos procesales o concentrada en un mismo acto procesal o diligencia. Frente a ello, si bien se debe conocer oportunamente la prueba el COGEP abre la posibilidad de presentar PRUEBA NUEVA que no ha sido anunciada en los actos de proposición hasta antes de

la convocatoria a la audiencia de juicio en dos situaciones: 1. No conociéndola. 2. Conociéndola pero no pudiendo disponer de ella. Dejando con total amplitud a la sana crítica del juzgador si la acepta o no.

Por otro lado, el COGEP establece un sistema mixto probatorio deja la posibilidad como en los antecedentes históricos se señaló que el juzgador tenga una facultad que es la excepción al sistema dispositivo y es la figura jurídica de PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER, es decir, de oficio cuando el juzgador requiere para esclarecimiento de los hechos, deje constancia de su decisión disponer la práctica de prueba, incluso pudiendo suspenderse la audiencia por quince días. Se desprende del texto de la ley que señala ser excepcional, pese a ello se deja en amplia consideración del juez, es otro caso.

La carga de la prueba en el proceso civil señala el cuerpo normativo procesal que le incumbe al actor probar los hechos de la demanda y los que ha negado el demandado. Por otro lado, el demandado debe probar en el caso que en su contestación haya afirmado implícita o explícitamente y asegurando poner con oportunidad a disposición de la parte la prueba que está a disposición de la contraparte, por el derecho de contradicción. Así como también existe un caso de manera expresa que establece la ley donde se invierte la carga de la prueba como es lo relativo al medio ambiente.

El COGEP adicionalmente ha dispuesto que existe un sistema probatorio abierto de la prueba, es decir, se puede proponer cualquier medio siempre que expresamente no esté establecido en la ley cumpliendo el examen de admisibilidad y constitucional del medio de prueba que se anuncie pero se puede objetar si no cumple con esos requisitos que exige la ley y la Constitución: utilidad, pertinencia, conducencia, lícito y legal. Si bien es cierto el juzgador debe hacer la valoración de la prueba en base al examen anteriormente señalado pero también tiene la facultad de resolver en base a la presunción judicial se basa en los hechos que han sido probados en el proceso, es decir, la realidad procesal, habiendo un nexo entre el hecho y lo probado.

Ante la amplia consideración de la prueba en el COGEP como se ha desarrollado en el

trabajo de investigación para el juez y las partes, dentro del proceso civil o no penal, se debe señalar que el juzgador es el garante principal de los derechos de protección de todos quienes intervienen en la relación jurídica procesal existente pues de lo contrario se incurriría en nulidad del mismo; por lo que, ante alegaciones de falsedad el funcionario judicial debe sancionar la mala fe y la deslealtad procesal, pero no se queda ahí en alegaciones sino también cuando se ha presentado prueba falsa.

### **CAPÍTULO III. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL AL SISTEMA PROBATORIO EN EL COGEP A FIN DE QUE SE GARANTICE EFECTIVAMENTE LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN EN UN PROCESO JUDICIAL NO PENAL.**

La presente investigación radica en plantear una propuesta de reforma legal sobre el sistema probatorio que establece el Código Orgánico General de Procesos, debido a que este cuerpo normativo es reciente y plantea una innovación grande debido a que la prueba dentro de un proceso judicial es la base para que el juez alcance el convencimiento de los hechos, las partes justifiquen sus pretensiones accediendo a la justicia y el sistema procesal logre alcanzar encontrar la verdad procesal.

La normativa actual se aleja del sistema inquisitivo donde hubo un sistema probatorio cerrado en el que solo los medios probatorios establecidos en la ley, taxativos, son los que se pueden plantear dentro de un proceso judicial no penal. Ahora, se ha plasmado en la normativa un sistema abierto en donde se puede plantear cualquier medio probatorio siempre que se cumplan requisitos de utilidad, pertinencia y conducencia.

La normativa mencionada que es de orden público y existen algunos problemas por lo que es necesario plantear la siguiente propuesta normativa con la finalidad de que entre administración de justicia y las partes que intervienen en un proceso judicial no penal se precautele los derechos a la tutela judicial efectiva, las garantías del debido proceso y la seguridad jurídica, en adelante (derechos de protección).



### **3.1 LIBERTAD PROBATORIA Y SU OPORTUNIDAD:**

Cuando se refiere a la libertad probatoria hay que analizar este presupuesto para identificar las falencias que incurre la práctica del COGEP como parte de la Legislación Procesal Ecuatoriana debido a que el sistema procesal, concretamente en el ámbito probatorio de los procesos judiciales no penales o civiles para que cumplan con vigor los derechos de protección se encuentran enmarcados en principios, derechos y garantías que se deben cumplir de forma obligatoria para el correcto funcionamiento del Estado a través de la administración de justicia en relación con los ciudadanos como titulares de los derechos fundamentales.

La libertad probatoria es consagrada con el COGEP en su Art. 160, pues se puede proponer cualquier medio de prueba siempre que cumpla con los requisitos de utilidad, pertinencia, conducencia y legitimidad (que no sea contrario a la ley ni a la constitución). Existe una errónea aplicación de las disposiciones anteriormente mencionadas respecto de la libertad probatoria por parte de los jueces en perjuicio de la defensa de los intereses de los ciudadanos y para comprender el problema es necesario precisar a la libertad probatoria como principio, derecho y garantía.

#### **3.1.1 LIBERTAD PROBATORIA COMO PRINCIPIO:**

La norma suprema, Constitución Política de la República del Ecuador, aprobada en Montecristi en el 2008, en su Art. 11 que contiene principio de aplicación de los derechos fundamentales de las personas y desarrollo de los cuerpos normativos de inferior jerarquía, en sus numerales:

“3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o *judicial*, de oficio o a petición de parte. *Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.*

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los

derechos garantizados en la Constitución...

El Estado será responsable por detención arbitraria, *error judicial*, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

La constitución, es eminentemente garantista en la protección de los derechos de quienes acceden a la administración de justicia pues gozan de los principios de directa e inmediata aplicación de los derechos como también responsabilidad de respeto de los mismos y de reparo en caso de vulneración.

Para entender lo que es el principio de libertad probatoria existen juristas que determinan de manera clara el concepto de principio de la siguiente manera:

Robert Alexy: “los principios son mandamientos de optimización, y su característica principal reside en el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados, y en que la medida justa de su cumplimiento no depende tan solo de las posibilidades materiales, sino también de las posibilidades jurídicas.” (Grau, 2007).

Por ello concuerda con Rafael Oyarte que señala en su obra *Del Debido proceso* lo siguiente: ““Las normas recogen reglas y principios. Se las distingue, indicando que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, es decir, son mandatos de optimización,” que “pueden cumplirse en diferentes grados”, mientras que las reglas son normas que “solo pueden ser cumplidas o no”, es decir; se debe actuar conforme ella dispone, “ni más ni menos” (Oyarte, 2016)

El principio al ser un mandato de optimización quiere decir que deben cumplirse en la mayor medida posible cuando se refiere al esquema probatorio implica aquella posibilidad que tienen las partes procesales de proponer medios de prueba, acceder a ellos, contradecirlos cumpliendo con los requisitos de ley.

Dentro del criterio doctrinario eminentemente procesal, Pablo Talavera Elguera señala que: “los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley” (Elguera, 2009).

Si bien se establece la libertad probatoria además de los límites, requisitos de admisibilidad de la prueba previstos en la ley, la Constitución establece otro límite de legitimidad contemplado en el Art. 76 numeral 4 de la siguiente manera:

“4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”. (CONSTITUYENTE, 2008)

La Corte Constitucional del Ecuador ha señalado mediante la sentencia nro. 034- 09-SEP-CC con ponencia del Dr. Edgar Zárate Zárate, analiza la oportunidad de evacuar una prueba en específico dentro de un juicio ejecutivo y como la negativa de esta prueba por parte del juzgador transgredió otros derechos como: 1. el debido proceso, 2. la defensa, y 3. la garantía de motivación de la sentencia. (Ecuador, s.f.).

### **3.1.2 LIBERTAD PROBATORIA COMO DERECHO:**

El COGEP ha otorgado el derecho a la libertad probatoria en su Art. 160 además de que se garantice constitucionalmente el derecho a la prueba y su contradicción entre los demás principios que garantizan su efectiva vigencia. Es decir el Estado tiene la obligación por ser la normativa procesal de derecho público de no exigir otros requisitos adicionales a los que establece la ley y la constitución respecto de la libertad probatoria.

Hernando Devis Echandía establece concretamente la libertad probatoria como derecho de la siguiente manera:

“Para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, en forma que se ajuste a la realidad, es indispensable otorgar libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las que sean pertinentes, con la única limitación de aquellas que por razones de moralidad versen sobre hechos que la ley no permite investigar, o que

resulten inútiles por existir presunción legal que las hace innecesarias (en cuanto se persiga con ellas probar lo presumido; no cuando se intenta desvirtuar la presunción, a menos que en el último caso sea de derecho) o sean claramente impertinentes o inidóneas” (ECHANDIA, 2012 EDICION VICTOR ZABALÍA)

De acuerdo al modelo procesal del sistema probatorio abierto la libertad probatoria es un principio y derecho básico para lograr la verdad procesal en un proceso judicial penal, siempre que sean los medios permitidos y cumpliendo los requisitos que exige legal como constitucional, teniendo el deber positivo del Estado de garantizarlo.

### **3.1.3 LIBERTAD PROBATORIA COMO GARANTÍA:**

El COGEP al ser una norma de derecho público se debe cumplir con la seguridad jurídica prevista en la Constitución en su Art. 82:

“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.” (CONSTITUYENTE, 2008)

La prueba es una garantía que tiene toda persona al acceder a la administración de justicia que no puede ser vulnerada pues la norma al prescribir la libertad probatoria, existe la seguridad jurídica de anunciar y usar cualquier medio de prueba de conformidad con la norma para lograr demostrar las pretensiones que se han propuesto en los actos de proposición.

Por ello, María Florencia Catanese señala que: “Las garantías constitucionales se definen como los medios o instrumentos que la Constitución Nacional pone a disposición de los habitantes para sostener y defender sus derechos frente a las autoridades, individuos o grupos sociales; mientras que las garantías procesales como “las instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos” (CATANESE, 2017).

### **3.2 OPORTUNIDAD EN EL ANUNCIO DE LA PRUEBA:**

Si bien está claramente determinado que la libertad de prueba está totalmente establecido,

reconocido y garantizado por el Código Orgánico General de Procesos y la Constitución, pero cuando se refiere a la oportunidad los medios de prueba se pueden anunciar únicamente en la demanda (Art. 142 numeral 7 y 8), contestación (Art. 152) y reconvención (Art. 154), es decir, esa es la oportunidad para anunciarlos, porque de ahí se marca el principio de preclusión, de no haberse anunciado la prueba en los actos de proposición luego ya no podría proponerse salvo las excepciones de ley.

Entonces aquí es el Código que presenta problemas:

1. En la demanda:

“El art. 142, num. 7 del COGEP, nos ilustra respecto a la oportunidad del anuncio de prueba cuando determina: La demanda se presentará por escrito y contendrá: “[...] 7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

En la demanda se deben anunciar los medios de prueba y únicamente en ese acto de proposición se puede establecer cuáles son los medios de prueba que van a justificar los hechos establecidos, lo cual es correcto para pruebas de las cuales se tiene acceso y están en potestad del actor. Empero, también se señala que se acompaña la nómina de testigos en el transcurso del proceso estas personas que fueron señaladas para testificar, aportar al juez de los hechos que conocen, pueden fallecer, tomar una posición de desavenencia, discordia, entre otras situaciones y posteriormente si esta es una prueba trascendental para demostrar los hechos y circunstancias controvertidas el no poder anunciar la prueba posteriormente hace que la parte que se quede sin testigos que han sido nominados se encuentre en indefensión obteniendo una sentencia o resultado desfavorable.

Frente al problema señalado lo correcto para una reforma legal sería que en la demanda se pueda anunciar todo tipo de pruebas con los requisitos de admisibilidad: utilidad, pertinencia, conducencia y legitimidad, que se anuncie prueba testimonial sobre los hechos que se declararan, más no precisamente la nómina de los nombres y apellidos de los testigos porque de un momento a otro puede ocurrir alguna situación en la que se provoque violación al acceso a la justicia (tutela judicial efectiva), las garantías del debido proceso en su derecho a la defensa y la seguridad jurídica, podría establecerse entonces que la nómina de testigos se puede adjuntar en la convocatoria a la audiencia de juicio en donde se va a practicar la prueba o en la convocatoria a la audiencia única, dependiendo el tipo de procedimiento que se lleve a cabo, habiendo anunciado el medio de prueba testimonial que se va a usar en el proceso.

Otra complicación práctica que se encuentra en el plano judicial es que si dice el COGEP el examen de admisibilidad se debe dar en audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia única dependiendo el procedimiento, pero se toma una mala costumbre judicial de querer hacer ese examen en la calificación de la demanda y los juzgadores de esta manera rechazan de plano la demanda cuando solo tienen que al calificarla realizar el acto de constatar que cumplan los requisitos formales de la demanda que exige la ley, un control de legalidad, más no un examen de admisibilidad de los medios de prueba que se anuncian pues no es la etapa procesal, a continuación existen algunos ejemplos:

“El juicio número 17371-2016-05622, en la cual, el Juez del Trabajo en providencia de 5 de diciembre de 2016, en el juicio laboral sumario que sigue la señora Andrea Carolina Mena Aguilar en contra de la compañía American Airlines S. A.

En el auto de la calificación de la demanda y por ende los medios de prueba ofrecidos, dice lo siguiente: **3) CALIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA:** De conformidad a lo dispuesto en el artículo 146 inciso primero del COGEP se dispone: 3.1) Agréguese al proceso la documentación detallada en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, y 7; 3.2) EN LA AUDIENCIA ÚNICA: 3.2.1) La testigo PAOLA ANDREA MÉNDEZ CASTRO nominada por la actora, rinda su declaración testimonial al tenor de las preguntas que se formularán al momento de la diligencia y sobre los hechos expuestos por el actor. Testigo que será notificada

una vez convocadas las partes a audiencia única y en el domicilio señalado para el efecto, sin perjuicio de notificársele en la casilla judicial señalada por la accionante; 3.2.2) La actora rinda juramento deferido; **4) NO SE CALIFICA COMO MEDIOS PROBATORIOS: 4.1) El pedido constante en el numeral 6 de la prueba documental por cuanto no obra del proceso dicha documentación; 4.2) Los pedidos constantes en los numerales 1, 2 y 4 no proceden por cuanto son hechos futuros e inciertos.** Sin perjuicio de lo dispuesto, se hace saber a las partes que la contradicción de la prueba y el contrainterrogatorio se hallan dispuestos en la ley” (INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INTEMPESTIVO, 2016)

Se puede observar que el juez aquí ya hace una calificación sobre la admisibilidad anticipada de los medios de prueba no hay motivación y ya se rechazan los medios de prueba el demandado incluso en ese entonces ni conocía los medios de prueba para contradecir, hay violación al derecho a la defensa en las garantías del debido proceso, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica (derechos de protección).

“En el juicio No. 17811-2016-01274 tramitado ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo del Distrito Metropolitano de Quito, incoado por Marcos Eduardo Díaz Merino, en contra del Consejo de la Judicatura, en cuya primera providencia de 18 de julio de 2016, el juez ponente ordena: Previo a proveer lo que corresponda, aclárese y complétese la demanda, conforme los art. 142, 143, 146, 159, 161, 162, 196, 204, 308, 304, 310 del COGEP y normas conexas al caso; (...) anexe las pruebas y anuncie los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos que afirma, indicando como estos sustentan sus pretensiones; acompañe esquemas, resúmenes y/o guías sobre la prueba documental que presente, explique de manera individualizada la parte pertinente de la prueba a ser leída y exhibida en la audiencia del caso.” (SUBJETIVO, 2016)

Aquí es otro caso donde el juez en otro momento procesal que no es el oportuno empieza hacer el examen de admisibilidad de los derechos de protección exigiendo requisitos adicionales pues en la práctica de la prueba en la audiencia de juicio o en la segunda parte de la audiencia única se procede a leer la parte pertinente del documento para que sea practicada la prueba de manera plena.

Adicionalmente, si es que no se admite la prueba si bien es cierto por el derecho a la contradicción se puede apelar pero con efecto diferido, en donde si existe apelación a la resolución final luego de la tramitación de todo el proceso el tribunal superior es lo que primero resuelve, en principio por celeridad procesal se concede con efecto diferido pero si es una prueba trascendental para la demostración de los hechos y circunstancias controvertidas la que se negó y pudo cambiar totalmente el resultado, concurriríamos en que se lleve a cabo todo un proceso que involucra tiempo y dinero pues se producen gastos no solo personales de las partes sino también del estado para regresar a la situación que se haya negado indebidamente una prueba. Por lo que, mejor sería resolver enseguida para la continuación correcta del proceso.

Otra complicación que se produce en la práctica es sobre el acceso judicial a la prueba de aquellos medios que no se encuentran en poder de quien propone la demanda, aquí los juzgadores quieren que se justifique el no tener acceso, vulnerando los derechos de protección, como en el siguiente ejemplo:

“El juicio número 17371-2017-04454 interpuesto por la señora Rosa Holguín Santacruz en contra de la empresa AROMSAB CIA. LTDA., proceso tramitado dentro de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito. En dicho proceso judicial el juez al momento de calificar la demanda emite el respectivo auto resolutorio indicando lo siguiente: En lo principal de acuerdo a lo establecido en el segundo inciso del artículo 146 del COGEP, se dispone en el término de tres días y bajo prevenciones de ley, la parte actora cumpla con lo dispuesto en los numerales 1, 2, 4, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 del artículo 142 ibídem, esto es: [...] 8) Demuestre documentadamente la falta de acceso a la prueba judicial que solicita se oficie.” (PAGO DE HABERES LABORALES, 2017)

Como se puede observar esta es una práctica judicial errónea dentro de la prueba de acceso, se exige al que propone la demanda, adjunte algún documento en el que se demuestre que se ha pretendido realizar la obtención de la prueba previo a la solicitud de acceso de la misma; algo que, en el presente caso resultaba innecesario por cuanto los documentos requeridos por el actor (certificados de horas extras, vacaciones, pago de décimos) eran documentos que, por ley, se encontraban bajo custodia del demandado y ex



empleador.

2. En la contestación:

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

Respecto a este acto de proposición también es necesario que se anuncie la prueba de no contestar se prevé que se podrá tomar como negativa los fundamentos de la demanda, pero de contestar y no presentar pruebas renunciaría expresamente la facultad de ejercer su derecho a la prueba. Los mismos problemas anteriormente mencionados se dan en la contestación de la demanda pero es preciso señalar un ejemplo de cómo los jueces en los casos de calificar la contestación también se anticipan con el examen de admisibilidad:

“En el juicio número 17230-2016-13098 Agréguese al proceso el escrito que anteceden, el mismo que se recibe el día de hoy.- En lo que respecta al escrito de contestación a la demanda presentado, se considera: PRIMERO.- CALIFICACIÓN CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.- Revisada la contestación a la demanda y aclaración a la contestación a la demanda, dentro del término establecido en los artículos 156 y 354 del Código Orgánico General de Procesos - COGEP, en atención a lo consagrado en el artículo 169 de la Constitución, se la CALIFICA de completa, clara y cumple los requisitos legales generales contemplados en los artículos 151 y especiales de los artículos 351 y 353 ibídem, pues se fundamenta con excepciones permitidas por el artículo 353 del COGEP; situación por la cual se la ADMITE al presente Procedimiento Ejecutivo, establecido en el Libro IV, Título II, Capítulo I del

citado Código.- SEGUNDO.- NOTIFICACIÓN.- Al tenor de lo prescrito en el art. 354 del COGEP notifíquese a la parte actora con una copia del presente escrito de contestación a la demanda.- TERCERO.- ANUNCIO DE PRUEBA.- Considérese el anuncio de los medios probatorios señalados en el título de anuncio de prueba de la contestación a la demanda, situación que se estará a lo previsto en los artículos 160, 161 y segundo inciso del art. 354 del COGEP, sobre la admisibilidad y práctica de prueba en la respectiva Audiencia.- CUARTO.- DILIGENCIAS.- En cuanto a lo manifestado en el anuncio de prueba presentado por los demandados, y conforme lo prescrito en el artículo 174 del COGEP, se tiene: a) en la audiencia única señalada se receptara las declaraciones de parte de los señores Marcelo Iván Cevallos Viteri, y, Gabriela Parra Martínez el evento de que sean admitidos como medios probatorios. b) Oficio.- En cuanto a lo manifestado en el anuncio de medidas de prueba presentado por el ejecutado, conforme lo prescrito en el tercer inciso del artículo 152 en concordancia con lo expresado por el artículo 142.8 del COGEP, se niega, toda vez que en el escrito se ha presentado argumentaciones sobre la idoneidad, factibilidad y pertinencia de la prueba conforme sus argumentos, pero no lo prescrito en la ley, esto es no ha justificado la imposibilidad de no tener acceso a dicha prueba documental y que sea necesario recurrir al auxilio del órgano jurisdiccional, además que lo requerido (oficios a la Unidad Judicial Penal; y, Superintendencia de Compañías ), puede ser obtenida sin necesidad de recurrir a esta Autoridad para obtenerla, además que se trata de información pública. QUINTO.- AUDIENCIA ÚNICA.- De conformidad con lo prescrito en el art. 354 y conforme las reglas generales previstas en los artículos 79 y siguientes del COGEP, se señala para el día 11 de septiembre del 2017 a las 09h00 en la Sala de Audiencia de esta Unidad Judicial de lo Civil con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, ubicada en el Complejo Judicial Norte (Av. Amazonas y José Villalengua), a fin de que se lleve a cabo la Audiencia Única, a la cual deberán comparecer las partes procesales personalmente acompañados sus defensores técnicos o por intermedio de procurador judicial con poder amplio y suficiente en cuanto a derecho se requiere, el mismo que necesariamente deberá contener cláusula especial para TRANSIGIR conforme lo determina el artículo 86 ibídem, en la que se determina expresamente las únicas formas por las cuales las partes pueden comparecer, en

concordancia con lo prescrito en el artículo 130.11 del COFJ. La audiencia única se desarrollará en dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate, conciliación, alegato inicial con anuncio de prueba y la segunda, de práctica de prueba y alegatos.- NOTIFÍQUESE.” (COBRO DE PAGARÉ A LA ORDEN, 2016).

### **3.3 PRUEBA NUEVA:**

La prueba nueva que se puede introducir en el proceso en el que se deposita ampliamente a la sana crítica del juzgador y no se indica de qué manera se precautela los derechos de protección de las partes procesales, el COGEP lo regula de la siguiente manera:

“Art. 166.- Prueba nueva. Se podrá solicitar prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio, siempre que se acredite que no fue de conocimiento de la parte a la que beneficia o que, habiéndola conocido, no pudo disponer de la misma. La o el juzgador podrá aceptar o no la solicitud de acuerdo con su sana crítica.” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

Características que se presentan en la prueba

- En los actos de proposición la prueba no sea anunciada.
- Se debe acreditar que la parte que propone la prueba nueva no tuvo conocimiento.
- Se debe acreditar que si se tuvo conocimiento, no pudo disponer de la prueba.
- Solo se puede proponer hasta antes de la convocatoria a la Audiencia de Juicio. (Preclusión).
- La o el Juzgador podrá aceptar o no la solicitud de acuerdo a la sana critica.

Es decir, se deja ampliamente expuesto a la sana crítica del juzgador si se acepta o no la prueba nueva. Respecto a las reglas de la sana crítica Francesco Carnelutti determina que: “las reglas de la sana crítica, y en unos casos se han ponderado su función valorativa, las reglas del correcto entendimiento humano; o las reglas de prudente apreciación que

permite llegar a una convicción libre o persecución racional, es por ello que la sana crítica supone el órgano jurisdiccional debe valorar las pruebas de acuerdo con las reglas de la lógica, de la psicología o de la experiencia que, según su criterio personal, sean aplicables a cada supuesto concreto” (VINUEZA, 2017).

Respecto de la sana crítica establecido Boris Barrios Gonzalez con la Teoría de la Sana Crítica, que hay tres reglas a considerar:

1. Reglas de la lógica: El juzgador al ser una persona con conocimiento no garantiza la verdad objetiva de los hechos en la audiencia ni de pruebas practicadas; por lo que, es distinto la verdad subjetiva que tiene el juez en su mente que la objetiva que es la que se ha demostrado en la audiencia. Para llegar al ámbito objetivo la lógica tiene principios de base:
  - 1.1 Principio de identidad.- El principio de identidad se sustenta en que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra manera.
  - 1.2 Principio de contradicción.- El principio de contradicción se sustenta en la fórmula de que una cosa no puede entenderse en dos dimensiones al mismo tiempo. Una cosa no puede ser o no ser al mismo tiempo.
  - 1.3 Principio del tercero excluido.- Existe un juicio de valor verdadero y otro falso.
  - 1.4 Principio de la razón suficiente.- Toda proposición sobre un hecho debe estar probada.
2. Reglas de la experiencia: Esta se debe a Stein F: “son juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juegan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de estos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.” (Stein, 2017)
3. Reglas de la ciencia: Es la que ya proviene de la ciencia como tal aquella rama del conocimiento humano, aquí determinamos los dictámenes o informes periciales, pruebas científicas, donde en aquellos casos el juez no puede apearse sólo a la

lógica o a la experiencia. (GONZALEZ, REVISION 2020).

El COGEP al no establecer pautas que determinen cuando se acepta la prueba nueva, solo establece requisitos generales de admisibilidad que son: utilidad, pertinencia, conducencia y legitimidad, pero en ningún momento reglas de sana crítica que garanticen los derechos de protección pues algunos jueces pueden aceptar de acuerdo a su sana crítica algunas pruebas otras no, entonces las partes procesales que quieren hacer uso de esa posibilidad procesal de plantear prueba nueva quedan en total inseguridad jurídica, en indefensión si se rechaza una prueba que cumple los requisitos de admisibilidad pero que a criterio de la sana crítica del juzgador no sea aceptada y vulnera consecuentemente también la tutela judicial efectiva. Entonces debería implementarse cierta precisión sin dejar amplia discrecionalidad del juzgador.

Otro problema es que la prueba nueva se puede plantear hasta antes de la audiencia de juicio, únicamente los procedimientos ordinarios tienen dos audiencias: preliminar y de juicio, el resto de procesos solo tienen audiencia única. Al ser el COGEP una norma de derecho público debe ser clara, se debe aplicar la literalidad de la ley el sentido natural, gramatical y obvio de las palabras; es decir si la norma señala que se puede anunciar prueba nueva hasta antes de la convocatoria de la audiencia de juicio quiere decir que es hasta la audiencia preliminar porque en ese momento el juez tiene que definir la fecha de la audiencia de juicio en el término máximo de treinta días. Existe total problema de tipicidad en la norma.

Por otro lado, se considera que como la prueba nueva se encuentra bajo las DISPOSICIONES COMUNES A TODOS LOS PROCESOS involucraría también a los procedimientos en los que existe audiencia única, es una interpretación no apegada con literalidad a la ley, lo que provoca el COGEP es que de esta manera se produzcan distintas interpretaciones en los distintos juzgados lo que provoca nuevamente es completa inseguridad jurídica, violación a la tutela judicial efectiva y las garantías del debido proceso en el derecho a la defensa.

### **3.4 PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER:**

La prueba para mejor resolver que se puede suscitar de manera excepcional que existe una

indebida e ilimitada regulación en el COGEP de la siguiente manera:

“Art. 168.- Prueba para mejor resolver. La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince días.” (NACIONAL A. , CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2015)

Ello en concordancia con el Código Orgánico de la Función Judicial en el Art. 130 numeral 10 en donde los jueces en uso de sus facultades legales y constitucionales para esclarecimiento de los hechos pueden ordenar la práctica de las pruebas de oficio. (NACIONAL E. A., 2015).

El hecho de que se deje ampliamente al criterio del juez la posibilidad de que considere en todos los casos o en algunos casos “aunque diga que de manera excepcional” al disponer de todas las pruebas puede suplir la defensa de una de las partes, afectando los derechos de la otra. No existe la limitación de las pruebas que puede disponer para mejor resolver el juzgador, en otros países se establece claramente que la prueba testimonial no puede exigir el juzgador a quien no ha comparecido al proceso.

Adicionalmente, no existe la determinación en la norma respecto de la oportunidad exacta para la prueba de oficio solo dispone el COGEP en su Art. 294 numeral 7 literal b) en donde se señala que el juzgador puede ordenar la práctica de prueba de oficio en los casos que prevé el Código y en la audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia única, lo que es erróneo debido a que en esta etapa del juicio en cada caso, no se da aún el debate probatorio. Lo correcto es que luego del debate probatorio o de la práctica de las pruebas bien sea en la audiencia de juicio o en la segunda fase de la audiencia única, si no son claros los hechos controvertidos, ahí sí el juzgador debe disponer la práctica de prueba de oficio. Además, el Código señala que se aplica la prueba de oficio en los casos que prevé la norma, pero no señala qué casos son.

Por último, señala que podrá suspenderse hasta quince días la audiencia, debería señalarse claramente la oportunidad práctica de la prueba de oficio, una cosa es que se disponga la prueba de oficio pero no se señala un término máximo para su práctica, tampoco para que las partes puedan pronunciarse en uso al derecho a la defensa respecto de aquella prueba y a la contradicción sobre la constitucionalidad, los requisitos de la prueba o solicitar su exclusión. Por ejemplo, en el caso que el juez por favorecer o suplir la defensa de una de las partes no haya dejado una constancia con la debida motivación, no señala posibilidad de oposición o de contradicción de la misma. Entonces todos los problemas anteriores generan violación a los derechos de protección y también que no se cumpla con la finalidad del nuevo Código que es la “celeridad” en los procesos.

### **CONCLUSIONES AL CAPÍTULO:**

La libertad probatoria que se encuentra establecido en el COGEP encuentra su límite al cumplir los requisitos de utilidad, pertinencia, conducencia, conforme a la ley, la Constitución, es decir, el examen de admisibilidad y legitimidad.

La libertad probatoria, como principio: se refiere a normas o mandatos que deben ser cumplidos en la mayor medida posible desde el aspecto material y jurídico. Como derecho: se refiere aquel derecho a la prueba y la contradicción, es decir, que quien acude a la administración de justicia tiene la facultad de probar todos los hechos que alega en los actos de proposición, la búsqueda de la verdad procesal y el convencimiento del juzgador de los hechos controvertidos. Como garantía: toda persona tiene la garantía de acudir a la administración de justicia existiendo seguridad jurídica de anunciar y usar cualquier medio de prueba para demostrar los enunciados establecidos en los actos de proposición.

Frente a la concepción de la libertad probatoria establecida en la normativa, existe oportunidad de los medios de prueba se deben anunciar en los actos de proposición, de otra manera no podría hacerse valer los medios probatorios salvo los casos de excepción como es el caso de la prueba nueva y prueba para mejor resolver en donde por otra parte se deja

muy amplia la consideración del juzgador trayendo complicaciones como se ha desarrollado en este trabajo de investigación.

### **CONCLUSIONES GENERALES Y RECOMENDACIONES:**

- ❖ En el Ecuador el sistema probatorio para los procesos civiles o no penales se encuentran regulados en el COGEP, que recoge un sistema probatorio abierto, es decir, se puede proponer cualquier medio de prueba para acreditar los hechos establecidos en los actos de proposición.
  
- ❖ Como se desprende de la investigación se debe anunciar la prueba solo en los actos de proposición según el COGEP que genera problemas y recomendaciones:
  - ✓ En la demanda según el Art. 142 numeral 7, desde ese momento la contra parte conoce la prueba anunciada en la demanda, puede oponerse, contradecir, ejercer su derecho a la defensa. Se señala que debe acompañarse nómina de testigos con la finalidad de que se determine que hechos van a declarar, en teoría no genera ningún problema sería óptimo que el demandado conozca que personas declaran y sobre qué, pese a ello en la práctica se da problemas: Son seres humanos, son personas, por lo tanto, tienen sentimientos, ideas, pensamientos, puede que estas personas se peleen, desatiendan, exista discordia con quien los nombra en la demanda y en el transcurso del proceso hasta que se practique la prueba ya no se encuentren presentes por esas razones, nada es seguro puede darse el resultado de fallecer, siendo para un determinado proceso indispensable aquel o aquellos testigos no existe por ejemplo prohibición de que sean familia, pero existe una discordia o fallecimiento en ese caso la parte se queda sin prueba, se viola la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa y se perdería el juicio, se obtendría una sentencia desfavorable. La



recomendación sería que se anuncie prueba testimonial incluso se podría establecer sobre qué hechos declararían pero el anuncio de los testigos nómina de nombres y apellidos debe ser en la convocatoria a la audiencia de juicio o única dependiendo el trámite.

- ✓ La posibilidad de proponer prueba en los actos de proposición y el acceso a la tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica se han visto vulnerados pues la administración de justicia ha hecho una valoración de examen de admisibilidad anticipada de los medios de prueba respecto a la utilidad, pertinencia, conducencia y legitimidad, se ha intentado rechazar de plano las demandas por querer hacer el examen de admisibilidad en la calificación cuando lo correcto es en la audiencia única su primera fase en los trámites correspondientes y en el juicio ordinario en la audiencia preliminar. Por lo que se debe establecer una prohibición expresa para evitar la mal valoración anticipada de los medios probatorios. O también proponer una acción de constitucionalidad o acción extraordinaria de protección que queda como precedente ante la Corte Constitucional porque se vulneran derechos constitucionales.
- ✓ En la contestación de conformidad con el Art. 152 del COGEP se presentan los mismos problemas respecto de la nómina de testigos y adicionalmente el examen de admisibilidad. En la reconvención de la misma manera contemplada en el Art. 154 *Ibíd.* Se debe tomar en cuenta las mismas recomendaciones.
- ✓ Referente a la prueba nueva cuando es un derecho que tiene la parte procesal de incorporar al proceso un medio probatorio que no conocía o que habiéndolo conocido no tenía acceso, el legislador deja ampliamente a la sana crítica del juzgador aceptarla o rechazarla y si esa prueba es indispensable de ahí la necesidad de incorporar el medio

probatorio el hecho de rechazarla cuando el juez desee viola los derechos de protección o en juzgado acepten y otros no, es una completa inseguridad jurídica. Por lo que, sería una reforma orientada a establecer los mecanismos para garantizar los derechos de protección mediante una audiencia, eliminando la amplitud de la sana crítica, estableciendo incorporar justificando los requisitos de admisibilidad.

- ✓ La prueba para mejor resolver o prueba de oficio si bien el COGEP dice que es excepcional puede darse una vulneración de los derechos de protección de una de las partes debido a que un juez puede establecer a su criterio que los hechos son claros, otros no, es una cuestión subjetiva que recae nuevamente en la inseguridad jurídica, deben darse condiciones objetivas en la norma para que esta tenga lugar. Si una de las partes desconoce una relación de amistad, parcialidad o afinidad con la otra parte y está a pretexto de esclarecimiento de los hechos suple los defectos, errores u omisiones de la defensa jurídica de la parte que tiene afinidad también se violan los derechos de protección.
  
- ✓ El COGEP además de señalar en su Art. 168 la prueba para mejor resolver con la imprecisión anterior, cabe señalar respecto el Art. 294 numeral 7 literal b) que dispone que el juez puede disponer la práctica de la prueba de oficio en los casos previstos en la norma, pero nunca se establecen los casos, esa es una norma de la audiencia preliminar respecto de la práctica de la prueba de oficio o para mejor resolver, no se dispone nada en los trámites de audiencia única, no se entiende, o se interpretaría que solo se aplica en trámite ordinario, dejando de nuevo en inseguridad jurídica, se debería establecer por lo menos el alcance y los casos en los que se aplica la prueba de oficio.

- ❖ El COGEP es una norma procesal, de derecho público que debe dar soluciones a los procesos judiciales civiles o no penales, no generar más problemas, como se desprende hay fallas de redacción y de aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales; por lo que es necesario realizar una reforma legal y aplicar en correcta observancia la ley, para que por fin se cumpla el fin del sistema procesal un verdadero medio para lograr la correcta administración de justicia en el marco y la protección de los derechos constitucionales.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Abel Lluch, X. (2012). *DERECHO PROBATORIO*. BARCELONA: Jose María Bosch Editor.
- ALSINA, H. (1963). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. BUENOS AIRES: Buenos Aires Ediar 1963.
- AROCA, J. M. (2012). *LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL*. ESPAÑA: ARAZANDI.
- ÁVILA, R. V. (2011). CONCEPCIONES DE LA PRUEBA JUDICIAL. *REVISTA PROLEGÓMENOS DERECHOS Y VALORES*, 135-148.
- BELTRÁN, J. F. (2007). *LA VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA*. MADRID: MARCIAL PONS.
- BRACHO, J. M. (2008). La acción procesal y sus diferencias con la pretensión y demanda. *CUESTIONES JURIDICAS VOL II UNIVERSIDAD RAFAEL URDANETA VENEZUELA*, 23.
- CATANESE, M. F. (2017). *GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO*. Obtenido de GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO: <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/catanese.pdf>
- COBRO DE PAGARÉ A LA ORDEN, 17230201613098 (UNIDAD JUDICIAL CIVIL CON SEDE EN LA PARROQUIA IÑAQUITO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA 18 de 07 de 2016).
- CONSTITUYENTE, A. (2008). *CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR*. MONTECRISTI: ASAMBLEA NACIONAL.
- DEVIS ECHANDIA, H. (2009). *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil pag, 58, segunda edición*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- ECHANDÍA DEVIS, H. (1970). *TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL*. BOGOTA, COLOMBIA: VICTOR P DE ZAVALÍA.
- ECHANDIA, H. D. (2012 EDICION VICTOR ZABALÍA). *LA TEORIA DE LA PRUEBA JUDICIAL TOMO I*. BUENOS AIRES: FLORIAN.
- Ecuador, C. C. (s.f.). *Sentencia 034-09-SEP-CC*. . Obtenido de Sentencia 034-09-SEP-CC. : [http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2009/034-09-SEP-CC/REL\\_SENTENCIA\\_034-09-SEP-CC.pdf](http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2009/034-09-SEP-CC/REL_SENTENCIA_034-09-SEP-CC.pdf)
- Elguera, P. T. (2009). *La prueba*. Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo.
- FAVELA, J. O. (MARZO de 2013). *DERECHO PROCESAL CIVIL*. Obtenido de [https://books.google.com.ec/books?id=F\\_pcDwAAQBAJ&pg=PT201&lpg=PT201&dq=Alcal%20A1+Zamora+y+Castillo+Niceto,+%E2%80%9CIntroducci%C3%B3n+al+estudio+de+la+prueba,+en+Estudios+de+Derecho+probatorio,&source=bl&ots=sa6VTYn7Qi&sig=ACfU3U14EcHPMIk1ozVYZORsFbR6](https://books.google.com.ec/books?id=F_pcDwAAQBAJ&pg=PT201&lpg=PT201&dq=Alcal%20A1+Zamora+y+Castillo+Niceto,+%E2%80%9CIntroducci%C3%B3n+al+estudio+de+la+prueba,+en+Estudios+de+Derecho+probatorio,&source=bl&ots=sa6VTYn7Qi&sig=ACfU3U14EcHPMIk1ozVYZORsFbR6)

- GAVIDIA, A. A. (2007). *PRINCIPIO DISPOSITIVO Y PRUEBA ORDENADA DE OFICIO*. QUITO: UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR.
- GONZALEZ, B. B. (REVISION 2020). *TEORIA DE LA SANA CRITICA*. Obtenido de TEORIA DE LA SANA CRITICA: [http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria\\_de\\_la\\_sana\\_critica\\_Boris\\_Barrios.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf)
- GOZAINI, O. A. (2019). *ELEMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL*. BUENOS AIRES: UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.
- Grau, E. (2007). *Interpretación y aplicación del Derecho*. Madrid: Dykinson.
- GUAMÁN, M. C. (2017). “LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA FRENTE A LA INEFICACIA Y LA MALA PRACTICA JUDICIAL SEGUN EL COGEP. *UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMERICANA*, 68.
- Guerra, L. A. (2010). *Postulación de pruebas y sus efectos en los procesos anulados*. Sevilla: Dialnet.
- HERNANDO, D. E. (2006). *TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL TOMO I*. BOGOTA, COLOMBIA: TEMIS.
- IGLESIAS, D. O. (2019). *APUNTES DE LA CÁTEDRA DE DERECHO PROCESAL CIVIL*. CUENCA: APUNTES DE LA CÁTEDRA DE DERECHO PROCESAL CIVIL.
- IGLESIAS, D. O. (2019). *APUNTES DE LA CÁTEDRA DE DERECHO PROCESAL CIVIL*. CUENCA: APUNTES DE LAS CÁTEDRA DE DERECHO PROCESAL CIVIL.
- ILLANES, S. L. (2010). DERECHO PROCESAL CIVIL: DEMANDA Y SUS EFECTOS JURÍDICOS. *DOCENTIA ET INVESTIGATIO*, 12.
- INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INTEMPESTIVO, 17371 2016 05622 (Unidad Judicial de Trabajo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito 26 de 09 de 2016).
- Lluch, X. A. (2012). *DERECHO PROBATGORIO*. ESPAÑA: JOSE MARIA BOSCH.
- LOPEZ, C. A. (1999). BREVES NOTAS SOBRE EL CONCEPTO DE ACCIÓN. *REVISTAS PUCP*, 761-771.
- NACIONAL, A. (2005). *CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL*. ASAMBLEA NACIONAL, REGISTRO OFICIAL.
- NACIONAL, A. (2015). *CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS*. Quito: ASAMBLEA NACIONAL, REGISTRO OFICIAL.
- NACIONAL, A. (s.f.). *CODIGO CIVIL*. QUITO: ASAMBLEA NACIONAL.
- NACIONAL, E. A. (2015). *CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL*. QUITO: REGISTRO OFICIAL.

- NAVARRETE RIOS, A. I. (2020). *LAS PRESUNCIONES JUDICIALES COMO FORMA DE RESOLVER SEGUN EL COGEP*. GUAYAQUIL: UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL.
- Ordoñez., S. D. (2019). La prueba en el código orgánico general de procesos. Ecuador. *REVISTA UNIVERSIDAD Y SOCIEDAD*. Universidad Técnica de Machala. Ecuador., vol.11, no.1.
- Orna, D. C. (2016). *“LA PRUEBA NUEVA EN EL CODIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS Y VULNERACION A LA DEFENSA Y CONTRADICCION*. AMBATO: UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES.
- Oyarte, R. (2016). *Debido Proceso*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- PAGO DE HABERES LABORALES, 17371-2017-04454 (UNIDAD JUDICIAL DE TRABAJO CON SEDE EN LA PARROQUIA IÑAQUITO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA 29 de 09 de 2017).
- Pasato, A. G. (2017). *El deber judicial de admisión de los medios probatorios y la*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- QUIROZ, A. A. (2015). *JUICIO ORDINARIO DE MAYOR CUANTIA: CELERIDAD Y ECONOMIA PROCESAL*. GUAYAQUIL: UNVIERSIDAD REGIONAL AUTONOMA DE LOS ANDES.
- SAMAYOA, J. P. (2017). *Introducción al Derecho Probatorio*. . GUATEMALA: UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR.
- Stein, F. (2017). *El conocimiento privado del juez*. Santiago de Chile: Biblioteca Clásicos del Derecho.
- SUBJETIVO, 17811-2016-01274 (TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON SEDE EN EL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA 13 de 07 de 2016).
- VEAOCHAGA, E. P. (1962). *TEMAS DE DERECHO PROCESAL*. PERÚ: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DE PERÚ.
- VINUEZA, P. A. (2017). *LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA APLICACIÓN DE LA SANA CRÍTICA, EN LA PRUEBA NUEVA DEL COGEP*. QUITO: UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS.