

Dr. Rubén Morán Sarmiento • Efraín Pérez
Dr. Ricardo Crespo Plaza

ELEMENTOS DEL COGEP

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES
Quito, 2016.

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP)

ELEMENTOS DEL COGEP

Dr. Rubén Morán Sarmiento ▪ Efraín Pérez ▪ Dr. Ricardo Crespo Plaza

Revisión

Departamento Jurídico Editorial - CEP

Diagramación

Departamento de Diagramación - CEP

Impresión

Talleres de la CEP

Derecho de Autor No.:	En Trámite
Depósito Legal:	En Trámite
ISBN No.:	978-9942-10-307-9: 01-jun-2016
Tiraje:	1000
Edición:	Primera

Quito - Ecuador

Todos los derechos sobre el contenido de esta obra pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones. Prohibida su reproducción total o parcial así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación sin autorización expresa de la Corporación.

ÍNDICE

LOS HECHOS Y LAS PRUEBAS, ELEMENTOS PROCESALES RELEVANTES EN EL PROCEDIMIENTO ORAL

Los elementos fácticos (hechos) de la controversia	1
La reconvencción	3
Los hechos nuevos	4
Derecho comparado	8
¿Cuál es el límite para la propuesta del material fáctico?	9
Código Orgánico General de Procesos	11
Recurso de Apelación	11
¿En qué momento del proceso se pueden presentar?	11
¿Cuál es el procedimiento frente a los hechos y particularmente los hechos nuevos?	14
Hechos nuevos en la segunda instancia art 258	15
Los medios de prueba, tratamiento procesal	16
Postulación y formalidades de las pruebas	17
La constitucionalización de la prueba	18
Tesis alrededor de la prueba	21
(Trasladar la prueba) autonomía–independencia de la prueba	21
Valor extraprocesal del medio probatorio actuado en una controversia (la relativa autonomía de la prueba)	22
Derecho comparado	22
La nulidad del proceso; nulidad de un acto procesal; conservación de la prueba	23

La prueba frente a un proceso anulado	25
Convalidación de los actos procesales	26
La prueba o carga probatoria dinámica	27
Nuestro sistema	29
Pruebas de oficio	33
Criterio que robustece la tesis de la prueba de oficio	34
La prueba de oficio.- aspectos positivos y negativos	35
La prueba de oficio en el marco del activismo vs. Garantismo	36
El activismo judicial	36
Nuestro Sistema: El COGEP	38
Concertación entre las partes acerca de la prueba	39
Prueba nueva	41
Prueba directa	41
Prueba indirecta	42
La carga de la prueba	44

EL CONTENIDO DEL COGEP EN RELACIÓN CON LA DOCTRINA PROCESAL Y CON EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Antecedentes	49
Proceso oral por audiencias	49
Los procedimientos	50
El uso del vocablo procedimiento	51
Comentarios sobre las diferencias CPC – COGEP	52
Lo que permanece	54

Disposiciones sustantivas que se incorporan	55
La naturaleza como parte procesal	55
El procedimiento del concurso voluntario (Concordato) se añade en su totalidad	56
Se añade la normativa existente como desestimación sobre la personalidad jurídica	56
Causales para renunciar la procuración judicial	56
Inspección judicial	56
Retiro de la demanda	57
Las modificaciones	57
Aplicación principal y subsidiaria	59
Procedimiento ordinario	60
Procedimiento ejecutivo	64
Procedimiento concursal	65
Procedimiento voluntario	65
Procedimiento monitorio	66
Audiencia preliminar	67
La demanda	67
La citación	68
Contestación a la demanda	68
El expediente	68
La prueba	69
Recursos	70
Efecto suspensivo	71

Efecto diferido	72
Efecto devolutivo,	72
Providencia que descarta el proceso o subida del proceso	73
Aclaración o ampliación, inadmisión	73
Las audiencias	74
Formato de las audiencias	75
Clases de audiencias	76
Contencioso administrativo	78

ANEXO I

PROCESO AMBIENTAL EN LA CONSTITUCIÓN Y EN EL COGEP

Introducción	87
Derechos de la naturaleza	87
Legitimación procesal	92
Legitimación	92
Responsabilidad por daños ambientales	94
Competencia	100
Inversión de la carga de la prueba	101
Imprescriptibilidad del derecho de accionar por daños ambientales	103
Oportunidad de medidas cautelares en el desarrollo del juicio ambiental	105
Interpretación de las normas ambientales	106
Bibliografía	109

PRÓLOGO

En esta obra se presentan tres aspectos descollantes del nuevo Código de Procedimiento Civil, el COGEP.

Como se conoce, el aspecto nuevo más significativo del COGEP es de introducir la oralidad en el proceso, a través del mecanismo de las audiencias. Es un tema que se ha desarrollado bastante y su práctica se irá concertando con su ejercicio diario.

El presente libro aborda: 1. Elementos nuevos de las pruebas en el proceso; 2. La relación del COGEP con la doctrina tradicional del procedimiento civil y con el Código de Procedimiento Civil; y, 3. El proceso ambiental.

La enunciación de las pruebas que se van a presentar –en la audiencia– contribuye a la necesaria transparencia del proceso. No obstante, es legítima la introducción de *pruebas nuevas* y el reconocimiento de *hechos nuevos*, sin afectar el resultado de la congruencia. El Dr. Rubén Morán Sarmiento desarrolla en forma doctrinaria y práctica el tema, en su acostumbrada claridad y sencillez, como un aporte inestimable del nuevo proceso ecuatoriano.

A pesar de lo novedoso del COGEP, la norma se sustenta en principios procesales más que centenarios, desarrollados en la doctrina a lo largo de los años. ¿Qué es lo que finalmente cambia del antiguo sistema procesal al nuevo juicio que contempla el COGEP? ¿Qué elementos doctrinales y jurisprudenciales resultan aplicables todavía? En esta obra se intenta distinguir los principios que se mantienen y los que son nuevos en el proceso por audiencias. Este examen se realiza desde el punto de vista del Código de Procedimiento Civil, que igualmente se mantendrá en vigencia unos pocos meses o años más para los juicios iniciados hasta el 21 de mayo de 2016.

La Constitución de 2008 introduce mecanismos procesales que se discuten en la doctrina desde hace unos pocos años, pero que no se han puesto en vigencia en la mayoría de los casos, como por ejemplo la *inversión de la carga de la prueba*. La mayoría de estas figuras se receptan en el COGEP y otros se han venido introduciendo en forma restringida en los últimos años en nuestros procesos civiles. De todas maneras, como es conocido, las disposiciones constitucionales se aplican directamente sin necesidad de su intermediación por una

normativa expresa. En este trabajo se contemplan todos estos enfoques, su aplicación y sus antecedentes doctrinales.

El editor, 2016.

LOS HECHOS Y LAS PRUEBAS, ELEMENTOS PROCESALES RELEVANTES EN EL PROCEDIMIENTO ORAL

Dr. Rubén Morán Sarmiento

HECHOS RELEVANTES, por el tratamiento procedimental, amplio, flexible, abierto para que las partes agoten en el universo de sus circunstancias, todo respecto de lo fáctico que pueda tener incidencia respecto de la tutela legal que se pretende.

PRUEBA RELEVANTE, por la variedad de manifestaciones probatorias que prevé el sistema oral, en la posibilidad de que las partes acudan a la que de forma versátil se adecue a lo fáctico que quiere probar; lo importante es que el justiciable tenga los mecanismos probatorios suficientes para el cabal ejercicio de su derecho de defensa.

El soporte de esta condición relevante de los hechos y las pruebas lo constituye la audiencia, y su ejercicio la inmediación, en la abierta y pública realización de la contradicción. Contradicción, avalada por la realización oral de todos y cada uno de los actos procesales.

Los elementos fácticos (hechos) de la controversia

El primer alegato que deben exhibir los contendientes es el relacionado con los hechos que se supone están inmersos en las pretensiones jurídicas que motivan a los justiciables el requerimiento de justicia. Los hechos constituyen el motor fundamental de la pretensión que dinamiza y mueve el aparato judicial con el propósito de crear, modificar, transformar o extinguir un estado o situación jurídica determinada; como vemos

“...no es posible concebir el derecho sin el (o los) hecho que lo genere, lo modifique, lo transforme o lo extinga...”¹

¹ Morello, Augusto *El Proceso Civil Moderno*, Editora Platense 2001, p. 277.

Derecho sobre los hechos que con carácter exclusivo le compete al actor y al demandado; si algo está impedido al juzgador, es penetrar en este mundo al que solo le toca juzgar, sancionar. Los sujetos procesales son los dueños del mundo de los hechos que los vincula y los relaciona procesalmente con el conflicto jurídico; hechos que constituyen el motivo de la o las pretensiones de los justiciables, que se trasuntan en expectativas jurídicas determinadas.

EL PRIMER ALEGATO trascendental en el proceso es el que se expresa y sostiene en la demanda; en este momento procesal (Acceder a la Justicia) el accionante debe referirse a todos los elementos fácticos que forman el entorno de su pretensión jurídica; no debe reservarse hechos para una alegación posterior, pero se debe excluir aquello que resulta intrascendente, extraño a la inmediata controversia, porque lo que se diga va a constituir la piedra angular de la controversia. Los hechos deben girar alrededor de los sujetos procesales, tanto del sujeto accionante como del potencial contradictor, y pueden ser positivos por la acción del agente ejecutor; negativos por la actitud de abstención del sujeto; voluntarios o involuntarios según la actividad volitiva del sujeto; lícitos e ilícitos en relación con la normativa jurídica sobre la que se va a sustentar el proceso (delito o cuasidelito civil).

De los hechos solo saben y conocen los actores de la contienda, y para que la tarea del juzgador sea más objetiva, los hechos deben ser expuestos sin omisiones ni reservas; más aún hoy que con el procesalismo oral tenemos la posibilidad de alegar hechos con posterioridad a las instancias de presentar y contestar la demanda; en consecuencia será siempre mejor no esconder nada de los hechos con pleno conocimiento, porque podría ser develado por la contraparte, y ser calificada la actitud como deslealtad procesal. Para que los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva y debido proceso tengan plena realización, este primero y básico derecho de la nueva estructura del proceso debe ser ejercido con la suficiente claridad y amplitud, y lo más importante subsumir los hechos en las hipótesis de la ley.

“...La ley es un estado, el hecho un desarrollo, la ley es el presente, el hecho no puede ser más que pasado o futuro, la ley está fuera del tiempo el hecho esta dentro;

es la lucha de la ley y el hecho; la ley busca detener el hecho y el hecho huir de la ley (en el proceso esa lucha debe concluir)...”²

En esta primera alegación no se puede desatender el arte que significa adecuar lo fáctico a la pretensión jurídica que motiva el proceso. Emulando lo señalado por Carnelutti.

Los hechos deben ser expuestos con claridad, con circunstancias de lugar y tiempo, clasificados cuando tengamos que referirnos a hechos que en el tiempo responden a una misma conducta y a un mismo propósito, pero que en la secuencia tienen cierta autonomía y numerados para el caso de resultados varios; hechos en general que sean susceptibles de ser demostrados por cualquiera de los medios de prueba que prevé nuestro sistema legal. Los hechos, con todos sus detalles deben ser expuestos obviamente en la demanda, y en la contestación a la demanda, o en la reconvencción si fuere del caso.

Art. 142 (COGEP).No.5–“...La demanda se presentara por escrito y contendrá:

La narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones debidamente clasificados y numerados...”.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Art.151.- “...La parte demandada deberá pronunciarse en forma expresa sobre cada una de las pretensiones de la parte actora sobre la veracidad de hechos alegados en la demanda...”.

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

La reconvencción

Art. 154.- “...Serán aplicables a la reconvencción en lo pertinente las reglas previstas para la demanda... Es de-

² Carnelutti, Francesco, Arte del Derecho, Ara editores, Lima., 2006, p. 50.

cir como se trata de una contrademanda, requiere también la alegación de elementos facticos, y la contestación a la reconvencción igualmente con la misma facultad y derecho para el contrademandado... ”.

Los hechos nuevos

Los hechos tenían una delimitación en el tiempo y espacio en el procesalismo escrito que debían ser asumidos con toda rigidez, es decir quedaban impreso los hechos en los documentos contentivos de la demanda y de la contestación; en este tema puntual al pasar de la escritura a la oralidad se termina la rigidez del procedimiento escrito y en este marco es posible que en las audiencias las partes puedan esgrimir con fundamentos la presencia de hechos nuevos relacionados con el tema de la controversia... El tratamiento de los hechos nuevos en el proceso genera una polémica, a favor y en contra, los que consideran importante dar paso a la incorporación de estos hechos a la trama de un proceso dicen: porque ayuda al suficiente desarrollo de la controversia; pues en la demanda dependiendo la naturaleza de los hechos alegados: constitutivos, impeditivos, extintivos, excluyentes, se podría convertir en una necesidad alegaciones complementarias con hechos nuevos. Los que se oponen en cambio consideran que se dificulta y complica la posición del demandado, se hace difícil su tarea de defensa; pues con el sistema oral se piensa que la traba de la Litis y la relación procesal con toda su secuela de hechos y de pruebas quedan establecidas con la presentación de la demanda y la contestación, y para eso se preparan los contendientes, especialmente el demandado; la posibilidad de otros hechos distorsiona la posición del demandado que enfoca su defensa solo en los elementos que conformaron la relación procesal., que se estableció con la contestación a la demanda.

La primera consideración, a la apertura para introducir elementos facticos con posterioridad a la traba de la Litis, se refiere a que hay que asegurar la tutela de los derechos sustantivos, debe abrirse la estructura propia del proceso y superar la consideración preclusiva de hechos solo para la demanda y contestación; se requiere de un procedimiento flexible que permita agotar la presentación de todos

los elementos de la controversia, hechos que pudieran estar ocultos, desconocidos, para los interesados, otros supervinientes al calor de la propia controversia; esto puede generar una mejor congruencia en los hechos, y garantizar de mejor manera la defensa en juicio, desde luego con la amplitud de lo contradictorio, para todos los actores de la contienda.

Los hechos nuevos generalmente se introducen a través de la llamada reforma de la demanda, pero también pueden surgir y aparecer a través de las cuestiones incidentales que formulen las partes, la acumulación de procesos, las tercerías, terceros, recusación, reclamos de competencia, etc. El caso más evidente, el de los terceros, que se incorporan al proceso, pero para hacerlo formulan su alegato sobre los elementos fácticos, que para el entorno del juicio serán NUEVOS Y PROVOCARÁN seguramente la réplica de las partes con otros hechos nuevos. Además este tercero con el mismo derecho de las partes, sujetos del proceso, puede presentar pruebas. Con la acumulación de procesos; el proceso más antiguo va a recibir el material fáctico presentado en el nuevo juicio y esto igualmente va a generar para la contraparte el otro elemento novedoso del sistema oral, la PRUEBA NUEVA.

HECHOS NUEVOS, conjunto de sucesos que ligados a la propuesta inicial y siendo concatenados acaecen o aparecen con posterioridad a la presentación de los elementos fácticos; y que son susceptibles de producir en alguna forma adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones materia de la controversia; sucesos que deben hallarse encuadrados dentro de los términos y naturaleza de la causa y objeto de la pretensión; si no reúnen estas características serían ajenos al objeto de la controversia, y no tendrían por consiguiente condición de hechos nuevos y deberán ser *desestimados por el juzgador*.

LOS HECHOS NUEVOS sirven para robustecer los hechos iniciales de la controversia que quedaron establecidos en la construcción de la relación procesal, responden generalmente a la iniciativa particular y exclusiva de cada parte, y en muchos casos por la iniciativa del propio juzgador, a través de prácticas de pruebas nuevas (de oficio), que constituyen medios que pueden evidenciar hechos

no aparecidos ni alegados en el juicio; hechos nuevos que por aparecer en fases posteriores a la traba de la Litis son específicos (nuevos) que convocan así mismo a la práctica de medios de prueba nuevos.

Para la admisión de hechos nuevos se requiere:

- a) **Que los hechos guarden relación con la cuestión que se ventila;** que los hechos nuevos estén vinculados, comprometidos con la pretensión en discusión; que no aparezcan ajenos, divorciados de la controversia.
- b) **Que los hechos nuevos aparezcan influyentes en relación con el derecho invocado por las partes;** el objeto del proceso es la tutela legal que se persigue de una situación determinada que se subsume en la hipótesis jurídica; los hechos nuevos deben guardar coherencia con esa hipótesis jurídica que se pretende y que está sometida a contradicción.
- c) **Hechos idóneos para influir en la decisión de la causa;** aportar positivamente al desenlace y solución del derecho controvertido; y,
- d) **Hechos nuevos que involucren a las partes de la relación procesal;** que los hechos que se presentan como hechos nuevos tengan conexidad y relación con los hechos pasados alegados en la demanda y la contestación.
- e) La doctrina hace una clasificación de hechos nuevos POR SU ORIGEN: en HECHOS NUEVOS, HECHOS SOBREVINIENTES, NUEVOS HECHOS; hechos nuevos en general, los que aparecen fuera de los hechos con que se inició la controversia, con la característica esencial de que guarden relación con los hechos que soportan la pretensión del actor (hechos viejos cuya presentación esta precluida), y las excepciones y defensa del demandado; los SOBREVINIENTES, son los que surgen al calor de los debates en el proceso, y por supuesto en armonía con el basamento inicial, finalmente el NUEVO HECHO, su naturaleza es desvinculada en lo esencial con los hechos alegados por el accionante, y que pueden aparecer gene-

ralmente en la contestación a la demanda, o en la reconvencción y que seguro van a generar la réplica del accionante en la que igualmente aparecerán otros hechos que también serán de igual naturaleza; nuevos hechos frente al tema de la controversia, que en conclusión, salvo excepciones podrían ser admitidos por el juzgador o tener influencia para la decisión de la causa.

Los efectos que los hechos producen en el proceso, ya se presenten en el momento de la traba de la Litis o con posterioridad como hechos nuevos pueden ser: constitutivos, extintivos, impeditivos, modificativos. Los hechos constitutivos con prueba a cargo del actor consolidan su derecho y conducen al juzgador al dictado de una sentencia que afirma su pretensión y tutela su derecho; los extintivos e impeditivos desvirtúan el derecho del actor, con prueba a cargo del demandado conducen al dictado de un fallo favorable para el demandado, lo que en definitiva significa respaldar su oposición en contra del interés del actor porque operó por ejemplo la prescripción; los modificativos son situaciones que permiten al juzgador a excederse en la cuantificación en favor de la pretensión del actor o lo contrario disminuir el valor de la pretensión. Hoy con esta apertura que proporciona el sistema oral, ya no se constriñe la naturaleza de los hechos en favor de la posición de actor o demandado, sino que la aportación indiferenciada de los hechos, supone que hechos constitutivos pueden ser tanto para actor como para el demandado, igual para el caso de los hechos impeditivos o extintivos; es decir dejan de pertenecer a las partes y se convierten en parte del proceso en general, con independencia del sujeto procesal a quien pueda beneficiar o perjudicar en el momento de su valoración. La posibilidad de que esta clase de hechos se puedan presentar en la misma contienda hace posible la economía procesal, y la concentración, se evita una nueva confrontación, o la reedición del mismo proceso, evidencia de salvar la rigidez de la preclusión ante la necesidad de encontrar la verdad procesal, eso es lo que justamente justifica incorporar todos los hechos relacionados con la controversia y que aparecen durante el debate.

Derecho comparado

En Uruguay las partes podrán aclarar aspectos oscuros o imprecisos a juicio de tribunal o de las partes que aparezcan en los escritos de demanda y de contestación. También el tribunal puede autorizar la introducción de hechos nuevos siempre que el hecho sea influyente por tener relación con el objeto del proceso y tenga la posibilidad de influir en su resultado y cuando no suponga modificar la pretensión.

Art. 341 (Uruguay).- “...En la audiencia preliminar se cumplirán las siguientes actividades:

Ratificación de la demanda y de la contestación y en su caso de la reconvencción y de la contestación a la misma, pudiéndose alegar HECHOS NUEVOS siempre que no modifiquen la pretensión o la defensa...

Las partes podrán proponer nuevos medios de prueba que a juicio del tribunal se refieran a los hechos nuevos o rectificaciones hechas en la propia audiencia...

Se regula entonces la posibilidad de alegar hechos nuevos posteriores a la demanda y presentar la correspondiente prueba nueva... ”.

PERÚ. Código Procesal Civil Art 429. “Después de interpuesta la demanda solo podrán ser ofrecidos los medios probatorios referidos a HECHOS NUEVOS y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir... ”

EN ESPAÑA.- “...Art. 286 HECHOS NUEVOS O DE NUEVA NOTICIA.- 1) Si precluido los actos de alegación previstos en esta ley y antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito, las parte podrán hacer valer ese hecho alegándolo de inmediato por medio de escrito que se llamara de ampliación de hechos salvo que la alegación pudiese hacerse en el acto del juicio... 4) El Tribunal rechazara mediante providencia la alegación de hechos acaecidos con posterioridad a los actos de alegación si esta

circunstancia no se acredita cumplidamente al tiempo de formular la alegación y cuando se alegue un hecho una vez precluido aquellos actos pretendiendo haberlo conocido con posterioridad el tribunal podrá acordar mediante providencia la improcedencia de tomarlo en consideración si a la vista de las circunstancias y de las alegaciones de las demás partes no compareciese justificado que el hecho no se pudo alegar en los momentos procesales ordinariamente previstos. En este caso si el Tribunal apreciaré ánimo dilatorio o mala fe procesal en la alegación podrá imponer al responsable multa... ”.

Los hechos nuevos que se pueden admitir son aquellos que no alteran ni modifican el derecho objeto de la acción tutelar que se reclama y que resulten determinantes para la sentencia que se persigue.

Art. 386 (España).- “...a partir de un hecho admitido o probado el tribunal podrá presumir la certeza a los efectos del proceso de otro hecho si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano... ”.

Art. 163 (Argentina).- “...La sentencia debe hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos producidos dentro de la sustanciación del juicio y debidamente probados aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos... ”.

¿Cuál es el límite para la propuesta del material fáctico?

Los sistemas procesales tienen diferentes posturas acerca de este tema estrictamente procesal. Para muchos funciona la preclusión es decir los elementos deben presentarse con la demanda y la contestación a la demanda no hay otra posibilidad; sin embargo algunos sistemas van más lejos y lo extienden hasta la audiencia preliminar con la consiguiente exigencia de que solo se podrán aportar pruebas sobre los hechos presentados.

MÉXICO.- El Código Federal prevé que después que haya sido admitida la demanda y hasta antes de que se celebre la audiencia final de la primera instancia, la parte actora podrá presentar una nueva alegación en la que se amplíe los elementos facticos que se habrían omitido inicialmente, igualmente al demandado, hasta antes de comenzar la fase de alegatos de audiencia final del juicio puede proponer excepciones o defensas supervinientes de las que no tuvo conocimiento al presentar su contestación. También se faculta al juez para que pueda requerir de las partes que amplíen el litigio a cuestiones no propuestas.

PARAGUAY.- Se pueden alegar hechos nuevos cuando ocurrieren o llegaren a conocimiento de las partes y que tuvieren relación con la cuestión que se ventila o cuando los hechos hayan ocurrido con posterioridad a la contestación a la demanda, podrán alegarlo hasta notificación con la apertura de la prueba, la contraparte podrá replicar y alegar otros hechos en cuyo caso el juez deberá tramitar sobre los hechos nuevos y la sentencia deberá referirse a los hechos de la controversia y por separado en referencia los hechos nuevos. En la segunda instancia se abrirá la causa a prueba para que las partes aleguen y prueben algún hecho nuevo conducentes con el tema del pleito y que hubiere ocurrido o hubiese llegado a conocimiento de las partes después de la oportunidad prevista en la ley, o por algún motivo no imputable al solicitante no se hubiere practicado en primera instancia.

PERÚ.- La etapa postulatoria se inicia con la presentación de la demanda; los hechos en que se funde la pretensión deben ser expuestos de forma precisa, con orden y claridad; el emplazado debe cumplir con los mismos requisitos, pronunciarse sobre cada uno de los hechos expuestos en la demanda, y exponer los hechos en que se funda su defensa. Después de la presentación de la demanda pueden ofrecerse medios de prueba nuevos referidos a HECHOS NUEVOS los que pudieran aparecer en la contestación a la demanda; y que no fueron referidos en la demanda, el actor podrá ofrecer entonces, pruebas sobre esos hechos nuevos, aparecidos en la contestación a la demanda.

Código Orgánico General de Procesos

Art. 148. Reforma de la Demanda.- “...La demanda podrá reformarse hasta antes de la contestación por parte de la o del demandado. Si después de contestada sobreviene un hecho nuevo, podrá reformarse hasta antes de la audiencia preliminar...”.

Art. 151, 3er. inciso.- “...Las excepciones podrán reformarse hasta antes de la audiencia preliminar...”.

Esto implica que igualmente el demandado puede introducir HECHOS NUEVOS en su contestación a la demanda, no obstante haber superado la fase de calificación de la contestación.

Recurso de Apelación

Art. 258.- “...Con la fundamentación se notificara a la contraparte para que la conteste en el término de diez días...”

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

JUICIO ORDINARIO.- AUDIENCIA PRELIMINAR Art. 294, NUMERAL 3).- “...La o el juzgador ofrecerá la palabra a la parte actora que expondrá los fundamentos de su demanda. Luego intervendrá la parte demandada fundamentando su contestación y reconviniendo de considerarlo pertinente. Si la parte actora es reconvendida la o el juzgador concederá la palabra para que fundamente su contestación. SI SE ALEGAN HECHOS NUEVOS, se procederá conforme a este código...”.

¿En qué momento del proceso se pueden presentar?

Se introduce en la controversia bajo la consideración de reforma a la demanda; el Art. 148, así lo señala categóricamente, pero establece dos situaciones diferentes, con efectos procesales igualmente diferentes:

- a): “...la demanda podrá reformarse hasta antes de la contestación por parte de la o el demandado...,b), si después de contestada sobreviene un hecho nuevo podrá reformarse hasta antes de la audiencia preliminar..”

EN EL PRIMER CASO ,se puede dar una reforma que pueda incluir hasta el cambio de acción , le permite al accionante PRESENTAR HECHOS NUEVOS RELACIONADOS CON SU PRETENSIÓN QUE CONOCIÓ, DESCUBRIÓ DESPUÉS DE HABER PRESENTADO LA DEMANDA, que le permite cambiar, inclusive la naturaleza de su pretensión y por consiguiente de la acción (no es disolución de la sociedad conyugal, sino divorcio por ejemplo); es decir plantear nuevos hechos, pues no existe todavía la traba de la Litis, (no se ha consolidado la relación procesal, NO SE HA CITADO AL DEMANDADO) tanto que también se prevé ahora retirar la demanda, Art. 236:

“...la parte actora podrá retirar su demanda antes que esta haya sido citada...”, así mismo podría presentar más de una pretensión, siempre que no sean contrarias ni incompatibles, todo esto en el marco previo a la traba de la Litis, Tan flexible este momento procesal que se puede cambiar la demanda a través de una reforma y hasta se puede retirar la demanda siempre que el demandado no haya sido citado,”

Ámbito en la que el accionante puede hacer con su demanda, lo que a bien tuviere, garantizado aún más por lo que señala el Art. 149 No. 2:

“...las partes conservaran su legitimación, aunque cambien los hechos en que esta se funde...”;

Se refiere a la legitimación en la causa; esto último por efecto de la incorporación al proceso de los llamados HECHOS NUEVOS; es decir que aun con la presentación de hechos nuevos que cambian o modifican los hechos motivante de la causa, la legitimidad en la causa del accionante no va a sufrir ninguna alteración.

Pero hay un efecto procesal que vale aclararlo., respecto del RETIRO DE LA DEMANDA. La relación procesal tiene dos vías: El usuario requirente de justicia con el Estado prestador del servicio, (el Juez) y el usuario accionante con su contradictor que es el que va a satisfacer su pretensión. Una vez que se presenta la demanda el usuario se apresta a relacionarse con el Estado y generar una serie de obligaciones; cuando el Juez califica y admite la demanda al tramite significa que la demanda ingresó y dinamizó la maquinaria administrativa judicial a su servicio, se habrá iniciado la primera vía de la relación procesal, y en este estado veamos las posibilidades, consecuencias del retiro de la demanda. El auto inicial en el sistema oral puede incluir la disposición de pruebas dinámicas, de medida preventiva cautelar, frente a este acto procesal nos parece que ya no opera el retiro de la demanda; podría tener lugar el desistimiento; pues, ya se inició técnicamente el proceso; de manera que una demanda cuyo despacho inicial por acción del Juez, y que motiva la publicidad del acto que suponemos llegara al conocimiento del demandado, ya procesalmente no se podrá detener sus efectos con el simple retiro de la demanda, no hace falta la citación de la demanda.

EN EL SEGUNDO CASO, Dice el Art. 148:

...Si después de contestada la demanda sobreviene un HECHO NUEVO podrá reformarse hasta antes de la audiencia preliminar...”.

Se pueden producir diversas situaciones: 1) Para el actor, encontró evidencias de hechos nuevos, supervinientes, relacionados con los hechos fundamentos de su pretensión, con posterioridad a la contestación a la demanda; 2) El demandado en su contestación ha planteado hechos nuevos relacionados con el tema de la controversia; eso obligara al accionante a replicar probablemente con otros hechos que igualmente serán nuevos en relación con los fundamentos fácticos planteados inicialmente; y, 3) El demandado al contestar la demanda, planteo NUEVOS HECHOS (diferente a hechos nuevos); situaciones desvinculadas de los hechos y pretensión inicial, que bien pueden ser parte de una reconvencción, eso obligara necesi-

riamente al actor a objetar o enfrentar los nuevos hechos, con otros, que tratándose particularmente del juicio ordinario van a ser tramitados conjuntamente... Art. 145 “...*Se puede proponer en una misma demanda, pretensiones diversas...* 2) *Las pretensiones no sean contrarias ni incompatibles entre sí...* 3) *Todas las pretensiones se puedan sustanciar por un mismo procedimiento...*”.

El demandado, también podrá REFORMAR SUS EXCEPCIONES HASTA ANTES DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR, Art. 151, y como las excepciones tienen fundamentos fácticos, más allá de la contradicción a los hechos alegados por el demandante, puede también plantear hechos nuevos y reformar su contestación.

LÍMITE PARA LA PRESENTACIÓN DE LOS ELEMENTOS FÁCTICOS (hechos nuevos). En la primea instancia se pueden presentar y argumentar hasta en la AUDIENCIA PRELIMINAR.

Art. 294 (3).- “...La o el juzgador ofrecerá la palabra a la parte actora que expondrá los fundamentos de su demanda luego intervendrá la parte demandada, fundamentando su contestación y reconviniendo de considerarlo pertinente. Si la parte actora es reconvenida, la o el juzgador concederá la palabra para que fundamente su contestación. Si se alegan hechos nuevos, se procederá conforme a este Código...”.

¿Cuál es el procedimiento frente a los hechos y particularmente los hechos nuevos?

Para el tratamiento procesal de los hechos nuevos, el juez debe disponer el traslado a la contraparte para que pueda alegar frente a los hechos nuevos planteados, y seguramente presentar otros en contraposición, el juez luego de este debate deberá en la audiencia respectiva (preliminar) admitir o rechazar los hechos nuevos; la decisión en estos casos tendrá que hacer mérito de todos los hechos invocados por las partes durante la sustanciación del juicio debidamente probados, no hace falta que no se hayan presentado específicamente como hechos nuevos.

Art. 162 COGEP.- "...Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran...".

Art. 142 Contenido de la Demanda, numeral 7).- "...el anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos...".

Art. 152 Contestación.- "...la parte demandada al contestar la demanda deberá anunciar todos los medios probatorios destinados a acreditar su contradicción (hechos alegados)...".

Art. 151.- "...En el término de tres días de calificada la contestación se notificara con su contenido a la parte actora quien en el término de diez días podrá anunciar nueva prueba que se referirá a los hechos expuestas en la contestación...".

Art. 165.- "...Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla...".

Los hechos que se aleguen, tanto al momento de trabarse la Litis, como los que se presenten con posterioridad, hasta antes de la audiencia PRELIMINAR, deben de ir acompañados de los medios de prueba RESPECTIVOS, Y QUE A CRITERIO del postulante le permitan su acreditación. Como el sistema oral, proclama como una de sus primeras garantías, el respeto al derecho de contradicción, se deberá notificar a la contraparte, los hechos nuevos que se presenten junto con los medios de prueba ofrecidos para que pueda ejercer su derecho de defensa, contradecir los hechos, presentar otros, como hechos nuevos, y ofrecer las pruebas que considere pertinentes; como no hay señalamientos de términos como en el caso del actor frente a la contestación a la demanda, el juez deberá en ejercicio de su discrecionalidad, fijar los términos que resulten adecuados para satisfacer esta garantía procesal del derecho de defensa.

Hechos nuevos en la segunda instancia art 258

Lo amplio y flexible en el tratamiento de los hechos, que tratándose de hechos nuevos, con el procedimiento oral se pueden invocar has-

ta en SEGUNDA INSTANCIA, claro ,con el cumplimiento de los requisitos que prevé la ley procesal para este efecto.

Recurso de apelación.- “...Tanto en la fundamentación como en la contestación, las partes anunciarán las pruebas que se practicará en la audiencia de segunda instancia, exclusivamente si se trata de acreditar HECHOS NUEVOS.

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

Los hechos nuevos alegados para la segunda instancia obligan y comprometen a las partes, para el aporte de Prueba para los hechos nuevos que se hayan anunciado para esta instancia.; si para esta instancia hay apertura para medios de prueba sobre hechos nuevos con mayor razón la hay para aportar pruebas relacionadas con los hechos que fueron materia de la primera instancia y que no pudieron anunciarse por desconocimiento o porque los obtuvo con posterioridad a la sentencia.

Los medios de prueba, tratamiento procesal

Se dice con bastante razón que EL ARTE DEL PROCESO ES EL ARTE DE ADMINISTRAR LAS PRUEBAS. La PRUEBA JUDICIAL en su conjunto, en su mecánica de ejecución constituye un verdadero proceso dentro del proceso principal. Es el proceso, sin duda, de mayor trascendencia, que se soporta en LOS DISTINTOS MEDIOS QUE PROPORCIONAN LAS PARTES AL JUZGADOR Y CON ELLOS, LAS RAZONES O MOTIVOS QUE LE SIRVEN AL JUZGADOR PARA LLEGAR A LA CERTEZA SOBRE LOS HECHOS.

El derecho probatorio COMPRENDE las siguientes acciones: a) La promoción, postulación del medio probatorio, esto es, anunciar unos medios y exhibir otros en la presentación de la demanda, y para el caso de denunciar HECHOS NUEVOS presentar igualmente los

medios probatorios que estimen pertinentes (PRUEBAS NUEVAS); b) *Evacuación, materialización de la prueba*, que es la realización propiamente del medio probatorio, que con el sistema oral, se ejecuta y cumple en la audiencia de juicio; y, c) *Estimación–valoración de la prueba*; tarea que de manera apriori parecería que compete solo al juzgador, pero compete a todos los involucrados en la controversia; a las partes fundamentalmente, porque es el mecanismo a su alcance, que tiene que ser manejado con oportunidad, pues, conduce a la concesión o no de las pretensiones esgrimidas, en tanto la prueba haya sido manejada y expuesta, guardando la armonía entre los hechos y el tutelaje legal que se reclama.

“...El actor tiene que probar los hechos constitutivos y el demandado los modificativos, impeditivos y extintivos...”, “...la carga la tiene quien pretende modificar una situación jurídica o quien alegue un hecho contrario a la posición que adquirió su adversario...”.³

Postulación y formalidades de las pruebas

Atendiendo el espíritu de la constitución, tenemos que convenir que el sistema procesal en general y más aún lo relacionado con la práctica de los medios probatorios, están subordinados al principio que ordena no sacrificar la justicia por meras formalidades; no se trata de auspiciar que por prueba llevemos al proceso cualquier cosa y pretendamos darle el carácter de prueba. De allí la razón de la tesis que sostiene que la prueba constituye un proceso dentro del proceso, pues esta tiene formalidades esenciales y propias para su viabilidad, ejecución y efectos en relación con la verdad procesal que se persigue.

Principios que gobiernan la prueba: a) Tutelaje constitucional de la prueba en el ámbito procesal; b) Bilateralidad de la prueba; c) Comunidad de la prueba (solidaridad frente a la prueba); d) Pertinencia de la prueba; y, e) Carga de la prueba.

³ Chiovenda. Giuseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil*, primera serie, Volumen 6. Litografía Ingramex, México, 2003 p. 400

La constitucionalización de la prueba

En una controversia judicial, el elemento gravitante del debido proceso, derecho constitucional, es la prueba, parte fundamental de ese derecho del que forma parte. Respecto de la naturaleza de la prueba; se dice que es adjetiva procesal, pero también sustantiva, y desde el protagonismo de los derechos humanos y el reconocimiento del debido proceso como tal, previsto hoy por la normativa constitucional, nos lleva a la conclusión que sin desconocer la naturaleza procesal de la prueba, hoy tiene un nuevo matiz como derecho humano dentro del debido proceso, DERECHO A PROBAR, ELEVADO a rango constitucional; merece entonces especial consideración el derecho a la prueba, entre los principios reguladores del proceso.

La prueba forma parte de los principios y garantías que protegen el servicio de la justicia; desde su acceso que implica inmediatamente el ejercicio del derecho de defensa, y el acceso a las pruebas con toda su infraestructura de principios, instituciones, sistemas, valoración, etc. El derecho a la prueba resulta esencial en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva; derecho que se proyecta en su realización a través del debido proceso pues, la prueba se conecta con el propósito, finalidad del proceso, como instrumento de realización de la justicia; manejado el proceso con el pleno ejercicio de la prueba, la tutela aparece con más claridad, efectiva, sin importar la bondad o no del contenido de la sentencia; Art. 76 de la Constitución “...*en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurara el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: No. 4).- Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerá de eficacia probatoria...*”.

Art 168, No. 6), CRE:

“...la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevara a cabo mediante el sistema oral...”.

Art. 169 “...*el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagra-*

ran los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal y harán efectivas las garantías del DEBIDO PROCESO... ”.

El sistema probatorio se sustenta en los tres valores o principios constitucionales, la tutela judicial efectiva, los hechos el debido proceso y la finalidad del proceso. En general la interpretación y aplicación de las normas procesales obligan a analizar en primer lugar el examen de constitucionalidad del proceso para confrontarla con la constitucionalidad de la prueba, lo que significa que la normativa procesal debe acoplarse al texto constitucional y tratándose de la prueba, tanto para la postulación, evacuación y valuación. Prueba postulada al proceso y que cumpla con la finalidad luego de su evacuación, y con el pleno ejercicio de contradicción de las partes, surtirá plenos efectos como medio de prueba y no como un mero acto procesal.

Pruebas obtenidas con violación de la constitución o la ley no tienen valor y carecen de eficacia probatoria; pruebas logradas con la afectación de (derechos fundamentales) la intimidad, el honor de la persona contra lo que se pretende utilizar esa prueba. Pruebas que se entiende son llevadas al mundo de un proceso judicial determinado.

Pruebas actuadas con violación de constitución o ley, se entienden las ejecutadas dentro de un proceso; prueba que para que se produzca ese escenario debió practicarse violando el derecho constitucional del debido proceso, se violó el derecho de defensa de la otra parte, no hizo ejercicio de la contradicción; prueba sin valor y carente absolutamente de eficacia probatoria.

Prueba inconstitucional en un juicio, ¿Cuál es el destino de la causa? El debido proceso obliga al juzgador a valorar toda la prueba aportada por las partes; de manera que si es la prueba en su conjunto inconstitucional, postulada por una de las partes, puede acarrear el resultado de una sentencia desestimatoria para el actor, con los efectos a favor del demandado; si se trata de una prueba determinada, esa sin valor no aportara nada en favor del postulante, dependiendo del resto de pruebas aportadas, cuya estimación de si son suficientes o no para acreditar los hechos de ese litigante queda en manos del juzgador.

Proceso inconstitucional, destino de la prueba. Como el Juzgador debe en primer lugar revisar las violaciones constitucionales que pudieron ocurrir en la tramitación del proceso; puede ser por ejemplo que se haya violado severamente el debido proceso, no hubo lugar a la contradicción del demandado, por ausencia de notificaciones; este proceso es inconstitucional y será declarado nulo. Puede también por ejemplo tratarse de violaciones que no afectan la totalidad del proceso, como por ejemplo, haberse incumplido con la motivación del fallo; violación constitucional que va a acarrear la nulidad de la sentencia. En esta clase de proceso se puede producir la exportación de medios de prueba practicados con todas las formalidades y la suficiente contradicción de las partes, para que en otra actuación procesal entre las mismas partes, se pueda utilizar ese medio de prueba.

BILATERALIDAD DE LA PRUEBA.- Su campo de acción proviene de las dos vertientes: actor y demandado, y su postulación y evacuación genera para ambos el derecho de contradicción, alegatos, replicas, objeciones, porque el medio de prueba en su aplicación va a generar necesariamente favores para uno y adversidad para el otro, es decir con el establecimiento de la relación procesal nace para los sujetos procesales la obligación bilateral, de enfrentar la esencia del proceso, la PRUEBA. La relación procesal en el ámbito de la prueba genera el más alto índice de la contradicción, y eso obliga por igual a los sujetos procesales a enfrentar los distintos eventos que se producen alrededor de este espacio vital de la causa.

COMUNIDAD DE LA PRUEBA.- El individuo que se involucra en un proceso tiene que probar, comprobar, examinar, verificar, demostrar los hechos de su pretensión; lo importante es el rol protagónico que deben asumir los sujetos procesales, durante la etapa de la comprobación de los hechos. Es una actividad orientada a lograr la convicción o certeza del juez sobre los asunto sometidos a su conocimiento; actos procesales que procuran convencer al juzgador de la existencia o inexistencia de su afirmaciones. La prueba procesal es todo acto o elemento objetivo que coadyuva al descubrimiento o confirmación de los hechos alegados; las partes en defensa del interés de cada uno, que constituye en definitiva una posición común, igualitaria frente al proceso de prueba, expresión, la más alta de la

igualdad de las partes frente al proceso, son las que deben introducir al proceso las fuentes de prueba con que se demuestren sus alegaciones por el principio dispositivo.

, “...la prueba del proceso civil es prueba de parte, sujeta a la máxima dispositiva y la relación entre las dos partes...”.⁴

LA PERTINENCIA DE LA PRUEBA.- Es la relacionada, coherente con el tema de la controversia, que no son otros que los hechos involucrados en la confrontación y la relación entre esas circunstancias fácticas que se pretenden demostrar y el tema o pretensión jurídica que persiguen los justiciables; si los medios propuestos se refieren a hechos extraños a la contienda, son PRUEBAS IMPERTINENTES.

Además de ser, PERTINENTE, la prueba tiene que ser ÚTIL, conducente, lícita. Lo conducente tiene que ver con la IDONEIDAD del medio probatorio, libre de vicios, solvente en todo su ámbito; medio que resulta armónico y coherente con los hechos planteados y la pretensión de los justiciables. La UTILIDAD, el objeto de la prueba judicial son los hechos y eso es lo que tiene que demostrarse con los distintos medios; la utilidad de la prueba estará dada entonces porque sirve para demostrar los hechos alegados por las partes; las afirmaciones o alegaciones simplemente no son suficientes para llegar al convencimiento del juzgador. PRUEBA LÍCITA es la prueba obtenida, evacuada de conformidad con las normas constitucionales, y del sistema procesal en general; prueba ejercida con violación a derechos fundamentales, o contraria a la ley será prueba ilícita, pues va a ser parte de alguno de los tipos penales establecidos en el Código Penal.

Tesis alrededor de la prueba

(Trasladar la prueba) autonomía-independencia de la prueba

El PROCESALISMO escrito deja ver a la prueba como parte integrante del proceso, con un ciclo de existencia que nace y concluye

⁴ Wach, Adolfo, *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, ARA editores E.I.R.I. Lima, 2006, p. 219.

dentro del ámbito de ese proceso; pues, se desarrolla dentro de su seno y como tal se la considera DEPENDIENTE de ese proceso, sin ninguna manifestación de autonomía, permanece atado al mismo, como parte vital de su desenlace, y de manera exclusiva.

Las nuevas tendencias producto del procesalismo oral y de su flexibilidad, no le otorgan a la prueba la calidad de soberana absoluta, es decir con capacidad para autogobernarse por sí sola, capaz de hacer valer su condición en cualquier lugar y momento; pero, tampoco se admite la condición de dependencia absoluta y exclusiva del procedimiento donde nace y para los que se forma; se quiere que mantenga relación con el proceso MAS NO DEPENDENCIA, y esto proviene del hecho de la constitucionalización de la prueba, que fortalece su valor y prestancia; que promueve un modelo breve, puntual, objetivo, real y por supuesto eficaz, con caracteres especiales, para su ejecución, en un procedimiento oral que se supone garantiza todas estas virtudes de la prueba.

Valor extraprocesal del medio probatorio actuado en una controversia (la relativa autonomía de la prueba)

Un medio probatorio aunque se produzca en un determinado proceso, puede servir para ser aportado en otro proceso; no es por tanto propiedad exclusiva de un proceso, no depende de la suerte del proceso donde se postuló, puede valer en otro proceso, he ahí el valor de su independencia, la condición o presupuesto es que su ejecución se haya dado con las formalidades procesales pertinentes en razón de su naturaleza, y fundamentalmente que se halla sometido a los preceptos constitucionales para su absoluta y plena validez.

Derecho comparado

(Uruguay) Art. 145.- Prueba Traslada.- “...las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro y tendrán eficacia similar a la que tendrían de haber sido diligenciadas en este último proceso, siempre que en el primitivo se hubiere practicado a pe-

tición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella... ”.

(Perú) Art. 198 “Las pruebas obtenidas válidamente en un proceso tienen eficacia en otro, para ello deberán constar en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo y haber sido actuadas con conocimiento de la parte contra quien se invocan ..”

Art. 171 del COGEP.- “...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... ”.

El COGEP exige que el medio de prueba se haya practicado en el proceso de origen a petición de la persona contra quien se lo pretende hacer valer en el proceso subsiguiente, es decir afrontarlo con su misma prueba, o también que la prueba que se pretende utilizar en el juicio subsiguiente es contra la misma persona, que hizo ejercicio de contradicción a esa prueba en el proceso original (anterior); esta forma de utilizar (trasladar) un medio de prueba quiebra el principio del procedimiento escrito de que la prueba, su valor y validez estaba dado por su ejecución ante el juez de la causa.

La nulidad del proceso; nulidad de un acto procesal; conservación de la prueba

El procedimiento como la sucesión de actos que en su conjunto conforman el proceso; la formalidad en el desarrollo de esos actos y sus efectos en el campo de la relación, entre los sujetos procesales constituye en esencia lo procesal; la parte más importante de ese universo resulta ser la prueba. La prueba puede considerarse como un fenómeno extraprocesal, ajeno a la vida procesal, al llenarlo de la formalidad procesal puede alterarse en su esencia. La prueba hay que mirarla como un complejo acto procesal de naturaleza constitucional,

donde las normas legales respecto de la prueba deben ser aplicadas en atención a los presupuestos constitucionales, constituyendo realmente un procedimiento dentro del procedimiento general; esto demuestra la importancia que otorgo el constituyente de posicionar la normativa en materia de prueba; si hablamos del debido proceso, hablamos del acceso a la prueba; pues la prueba es la esencia del proceso, no podría hablarse de proceso sin prueba; y tanto es la versatilidad y la relativa autonomía de la prueba que existe el acceso a la prueba antes de que se inicie el proceso, estos es sin proceso; prueba sin un debido proceso, pero si con todas las garantías constitucionales para su aportación y consecuente realización.

Hay pruebas que nacen y viven fuera del proceso (documentales), y otras que se dan dentro como la confesión judicial; para el caso de las que se hacen fuera del proceso existe la posibilidad de que anulado el proceso ella sobreviva, y que pasa con las que se ejecutan dentro del proceso. Por una parte vemos un manejo autónomo entre la prueba y el proceso (prueba fuera del proceso), pero la prueba que se da dentro del proceso da lugar al siguiente debate; **¿QUÉ HACER PARA CONSERVAR LAS PRUEBAS PRACTICADAS ANTE EL EVENTO DE NULIDADES PROCESALES?** Para explicar esta situación habrá que fijar las diferencias entre el acto procesal y el medio de prueba, con lo primero se incorpora la prueba al proceso; pero al acto le pueden faltar formalidades que lo puede llevar a su anulación; en esas circunstancias que pasa con la prueba que en su ejecución es autónoma y diferente al acto con que se la propuso, **¿SERÁ NULA LA PRUEBA?** Un acto procesal que haya generado algún vicio en el proceso, como por ejemplo la falta de notificación a una de las partes en un asunto que requería del ejercicio de la contradicción, como es el caso de la presentación de hechos nuevos y se hubieran admitidos medios de prueba aportados por el proponente; la nulidad del acto desde que se admitieron los hechos nuevos, va a acarrear la nulidad de la prueba aportada, es decir la nulidad de ese acto procesal va a afectar igualmente a la prueba, y esta deberá practicarse nuevamente; en cambio, para el caso de actos que por omisión de alguna formalidad de procedimiento requieran la declaratoria de invalidez para su repetición, y que en medio de ello se hu-

biera practicado una prueba con la participación y contradicción de las partes, por ejemplo, se ha practicado una inspección judicial, en el día y hora con la participación de las partes, juzgador, actuario, informe pericial y con posterioridad, se establece que el Perito no se posesiono del cargo; si se rectifica esta anomalía, la prueba perfectamente realizada no se verá afectada y simplemente tocara incorporarla tal como fue practicada.

La prueba frente a un proceso anulado

Se trata de un proceso donde ya se ha agotado la aportación y ejecución de medios probatorios y surge una nulidad del proceso, ¿QUÉ PASA CON LA PRUEBA? Algunos autores sostienen que la prueba debe sufrir la misma suerte de los demás actos procesales afectados por la nulidad, la tesis contrarias se sustentan en el principio del *favor probatione*.

“...En caso de dudas y dificultades probatorias debe estarse por un criterio favorable en torno a la producción, admisión y eficacia de las pruebas...”

Las pruebas cuando ya se ha producido ya existen como tal porque se han adquirido al proceso, principio de adquisición procesal. Quien es el receptor de la prueba, sin duda el juez, a él las partes le llevan sus pruebas. En el proceso del sistema escrito, la prueba corría la misma suerte de todo el proceso anulado como que no existió la prueba; pero hoy que imaginamos un proceso en vivo, dinámico, público en toda su dimensión, de flexibilidad en favor de una justicia más ágil, eso no se puede admitir, hoy la constitucionalización del proceso, no, lo permite, sería un evidente retroceso, en la dinamia con que se supone se conducen los procesos, e igualmente para la diligencia del juzgador en la dirección de la controversia e interpretación; aunque parezca paradójico en un proceso anulado parcialmente y en el que ya se ha evacuado pruebas, estas deben quedar soberanas frente a los otros actos del proceso anulados, pues las pruebas si bien adjetivas son de distinta naturaleza frente a cualquier otro acto, de allí que se sostenga que existe un verdadero dere-

cho probatorio. Hay que diferenciar la NULIDAD DEL PROCESO POR CAUSAS AJENAS A LAS PRUEBAS Y LA NULIDAD DEL PROCESO POR CAUSAS RELACIONADAS CON LA PRUEBA. Podemos convenir que la nulidad de determinada prueba no debe conllevar a la nulidad del proceso, y viceversa, la nulidad del proceso no debe provocar la nulidad de pruebas debidamente practicadas. También lo contrario; la nulidad de una sentencia fundada en prueba nula, pero no que la nulidad del proceso implique necesariamente la nulidad de las pruebas contenidas en el proceso.

Convalidación de los actos procesales

Uno de los mecanismos con los que el juzgador puede defender la vigencia de un medio probatorio, pese a estar dentro de un espacio de procedimiento que se ha declarado su invalidez, es la facultad que tiene el juzgador para CONVALIDAR de oficio cualquier acción producida dentro del procedimiento que no afecte fundamentalmente el derecho de defensa, y le permita rescatar y mantener con todos sus efectos cualquier medio probatorio ya realizado.

Art. 130 No. 8 COFJ.- “...convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales, si no han viciado el proceso de nulidad insalvable ni han provocado indefensión...”.

Otra disposición que demuestra el interés por salvar actos procesales, y en el caso de las pruebas, impedir su extinción después de habérsela practicado.

Art. 20 del COGEP.- La acumulación de procesos determinara.- “...el estado procesal en que quedara cada uno de los procesos según el caso, cuales se suspenderán en la tramitación, QUE ACTOS PROCESALES DEBERÁN REALIZARSE NUEVAMENTE a fin de incorporar las particularidades de los procesos acumulados si es necesario, realizar cualquier otra actuación para su sustanciación conjunta...”.

Con los criterios que hemos analizado queda a la facultad y decisión del juzgador, determinar que actos deberán realizarse nuevamente en el caso de acumulación de procesos; esto obliga también al juzgador a determinar que actos no deben de practicarse nuevamente, y entre otros de manera fundamental, estarán seguramente las pruebas ya practicadas.

La prueba o carga probatoria dinámica

Este desplazamiento excepcional de la distribución del ONUS PROBANDI, que determina que quien soportaba la carga probatoria en un caso normal, no sea en definitiva quien deba levantar determinada prueba, sino que recae en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales, o fácticas para producirlas; mecanismo probatorio que deja ver la solidaridad y colaboración de las partes (principio de la postulación de la prueba) con el órgano jurisdiccional en la conformación de la masa o conjunto de pruebas, que sirven para la convicción del juzgador frente a las decisiones que debe asumir; desde luego para que opere esta regla que altera la distribución ordinaria de la carga debe responder a circunstancias en que se presenten factores como el tipo de hecho a probar, rol del actor, posición del demandado. La vieja escuela procesal que asignaba la carga de la prueba, rigurosamente a cada parte en función de probar los hechos que alegaba hoy se enfrenta a nuevas reglas para el reparto de la imposición probatoria, siendo una de la más importante la que asigna la carga del ONUS PROBANDI a la parte QUE ESTÁ EN MEJORES CONDICIONES PROFESIONALES, TÉCNICAS O FÁCTICAS para producir y aportar la prueba.

La necesidad que tiene el juzgador de enfrentar las omisiones probatorias ya sea falta, oscuridad o insuficiencia de la prueba aportada da lugar para que valore las circunstancias particulares del caso, y llegue a la convicción de que una de las partes no ha cumplido con aportar las pruebas que estaban a su cargo motivada por imposibilidad atribuible a diversas razones; pero que la otra está en mejores condiciones para acreditar el hecho controvertido, por lo que deberá hacerlo a iniciativa y requerimiento del juzgador; ese es el origen inmediato de esta tesis, por oposición a las reglas del procesalismo

escrito; reglas estáticas como aquella de probar solamente los hechos alegados en la demanda, y en la contestación a la demanda, como carga de la prueba directa para cada uno de los sujetos procesales.

Respalda a esta tesis CRITERIOS DE SOLIDARIDAD y cooperación que debe existir entre las partes en conflicto, entre estas y el juez, lo que permite que todos los comprometidos con el proceso tengan la oportunidad de conocer los hechos del proceso y en relación con ellos aportar las pruebas que posean inclusive las que llenen el vacío, la omisión de quien no teniendo el medio a su alcance, es ayudado por el adversario que sí lo tiene y obviamente lo aporta; de esa forma se ayuda al Juzgador en la tarea de hacer justicia, que para su resultado es indiferente saber a quién correspondía la prueba, que aparece del proceso.

La dinámica probatoria tiene como límite solamente los hechos, son ellos los que dominan el proceso. También forma parte de esta dinámica el hecho de que una de las partes caiga en omisión por una situación de desventaja procesal, frente a la otra; ante esta situación el de mejor posición debe sustituir a la parte que se encuentra en inferioridad de condiciones utilizando sus poderes, para aportar y develar la prueba que está en su poder.

Esta nueva tendencia para desahogar la prueba, busca que el juez utilizando los principios de solidaridad, lealtad y buena fe que le incumbe tanto a este como a las partes haga un mejor uso de sus facultades para una mejor gestión, frente a esta modalidad de prueba a fin de lograr eficiencia y eficacia en el proceso, disponiendo que la parte que este en mejores condiciones presente el medio de prueba que está en su poder.

Las reglas de distribución del ONUS PROBANDI han de adecuarse a una mayor exigencia del deber de colaboración de las partes ya para aportar evidencias, esclarecer las circunstancias de los hechos controvertidos, en el caso de encontrarse en mejores condiciones para hacerlo, por capacidad, especialidad, de modo que la atención de la carga, por esas circunstancias ha de entenderse que le corresponde, en demostración de la solidaridad dentro del proceso a la que están obligados las partes.

Esta es una tesis que no tiene ni persigue el efecto de anular o restar valor a las reglas de la carga de la prueba, sino el de impedir que uno de los litigantes adquiera beneficios como consecuencia de su actitud desleal por el aprovechamiento de la situación de desventaja en la capacidad para probar la veracidad de un hecho en que se encuentra su contraparte y en ocultar la información al juez, evitando revelar aquello que se encuentra en su dominio.

Esta modalidad de prueba le permite al juez disponer que exhiba y presente la prueba la parte que tenga la DISPONIBILIDAD Y FACILIDAD PROBATORIA, de esta manera el juzgador da vida y realización al principio de la solidaridad y buena fe procesal; se desahoga el ámbito de la prueba y se da paso a las cargas dinámicas.

Los diferentes pactos regionales de América latina como el pacto de San José, donde se proclama reconocidos principios constitucionales como el debido proceso y la tutela judicial efectiva, respecto de la prueba, elemento vital, estos convenios han ordenado las pruebas de oficio sin mirar a quien incumbe probar, mirando la eficiencia y eficacia del proceso, para garantizar una pronta y cumplida justicia judicial, esto que sería una manifestación de la dinámica de la prueba, ya no deja solamente la carga para quien afirma un hecho como base de su pretensión, ya sea en la posición del demandante en su alegación fáctica o el demandado en sus excepciones. Hoy EL PROCESO MODERNO exige saltar esos limitantes, para exigir la colaboración de las partes como un deber para garantizar la solidaridad y buena fe procesal, con poderes interactivos amplios, sin omisión a cargo de las partes en la tarea de suministrar la prueba.

Nuestro sistema

El COGEP Arts. 159 inciso 3) “...Todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultara 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...”.

Art. 169 inciso 3).- “...La o el juzgador ordenara a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte la prueba que este o deba estar en su poder, así como dictar correctivos si lo hace de manera incompleta. Cuando se trate de derechos de niñas, niños y adolescentes en materia de derechos de familia y laboral, la o el juzgador lo hará de oficio en la audiencia preliminar...”.

Art. 219.- “...La parte que pretenda utilizar documentos privados originales o en copia, que se hallen en poder de un tercero y relacionado con la materia del proceso, al presentar la demanda o la contestación, la reconvencción o la contestación a la reconvencción pedirá que se notifique para su exhibición en el día y hora señalados para la audiencia...”.

Art. 220.- “...La parte que requiera un documento privado que se encuentre en poder de la contraparte, podrá pedir a la o al juzgador que ordene su presentación hasta la audiencia. Si el que se presume tenedor del documento confiesa que se halla en su poder estará obligado a presentarlo...”.

DERECHO COMPARADO.

(Uruguay) Art. 168 “...la parte que quiera servirse de un documento que según su manifestación se halla en poder de su adversario podrá pedir al tribunal que intime a aquel su presentación en el plazo que se determine. Cuando por otros elementos del juicio la existencia y contenido del documento resultare manifestamente verosímil, la negativa a presentarlo podrá ser estimada como reconocimiento de ese contenido...”

LA FACILIDAD PROBATORIA.

*Art 217 No..7 Ley de enjuiciamiento civil. ESPAÑA
“Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados*

anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.”

Tesis que se enmarca en el ámbito de la prueba dinámica y en el principio que se refiere a la solidaridad de la prueba (las partes frente al proceso y frente al juez) tiene lugar en el caso de incumplimiento del onus probandi. El derecho procesal clásico consideraba que cada parte debía probar los hechos alegados y el juez debía considerar frente a la falta de prueba sobre algún hecho alegado(no probado) que este era falso o inexistente.

La falta de elementos de prueba significa solo que no se ha confirmado la verdad de la hipótesis, no que esta sea falsa; la falta de elementos de demostración probatoria de una hipótesis produce incertidumbre acerca de ella pero no la confirmación de la hipótesis contraria.

Peyrano:

“ toda hipótesis debe ser considerada autónomamente al menos inicialmente y a los efectos de individualizar exactamente el campo de sus posibilidades. Cada hipótesis concreta presente en un determinado contexto está afectada únicamente por todos los elementos de prueba disponibles sobre esa base., posteriormente podrá realizarse la selección de la hipótesis en la medida en que este dotada de un grado de confirmación o apoyo más elevado respecto de las otra.....No tener razones para decir que la hipótesis es verdadera no equivale a tener razones para decir que la hipótesis es falsa, la falta de elementos de prueba no produce elementos alguno de conocimiento acerca del fundamento de la hipótesis y por tanto no permite siquiera decir que esta es falsa..”
Frente a este argumento y el hecho cierto de la incertidumbre sobre determinados hechos de una controversia judicial, como que el logro de la verdad procesal resulta impredecible, pudiendo ocurrir que se dé por valido

un documento falso, por ejemplo, porque su imaginación como tal no se sustentó en prueba alguna, quedo la duda ya que, la contraria tampoco aportó prueba, al respecto. En este marco de incertidumbre que provocan las hipótesis esgrimidas por las partes sin las pruebas suficientes que las puedan sustentar o en el peor de los casos sin prueba alguna, lo que puede conducir a decisiones equivocadas o fuera de la realidad: surge la tesis de la facilidad probatoria que trae el código español.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL España Art. 429 “cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieren resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o los hechos que a su juicio podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación el tribunal ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente “ Se trata además de una manifestación de la facultad para disponer de oficio un medio probatorio, con la diferencia, de que la motivación de la decisión, evidencia el papel protagónico de activismo judicial, cuando le permite al juzgador inmiscuirse en el proceso de la prueba, señalando a los contendientes, que existe insuficiencia de prueba para la demostración de determinado hecho de la controversia, por lo que para encausar de mejor manera el, proceso disponen específicamente la realización de determinado medio que juzgan es el adecuado para salir de la falta de certeza que les causa esa inacción o falta de visión de los litigantes.”⁵

⁵ Peyrano, Jorge, *soluciones procesales*, editorial Juris, Río de la Plata, 2008.

Pruebas de oficio

La posición liberal del juez, meramente espectador, ha sufrido cambio sustancial, su calidad de director del proceso demanda hoy iniciativa y diligencia para la recaudación probatoria fundamentalmente que demande la controversia, manteniendo desde luego el principio de imparcialidad y la iniciativa principal de las partes en la tarea de probanza quedando para el (juez) de manera subsidiaria completar lo propuesto por las partes, sin salirse fuera del ámbito del proceso y a su vez propiciando la contradicción de las partes como garantía fundamental.

Enjuiciamiento Civil España, Art. 282.- “...las pruebas se practicarán a instancia de parte, sin embargo el tribunal podrá acordar de oficio que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten (dinámica) documentos dictámenes u otros medios e instrumento probatorios, cuando así lo establezca la ley...”.

Código de Uruguay, Art 139:

“...la distribución de la carga de la prueba NO OBSTARÁ A LA INCITATIVA PROBATORIA DEL TRIBUNAL ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba...”.

Esto forma parte de lo que se denomina el activismo judicial, poderes para la investigación probatoria, para el mejor conocimiento de los hechos, punto medular en la formación de la convicción del juzgador. El debate frente al tema resulta de analizar si es posible o no que el juzgador de paso a medios probatorios cuya omisión ha sido la consecuencia de la negligencia de las partes; es decir el juez en la posición de suplir la negligencia de las partes; de manera a priori parecería que en efecto no es correcta esa posición del juzgador, pero esa situación nos ubica también, por otro lado, frente a los dos escenarios: el procesalismo escrito y el procesalismo oral. En el primero sería totalmente impropio que el juzgador supla la negligencia de

la o las partes que han jugado por conveniencia con la no presentación de pruebas importantes para el destino del juicio; hoy el procedimiento oral, donde tienen que exhibirse las pruebas antes de valorarse los hechos frente a la normativa legal, atendiendo el principio de que está obligado el juez a adoptar las decisiones, tanto parciales como definitivas, lo preferente entonces son los resultados de la controversia, y esas solo se complementan con la prueba agotada en toda su extensión; desde ese punto de vista, es procedente la posición del Juez de ordenar las pruebas de oficio, que considere necesarias, sin importar la posición de las partes. Finalizado el debate probatorio, POR EJEMPLO si el juez tuviere dudas sobre los hechos y con la finalidad de aclarar podría de oficio ordenar la práctica de algunas diligencias como, la comparecencia de un testigo que no compareció a la convocatoria, hacer que la parte amplíe o rinde su declaración ante el juez si no lo ha hecho, que se practique inspección judicial en algún lugar, etc.

Criterio que robustece la tesis de la prueba de oficio

En el ámbito de la prueba se responde a dos sistemas: dispositivo e inquisitivo. En lo dispositivo las alegaciones corresponden a las partes tanto en la demanda como en la contestación; la prueba a la iniciativa de las partes quien las podrá IMPULSAR cuando las considera oportunas y convenientes, hace referencia este sistema al derecho sustancial. La acción oficiosa del juzgador tanto en el impulso del proceso como con las prácticas de la prueba responden al sistema inquisitivo, siempre que el juez no se aparte del derecho que tiene las partes para los alegatos y la contradicción, pues el proceso es de orden público. El derecho clásico (juez de ayer) defiende la posición del sistema dispositivo donde las prerrogativas para el manejo de la prueba, corresponden a las partes en ejercicio de su autonomía, sin que se conciba la influencia mediata o inmediata del juez. EL JUEZ DE HOY ante el mandato constitucional responde a un sistema inquisitivo en materia de prueba, queda en el pasado el juez convidado a un escenario donde no podía hacer nada más de lo que requerían las partes, consecuencia del sistema rígido de la carga de la prueba. El juez (de Hoy) deberá tener iniciativa probatoria, orde-

nar, planear, seleccionar, descartar y componer pruebas, debe ser un vigilante, explorador interesado en el resultado que importa no solo a las partes sino a la sociedad toda, esto lo obliga a buscar, la verdad procesal real, y no la formal. La búsqueda de la verdad jurídica objetiva no concuerda con el juez pasivo, arbitro solamente que deja de tener iniciativa en la prueba, al contrario debe hacer lo que la ley adjetiva le permite (hoy se permite, como secuencia de la prueba dinámica) con los límites y la prudencia de no estropear la garantía de la defensa; si las partes son negligentes en el cumplimiento de su papel en la fase de prueba, el juez no puede caer en la misma desidia, está obligado a cumplir con sus facultades, dentro del ejercicio de su jurisdicción, y que no es otro que un servicio público que hoy exige cumplimiento efectiva y eficaz.

El fin de la prueba es producir certeza en el juzgador sobre si existieron o no determinados hechos presentados por las partes, una vez establecidos, estos llevaran al juez al convencimiento de que ha llegado a la verdad real, a la verdad del proceso, y al convencimiento de que tiene los elementos para una sentencia de cumplida justicia.

Si el proceso en materia de pruebas es inquisitivo, el ritmo y el impulso de la prueba no pertenecen solamente a la disponibilidad de las partes sino que son del proceso y en consecuencia es el juez quien no solamente dirige el desarrollo activo sino también el pasivo, pues debe frenar las maniobras dilatorias que busquen entorpecer el buen desarrollo del proceso y en particular del ámbito que corresponde al desarrollo de la prueba, en atención a los poderes discrecionales de que dispone y a los cuales no puede renunciar.

La renuencia del juez de hoy todavía ante el temor a la denuncia, y el afecto a lo exegetico y formal, se resisten a la prueba de oficio, incumpliendo con el deber que les impone la constitución la ley, y los convenios internacionales, de los que forma parte el Ecuador.

La prueba de oficio.- aspectos positivos y negativos

Un precedente histórico procesal civil devela en algunos teóricos la proclama de dos jueces para una controversia; un juez para la instauración de la relación procesal, para la instrucción, ejecución de la prueba y otro juez para la sentencia, con competencias claramente

te establecidas; los promotores de este sistema hablan de una mayor imparcialidad, legitimando de esta manera el equilibrio entre el poder que significa el ejercicio de la jurisdicción ante el debido proceso, que en todo caso es la garantía de la verdadera justicia. Un juez que dirige y practica la prueba pero que pese a involucrarse en el mundo subjetivo de la prueba con la suficiente razón y entendimiento para valorarla, no puede hacerlo procesalmente; pues eso, lo tiene que hacer otro juez lejos de las interioridades de cada medio de prueba aportado; eso podría generar una violación a la imparcialidad, ya que este juez sancionador no estuvo cerca de los elementos que justificaron la prueba de oficio por ejemplo; en esa realidad la prueba de oficio atenta contra la imparcialidad del juzgador. El sistema actual se inclina por el gobierno total y absoluto de la causa por un único juez, capaz de dirigir el procedimiento probatorio, inclusive con poderes inquisitivos, y luego como expresión de su apreciación subjetiva en ejercicio del poder jurisdiccional dictar sentencia sobre el mérito básicamente de la prueba.

La prueba de oficio en el marco del activismo vs. Garantismo

El procesalismo oral confiere amplias facultades a los jueces, y en el ámbito de la prueba le permite que ante el silencio de la parte interesada encargada de la producción de la prueba dirigida a la demostración del hecho constitutivo, impeditivo, extintivo o modificativo del derecho alegado pueda disponer la producción de determinado medio que le parezca necesario para demostrar el hecho en el que se sustenta la pretensión de la parte, es decir el juez reemplaza en cierta forma a la iniciativa de la parte, que era su verdadera carga; esto en lo esencial supera el procesalismo escrito que tiene matices de una privacidad rígida, donde la iniciativa, la postulación, la ejecución, la defensa, la impugnación de los actos procesales devienen de la iniciativa y decisión de las partes.

El activismo judicial

El Juez en ejercicio de su jurisdicción, el más alto compromiso que tiene con su conciencia y con la sociedad es administrar justicia con

rectitud, transparencia, celeridad. Que actos fundamentales le impone este activismo judicial: 1) El juzgador diligente tiene que direccionar iniciativas y poder creativo para responder al compromiso constitucional de velar por el cumplimiento de la inmediación, concentración, celeridad, impulso procesal, buena fe, lealtad procesal; 2) Responder por los derechos fundamentales de los justiciables en un proceso: derecho sobre los hechos, derecho de audiencias, derecho de prueba y derecho a decisiones; con una postura un tanto inquisitorial que sustenta su activismo, que se respalda en lo público de los actos procesales; y, 3) Dictar con oportunidad debidamente motivadas cuantas decisiones interlocutorias y la sentencia fueren necesarias para impulsar y concluir una controversia, aun cuando haya debilidad u oscuridad normativa respecto de los hechos de la contienda.

Ejercicio jurisdiccional que frente a las partes debe ser: a) Diligente en la búsqueda de la verdad procesal, para dictar una sentencia justa; b) En la investigación y evacuación de la prueba; disponer de oficio las que crea convenientes y necesarias para el mejor cumplimiento de su misión; y, c) En su calidad de director del proceso con iniciativas oportunas deberá suplir las deficiencias técnicas de procedimiento en que incurran las partes a fin de anticipar probables incidentes que atenten contra la marcha del proceso.

ACTIVISMO JUDICIAL, QUE TIENE SUS DETRACTORES, se dice que genera exceso de poderes conferidos al juez, que pone en riesgo al derecho del debido proceso, y a su principio fundamental la imparcialidad, para eso se argumenta: 1) La filosofía o razón de ser el proceso civil; es el derecho privado, interés particular en disputa; 2) El mover la maquinaria judicial depende de la voluntad autónoma del titular del derecho, en la toma de decisiones respecto del derecho lesionado, cuestionado, pretendido, frente a lo cual no hay espacio para la iniciativa del juzgador; 3) El papel del juez y las partes frente al procedimiento.-La proclama constitucional es que este procedimiento se impulsa por el sistema dispositivo, es decir la movilización de la maquinaria judicial a iniciativa exclusivamente de las partes; el juez es solamente el ordenador de esas iniciativas; 4) La relación procesal.- Las partes posicionadas en la relación procesal como actor y demandado respectivamente disponen la di-

namia judicial en el manejo de su causa, a través del ejercicio de la contradicción, el Juez solo es el gran director que encausa y dirige los debates, no pueden sus disposiciones ir más allá de la voluntad e iniciativa de los contendientes y frente a esa relación es el obligado a dirimirla; y, 5) La posición constitucional.- Es cierto que nuevos elementos entran en la consideración de facultades para el juzgador; pero la constitución propone los límites que imponen al ejercicio de la jurisdicción y son los derechos al debido proceso, la seguridad jurídica y la motivación de las decisiones. El debido proceso que obliga al juzgador a garantizar fundamentalmente el derecho de defensa de las partes, la imparcialidad del juzgador, el manejo del trámite en todas sus fases e instancias, y con el claro y transparente ejercicio de la contradicción. Es decir la iniciativa y esto que se denomina activismo judicial debe de cumplirse enmarcado dentro de los límites que establece la propia constitución.

EL GARANTISMO DEFIENDE y responde por una mayor valorización del proceso y consecuentemente del debido proceso, que incluye, privilegiar el derecho de defensa, el ejercicio pleno de la contradicción, la imparcialidad del juez. Es un método en el cual el resultado dependerá del efectivo debate entre las partes y de su diligencia en la realización de los correspondientes actos procesales en cada una de las fases del proceso.

No es posible aislar el activismo y el garantismo, hay que conjugar valores de cada una de estas manifestaciones para que las actuaciones del juez en el ejercicio de su jurisdicción lo sea de acuerdo con el poder que le es propio, y con la garantía de que ese poder será ejercido dentro del marco de los principios y valores constitucionales que sustentan el debido proceso, medio para la correcta entrega de la tutela judicial efectiva que reclaman los justiciables.

Nuestro Sistema: El COGEP

Arts. 168 (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...”.

Art. 294 numeral 7, literal b).- “...La o el juzgador podrá ordenar la práctica de prueba de oficio en los casos previstos en este código...”.

Concertación entre las partes acerca de la prueba

Sobre la postulación de pruebas, o su realización las partes pueden convenir en lo INNECESARIO de determinadas pruebas, atendiendo las circunstancias del caso y lo evidente del o los hechos materia de la controversia; y también en la NO REALIZACIÓN DE DETERMINADAS PRUEBAS, como es por ejemplo no convocar al perito para que rinda testimonio en razón de su informe (ejemplo que trae la ley); es la manifestación del principio de cooperación con la administración de justicia al que están obligados todos los sujetos procesales, es la posibilidad de lograr economía procesal marginando actuaciones que las partes consideren innecesarias.

Para este procedimiento lo deseable es que el acuerdo sea entre las partes y lo expresen así al juzgador para que este en la audiencia preliminar lo acepte; pero también dice la ley que puede motivarlo una de las partes; pero, en este caso esa propuesta va a requerir en primer lugar la aceptación de la contraparte y obviamente la calificación del juzgador.

El presupuesto fundamental para este tipo de convenio es que el hecho o los hechos motivos de la controversia, sean tan evidentes, públicos en su caso, que habiendo sido sometidos a la práctica de un medio de prueba, este ha generado tanta luz de evidencia y de verdad procesal que hace innecesario la ejecución de otros medios de prueba; situación que, como presupuesto procesal lo entiendan y admitan las partes en conjunto.

“...Se dice que las reglas sobre admisibilidad de la prueba son de orden público, pero la doctrina admite como válidas las convenciones que restrinjan o amplíen los textos legales porque la sociedad se beneficia cuando los mismos interesados han comenzado a solucionar en parte sus diferencias...”⁶

⁶ Alsina, Hugo, *Las Nulidades en el Proceso Civil*, ARA, Lima, 2006, p. 25.

Hoy se permite las convenciones privadas sobre la aplicación y ejecución de los medios de prueba, contrariando si se quiere aquello de que la prueba, su aplicación es de orden público. El principio de cooperación de las partes para la tramitación de la controversia, en pos de la economía procesal y celeridad en la causa (acuerdo para desestimar la práctica de una prueba), son valores que superan y son contrarios a lo que podría entenderse como una imposición rígida del sistema, de no desestimar ningún medio de prueba.

COGEP Art. 294, numeral 7, literal f).- “...Los acuerdos probatorios podrán realizarse por mutuo acuerdo entre las partes o a petición de una de ellas cuando sea innecesario probar el hecho, inclusive sobre la comparecencia de los peritos para que rindan testimonio sobre los informes presentados...”.

Es de tal importancia, este mecanismo que hasta el Código Orgánico Integral Penal, lo trae entre sus disposiciones: Art. 604, numeral 4, literal d).- “...Los acuerdos probatorios podrán realizarse por mutuo acuerdo entre las partes...”.

El COGEP prevé otra especie de concertación a realizarse en el decurso de un proceso; acuerdo que de forma indirecta implica igualmente renuncia concertada entre las partes acerca de la NO REALIZACIÓN DE MÁS ACTUACIONES PROCESALES, entre las que se incluyen obviamente la práctica de medios de prueba que posiblemente ya estuvieron anunciados.

Art. 99, No 2.- “...las sentencias y autos interlocutorios pasaran en autoridad de cosa juzgada en los siguientes casos... 2) SI LAS PARTES ACUERDAN DARLE ESE EFECTO...”.

Decisión que no podrá ser revisada, que asume efectos definitivos; eso supone que parte de la controversia en su aspecto formal o materia, en tratándose de los autos interlocutorios queda superada, y se torne en definitiva e irrevisable; por lo tanto los medios de prueba que formaron parte de ese auto y que fueron propuestos por

las partes al instaurarse la relación procesal ya no tienen razón de ser y ya no deben ejecutarse, hay evidentemente una manifestación de acuerdo o renuncia conjunta de las partes a la práctica de esos medios de prueba anunciados.

Prueba nueva

Se llaman pruebas nuevas porque no pertenecen a las anunciadas por las partes al entablarse la relación procesal, esto es con la demanda y con la contestación a la demanda, y podríamos decir que esas pruebas son directas e indirectas, vinculadas y congruentes con los hechos de la controversia, así: **directas** las que responden a los HECHOS NUEVOS alegados por las partes a lo largo del proceso, y las que resultan supervinientes de los elementos facticos alegados inicialmente y que no estuvieron al alcance o al conocimiento de los litigantes en el momento de la relación procesal. Los **indirectos** son los que resultan, por ejemplo, por la presencia de terceros, los que frente a su alegación que les permite incorporarse al proceso, generan para las partes la réplica o contradicción seguramente con pruebas; también se puede dar por lo que se puede llamar como PRUEBA CONTRA PRUEBA, por ejemplo la objeción a una prueba pericial, puede requerir la presentación de pruebas, que justifiquen la objeción. EL COGEP trae algunas normativas a este respecto.

Prueba directa

Prueba nueva a consecuencia de contestación a la demanda

Art. 148.- "...si después de contestada (la demanda) sobreviene un hecho nuevo... (Ultimo inciso): La o el juzgador cuidara que la o el demandado pueda ejercer su DERECHO DE CONTRADICCIÓN Y PRUEBA (prueba nueva)..."

Art. 151 4to. Inciso.- "...En el término de tres días de calificada la contestación se notificara 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... ”.

La Flexibilidad en el manejo de la prueba, bajo la consideración de garantizar a los justiciables, abunden con medios de prueba, tanto en cuanto hechos hayan alegado, o cuantos medios de prueba puedan ejercitar para demostrar lo justificado de su pretensión, hace que bajo determinados presupuestos se puedan presentar pruebas hasta antes de la audiencia de juicio (final).

Prueba solicitada hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio

Art.166.- “...se podrá solicitar prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvención y contestación a la reconvención hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio 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 critica...”.

Prueba nueva en segunda instancia

Art. 258 (segunda instancia).- Tanto en la fundamentación como en la contestación las partes anunciarán la prueba que se practicará en la audiencia de segunda instancia, exclusivamente si se trata de acreditar hechos nuevos (prueba nueva).

Prueba indirecta

Prueba de terceros

Art. 49.- “...La o el tercero, junto con la solicitud de intervención deberá anunciar todos los medios de prueba de los que se valdrá para justificar su solicitud de intervención en el proceso.

La o el tercero que concurre a la audiencia de ejecución deberá portar consigo LAS PRUEBAS QUE SUSTENTEN SU PEDIDO... ”.

Prueba para suspensión de audiencias (incidental)

Art. 76 4to. Inciso.- “...Las o los juzgadores concederán además la suspensión de términos por fuerza mayor, caso fortuito, enfermedad grave o impedimento físico de alguna de las partes o de sí mismos o por calamidad doméstica, siempre que al solicitar la suspensión se ACOMPAÑEN PRUEBAS...”.

Prueba contra prueba

Art. 203.- “...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 supervinientes, la impugnación deberá plantearse en audiencia...”.

Art. 222 6to. Inciso.- “...En ningún caso habrá lugar a procedimiento especial de objeción del informe por error esencial que únicamente podrá alegarse y PROBARSE EN LA AUDIENCIA (prueba contra el informe pericial)... ”.

Art. 223.- “...Durante la audiencia de juicio podrán dirigirse a la o al perito preguntas y PRUEBAS NO ANUNCIADAS oportunamente orientadas a determinar su parcialidad y no idoneidad, a desvirtuar el rigor técnico o científico de sus conclusiones así como cualquier otra destinada a solventar o impugnar su credibilidad...”.

PRUEBAS ANTICIPADAS.- Art. 120, Numeral 2.- “... anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse...”.

Art. 181.- “...La o el juzgador podrá recibir como prueba anticipada, en audiencia especial los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas de quienes van a salir del país y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio, siempre que garantice el ejercicio del derecho de contradicción de la contraparte...”.

La exhibición, la inspección judicial, otras formas de pruebas anticipadas; es el comienzo de un trámite judicial, que ante la expectativa del tiempo que pueda durar, es importante asumir medidas de prevención y aseguramiento, tanto más, si se trata de pruebas que pueden desaparecer, alterarse con el paso del tiempo.

La carga de la prueba

Bajo el sistema oral, publico, dinámico, dispositivo, obliga y recae sobre todos los sujetos procesales de la controversia; la prueba del sistema escrito con su rígida formalidad: cada parte debe probar los hechos que alega, se entiende en la demanda y la contestación, hoy tiene efectos relativos; se enfrenta a los hechos nuevos, A LA PRUEBA NUEVA que pueden aparecer aun hasta la segunda instancia, y obliga a enfrentarlos indistintamente a las partes del proceso, porque esos hechos pueden provenir de actores, demandados, terceros. El principio del derecho procesal sobre la CARGA DE LA PRUEBA se mantiene pero con efectos relativos como vamos a analizar.

Art. 113.- Código Procesal Último.- “...Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo...”.

El demandado no está obligado a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa.

El reo deberá probar su negativa si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

El Nuevo Código.- 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 parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa, pero si deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada."

Si bien es cierto que el principio inmovible por lógica es aquel que se refiere, A LA OBLIGACIÓN DE PROBAR LOS HECHOS QUE SE ALEGA, hoy se vuelve relativo, aquello de asumir como carga solo a los hechos alegados en la demanda y la contestación, cuando el sistema nos enfrenta a hechos nuevos que van a aparecer hasta la segunda instancia inclusive, y a pruebas nuevas que bien pueden provenir de hechos nuevos, como cuando por ejemplo debemos enfrentar prueba contra prueba.

Es innegable que el proceso en el sistema oral luce más dinámico, y con los espacios suficientes para que las partes agoten en extenso, todas sus posibilidades para la revisión exhaustiva de su interés en la contienda, a través justamente de estos dos elementos dinámicos. Hechos nuevos y PRUEBAS NUEVAS. Ante esta realidad también es relativo aquello de que el demandado no está obligado a presentar pruebas si su contestación fue simple o absolutamente negativa; posiblemente no habrán resultados agradables para el justiciable que adopte una posición como la que señala la norma; el vértigo de la contienda conducirá al justiciable necesariamente a involucrarse en el proceso de la prueba; esa inacción era parte del manejo desleal con que se manejaba la prueba en el procedimiento escrito.

En conclusión, el principio de la carga de la prueba en el sistema oral se desenvuelve en un ambiente de mayor facilidad probatoria, como dice el Código Español en su Art. 162

COGEP “...con el compromiso de que *DEBEN PROBARSE TODOS LOS HECHOS ALEGADOS POR LAS PARTES, SALVO LOS QUE NO LO REQUIERAN...*”.

Le Ley de Enjuiciamiento Civil de España, Art. 217 (7) “...para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio...”.

LA FACILIDAD PROBATORIA del Código Español, se enmarca en el ámbito de la prueba dinámica y en el principio que se refiere a la solidaridad de la prueba (las partes frente al proceso y frente al juez).

EL CONTENIDO DEL COGEP EN RELACIÓN CON LA DOCTRINA PROCESAL Y CON EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Efraín Pérez.

Hay que recordar que aun a partir de la vigencia del COGEP, se continuarán aplicando el Código de Procedimiento Civil (CPC), la Ley de Casación, el Código Tributario y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para los juicios que se hayan iniciado antes de esa vigencia, lo cual quiere decir que el CPC y las demás normativas citadas continuará siendo aplicadas con varios meses o años de duración.

El COGEP introduce la predominancia de la oralidad en el proceso, pero los tradicionales principios procesales y, por supuesto, la doctrina, conservan su vigencia.

En los considerandos del COGEP se afirma que “[e]ste documento tiene carácter general por abarcar un amplio campo de materias: procedimiento civil, procedimiento laboral, procedimiento contencioso-tributario, procedimiento contencioso-administrativo, procedimiento de familia, mujer, niñez y adolescencia; y, procedimiento de inquilinato, y cualquier otra que no sea procedimiento penal”, y manifiesta que “el instrumento propone cinco Libros: (I) Normas Generales, (II) Actividad Procesal, (III) Disposiciones Comunes a todos los Procesos, (IV) De los Procesos y (V) Ejecución.”

Se incluye el contencioso administrativo y el contencioso tributario. Hay que añadir la Casación, que tiene su procedimiento propio. Se incluye como novedad el “procedimiento monitorio”,⁷ pero en cambio no se atribuye una entidad independiente al “proceso cautelar”, que se contempla en el desarrollo legal y doctrinal de otras legislaciones y que también se contempla en el Código Procesal mo-

⁷ En realidad el procedimiento monitorio es parte del juicio ejecutivo y se encuentra esbozado en el actual CPC.

delo.⁸ Tampoco se contempla el denominado juicio de “jactancia”, llamado “proceso provocatorio” en el modelo.⁹

El CPC cuenta con 1017 artículos, la Ley de Casación tiene 20 artículos, los artículos pertinentes del Código Tributario son 85 y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuenta con 80, lo que sume un total de 1202 artículos.

Por su parte, el COGEP, que abarca las leyes citadas, tiene un total de 439 artículos.

En los temas meramente formales se puede observar:

El COGEP no acentúa las palabras escritas con mayúsculas. Pero desde hace tiempo, el uso de mayúsculas no exime del uso de las tildes, según la RAE.¹⁰

En total se establecen los siguientes juicios:

1. Ordinario
2. Sumario
3. Ejecutivo
4. Voluntario
5. Monitorio
6. De ejecución
7. Concursal

⁸ *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Secretaría General, Montevideo, 1988, http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/2152-el-c%C3%B3digo-procesal-civil-modelo-para-iberoamerica.html, Arts. 274 y ss. En adelante “modelo”.

⁹ Arts. 268 y ss.

¹⁰ Real Academia Española, *Ortografía de la Lengua Española*, Asociación de Academias de la Lengua Española, Madrid, 2010, p. 448: “el empleo de las mayúsculas no exime de poner la tilde cuando así lo exijan las reglas de acentuación gráfica”.

Antecedentes

El juicio oral es una antigua aspiración y su más antigua referencia doctrinal se remonta a Chiovenda,¹¹ aunque han hecho retroceder sus orígenes al proceso civil romano. También las reseñas últimas se remontan al código procesal civil modelo, de 1988,¹² parcialmente elaborado por Vescovi, que lo reproduce en su obra sobre derecho procesal.¹³ Sobre el tema histórico hay que tener en cuenta que *siempre* ha existido oralidad en el proceso, pero de manera parcial, incluso en el CPC. En este se encuentra una normativa eminentemente oral para demandas que no excedan los cinco mil dólares (Art. 407, CPC), que sigue las líneas del juicio monitorio.

En los años sesenta del siglo XX el reputado procesalista argentino Oderigo se pronuncia en forma radical contra la oralidad.¹⁴ Otros autores se han opuesto por diversos motivos a este sistema, pero el criterio de la oralidad procesal ha ganado adeptos en nuestros días.

En 1972 se publica la traducción de la obra de Capelleti, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, que contiene trabajos de ese autor presentados a partir de los años 70.¹⁵

Proceso oral por audiencias

Se ha comentado que “[d]ebe procurarse la implantación del proceso oral como la solución más eficaz contra la excesiva duración del proceso penal, civil o laboral.”¹⁶ Consideran que la oralidad es el me-

¹¹ Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal*, Cárdenas Distribuidor Editor, México, 2001, pp. 143 y ss., T. II.

¹² *Ibíd.*

¹³ Vescovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Temis, Bogotá, 1999, pp. 293 y ss.

¹⁴ Oderigo, Mario A., *El lenguaje del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1961.

¹⁵ Capelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, EJE, Buenos Aires, 1972.

¹⁶ “Bases para la preparación del código procesal civil (Texto aprobado), tema 1, El problema de lentitud de los procesos y sus soluciones.” *El código procesal civil Modelo para iberoamérica*, <http://www.cejamericas.org/index.php/biblio->

jor medio para alcanzar el cumplimiento de los “principios de publicidad, intermediación y concentración”.¹⁷

El elemento más importante de las modificaciones es la introducción del “proceso oral por audiencias”, en que se manifiesta que “las instancias, fases y diligencias se desarrollarán mediante el sistema oral, salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito.”¹⁸ La redacción citada podría mejor indicar que se realizan por escrito todas las diligencias que lo exigen en forma expresa.

Otro aspecto importante del COGEP es la subsunción de innumerables “juicios” en los siete procedimientos descritos.

El proceso más destacado por su oralidad en el *vigente* CPC es el descrito por demandas inferiores a cinco mil dólares (Art. 407, CPC), que se acaba de citar. Se determina una audiencia en que se reciben los testigos, la confesión judicial, los peritajes y se revisan los documentos y objetos presentados. Los alegatos se presentan verbalmente y la audiencia puede extenderse hasta por dieciocho horas y recomenzar después de la suspensión. La sentencia se dicta en la misma audiencia. Como se expresa este procedimiento se encuentra vigente desde antes de la expedición del COGEP.

Asimismo, por ejemplo, dentro de la tercería en juicio ejecutivo, “[p]ara decidir sobre la legalidad y preferencia de los créditos y adjudicar el producto del remate el juez oír a las partes en junta” (Art. 501, CPC).

Los procedimientos

1. “Los procesos de *conocimiento* enunciados plantean la necesidad de normar tres tipos:

- El procedimiento ordinario,
- El procedimiento sumario,

teca/biblioteca-virtual/doc_view/2152-el-c%C3%B3digo-procesal-civil-modelo-para-iberoamerica.html, bajado 3 marzo 2016.

¹⁷ *Ibid*, p. 22.

¹⁸ COGEP, « Art. 4.- Proceso oral por audiencias. La sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se desarrollarán mediante el sistema oral, salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito. ...”.

- El procedimiento monitorio”, para “deudas de baja cuantía...que no constituyan título ejecutivo” –es un juicio ejecutivo.
2. Se consideran como diferentes “los procesos de ejecución”, que consideran “el procedimiento ejecutivo para el cobro de títulos ejecutivos.”
 3. Procedimientos especiales: contencioso tributario y contencioso: vía ordinaria o vía sumaria.
 4. “El procedimiento voluntario” (Art. 334).

Esto es descrito en los Considerandos del COGEP.

En el COGEP se suprime una “jurisdicción” como la coactiva, que no es una verdadera jurisdicción porque es un trámite administrativo (Art. 942, CPC y ss).

También se añade en referencias posteriores del Consejo de Judicatura como procedimiento el “concursal”. Aunque los “considerandos” de la ley no se refieren de manera específica a este procedimiento cabe considerarlo, pues efectivamente es un trámite especial.

El uso del vocablo *procedimiento*

Según Cruz, el CPC: “contiene 34... clases de juicios”,¹⁹ mientras los expositores del COGEP se refieren a 7 procedimientos: 1. Ordinario; 2. Sumario; 3. Ejecutivo; 4. Voluntario; 5. Concursal; 6. De ejecución –el denominado “procedimiento monitorio” es en verdad parte del ejecutivo.

Pero el COGEP no es demasiado estricto en escoger su vocabulario. En efecto, sin duda se disminuyen los innumerables procedimientos y quedan los nombrados en el COGEP. No obstante, todavía hay muchos detalles que distinguían los innumerables procedimientos que son suprimidos, pero que se debe entender que se continuarán

¹⁹ «...reunidos en una lamentable confusión de trámites, llenos de reglas particulares y de particulares excepciones, en un sistema que atenta contra la simplicidad, uniformidad y sencillez que proclama ... la Constitución”, Armando Cruz Bahamonde, *Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil*, Edino, Guayaquil, 2001, v. I, p. 192.

aplicando o, menos probablemente, que quede a criterio de los jueces su aplicación. En algunos casos se podría aducir el requerimiento de una disposición expresa para su aplicación, resultando improcedente que haya conestado en el CPC. Por otra parte, los vocablos relativos a los procedimientos no se utilizan en forma unívoca –sin que esto cause verdadera confusión, por lo menos para los versados.

Tomemos el término “procedimiento” y la reducción actual a los pocos procedimientos enumerados (ordinario, sumario, etc.): Pero el vocablo además se utiliza para describir el nuevo sistema “procedimiento oral”. Principalmente, se denominan “procedimientos” para trámites especiales, como “procedimiento de conciliación” (Art. 234, COGEP); “procedimiento en segunda instancia” (Art. 298, COGEP); “procedimiento para el abandono” (Art. 248); muchas veces como *trámite* como en “estado del procedimiento” (Art. 361, COGEP) o “suspensión del procedimiento de ejecución”, (Art. 392); procedimiento de pago por consignación (Art. 286, COGEP); de excepciones a la coactiva (Art. 315, COGEP), procedimiento en recurso de casación (Art. 269). También se alude al “procedimiento contencioso tributario” o “procedimiento contencioso administrativo”, que se ventilan en “procedimiento ordinario”.

La condena en costas tiene su propia normativa en el recurso de casación (Tit. V, Arts, 284 y ss., COGEP).

Algo similar existe con el vocablo “acción”, como en “acciones colusorias” –que se tramitarán en procedimiento ordinario (Art. 290, COGEP); acciones en procedimiento contencioso tributario (Art. 319, COGEP); acciones especiales (Art. 322), acciones o procedimientos (Art. 305).

Finalmente, en el tema de las definiciones, muchas que existían en el CPC se han abandonado, conforme lo recomienda la doctrina, pero persisten, tal vez por necesidad, algunas como “las clases de “providencias” (Art. 88, 193, 216, COGEP”.

Comentarios sobre las diferencias CPC – COGEP

La diferencia más importante entre los dos códigos es la aplicación extensiva de la oralidad en el COGEP, que ya se daba en el CPC, pero en forma por demás limitada.

En cambio, se puede decir que los principios procesales tradicionales se mantienen, aunque adopten la forma oral y se presenten en audiencia (oral). Por ejemplo seguirá la aplicación de los principios doctrinales sobre la prueba. Otros aspectos pierden validez por la forma adoptada, por ejemplo, no se mantiene el principio de la “audiencia en estrados”, porque todo el proceso se desarrolla “en estrados”. Lo mismo ocurre con los “alegatos”, como documentos escritos, porque son precisamente ellos que profiere el abogado en la audiencia.

El mantenimiento del principio dispositivo,²⁰ según el cual, el juez interviene como mediador y se atiene a los empeños de las partes, se encontraba de todas maneras atemperado.²¹ Las normas del COGEP avanzan en la dirección de asignar una contribución acentuada de la jueza en la dirección del proceso, lo que se manifiesta desde los primeros artículos de este Código,²² aunque se considera que los jueces ejercerán muy restringidamente sus nuevas atribuciones.

Cruz mencionaba la multitud de juicios contemplados en el CPC. El juicio sumario absorbe muchos de ellos: “acciones posesorias y acciones posesorias especiales, acción de obra nueva, así como la constitución, modificación o extinción de servidumbres o cualquier incidente relacionado con una servidumbre ya establecida, demarcación de linderos en caso de oposición y demanda de despojo violento y de despojo judicial. ... alimentos, divorcio y terminación de unión de hecho, honorarios profesionales, oposición a procedimientos voluntarios, incapacidades y declaratoria de interdicción y guardas...

²⁰ COGEP, “Art. 5.- Impulso procesal. Corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo.”

²¹ Existen múltiples referencias en el CPC a la intervención oficiosa del Juez en el proceso, como por ejemplo su potestad de llamar testigos, fuera del término correspondiente, y de solicitar pruebas que no han requerido las partes, así como de pedir aclaraciones. Pero se podría decir que estas participaciones se establecen para aclarar su criterio, lo cual finalmente le corresponde.

²² Por ejemplo, determinado en el artículo 3, COGEP: “Dirección del proceso. La o el juzgador, conforme con la ley, ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias. En función de este principio, la o el juzgador podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas”.

despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales... falta de acuerdo en el precio a pagar por expropiación” (Art. 332. COGEP).

Se actualiza la estructura del Código al suprimir las (algunas) definiciones, acorde con criterios que desconfían de ellas, desde los romanos. Siempre se consideraron las definiciones como peligrosas: así, no se encuentra la definición de *juicio* o de *instancia* (Arts. 57 y 58, CPC). No obstante, se encuentran definiciones en otras partes del COGEP (Ejecución, Art. 362. COGEP).²³ Se conserva la definición de quiebra del remate (Art. 409, COGEP).

Lo que permanece

La doctrina sobre las *citaciones* permanece en su totalidad. En algunos casos se reitera de forma expresa. En las demandas contra el Estado, la competencia se radica en el domicilio del actor (Art. 10, último inciso), más no se zanja la modificación introducida en los modelos del SERCOP, que establecen como domicilio el de la institución contratante, lo cual no es de seguro una renuncia voluntaria de domicilio por parte del contratista, por tratarse de un contrato de adhesión que ha tenido que firmar el contratista, sin poder modificarlo. Para esta imposición han aplicado el principio del domicilio contractual, al que se refieren los códigos (Art. 9, CPC y 10, 3, COGEP), lo cual no es seguro que pueda aplicarse en Derecho Público.

Aunque se haya derogado el CPC, este conserva su validez para los juicios iniciados antes de la entrada en vigencia del COGEP –lo que sin duda se extenderá por unos pocos años- y para temas no contemplados en el COGEP, pero que continuarán ocurriendo.

El COGEP alude a las prohibiciones para ejercer la procuración, que puede recaer sobre una defensora “que no se encuentre inserto en alguna de las prohibiciones previstas en la ley (Art. 42, COGEP). Pero como estas prohibiciones no se encuentran señaladas en otra parte del COGEP, se pueden asumir las prohibiciones del CPC (Art. 41, CPC) que, no obstante, constituyen impedimentos aunque no

²³ Art. 362.- Ejecución. Es el conjunto de actos procesales para hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución (COGEP).

constan determinados expresamente. Pero tampoco consta, en forma expresa, la habilitación para sustituir el poder del procurador incapaz (Art. 42, CPC).

La prohibición o invalidez de la existencia de contenidos determinados en documentos públicos, que se encuentra en el CPC (Art. 171, CPC),²⁴ no se reproduce en el COGEP, pero sin duda continuarán siendo aplicables por los jueces, por el evidente sentido común de sus disposiciones.

Igualmente servirán de referencia los actuales Art. 193 y 194 del CPC, que enumera los “instrumentos privados” y su validación, que es una referencia que no se encuentra en el COGEP, pero que tienen validez doctrinal y práctica, por lo que se asume que continuarán siendo aplicados. Cabe preguntarse qué impugnación podrá hacerse si una jueza se pronuncia en contra de lo que determina estos artículos en un juicio sujeto al COGEP, en que estos artículos han perdido su vigencia.

Existen una serie de procedimientos que tienen antecedentes suficientes a la fecha en la doctrina administrativa ecuatoriana, como por ejemplo la definición y justicialidad del “acto discrecional”, de resoluciones que causan estado, que se eliminan en el COGEP. Por otra parte existen disposiciones que no se encuentran en este Código nuevo, pero que se asumen que aplican “jurisprudencialmente”, pero que una estricta interpretación descarta puesto que no se encuentra normada, como por ejemplo la aplicación subjetiva del acto objetivo (Art. 2, Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo).

Disposiciones sustantivas que se incorporan

La naturaleza como parte procesal

La representación de la naturaleza (Art. 38). Sin perjuicio de lo expresado en el subtítulo pertinente, no es seguro que la naturaleza

²⁴ Art. 171 CPC: “Es prohibido en los instrumentos el uso de cifras de caracteres desconocidos, a menos que corresponda a denominaciones técnicas, el de letras iniciales en vez de nombres o palabras, el dejar vacíos o espacios en que pueden introducirse palabras o cláusulas nuevas, y escribir en distinto papel o con diversa letra.”

puede ser propiamente denominada *parte*, puesto que si bien tiene legitimación para demandar, no puede ser demandada ni, por tanto, puede ser reconvenida (Art. 38, COGEP).

Se ha señalado, en la referencia del contencioso administrativo –o en general, en juicios contra el Estado– que la norma procesal determina los casos en que se puede demandar al particular en el contencioso administrativo. No obstante, las juezas no reconocen el juicio contra el Estado si no ha sido determinado el juicio en forma expresa en la legislación –como en el caso de error judicial, determinado en forma expresa en el Código Orgánico en la Función Judicial; mientras que se rechaza el juicio moral contra el Estado porque no hay una norma procesal específica que lo identifique. El COGEP norma en forma expresa las “acciones por daño ambiental” (Art. 38, COGEP).

El procedimiento del concurso voluntario (Concordato) se añade en su totalidad

La normativa sobre el *Concordato* existía en nuestra legislación, pero el COGEP la incorpora a su contenido.

Se añade la normativa existente como desestimación sobre la personalidad jurídica

Igualmente, la normativa sobre la desestimación de la personalidad jurídica, que permite levantar el *velo corporativo*, se incorpora al COGEP.

Causales para renunciar la procuración judicial

Tradicionalmente, conforme al CPC, las causales de renuncia a la defensa no abarcaban la “objeción de conciencia” o el “incumplimiento contractual”, lo que ahora sí se considera (Art. 44, COGEP), lo que parece apropiado

Inspección judicial

Cualquier parte puede presentar sobre el mismo hecho o materia un informe elaborado por una perito acreditada –se entiende que acre-

ditada por el Consejo de la Judicatura. (Art. 228, COGEP), sin perjuicio de las facultades de las partes de nombrar un perito.

Retiro de la demanda

En forma conveniente, el COGEP autoriza el retiro de la demanda sin más trámite si todavía la demandada no ha sido citada. El actor puede presentar una nueva acción. (Art. 236, COGEP).

Las modificaciones

La modificación más importante, sin duda, es incrementar la *oralidad* del proceso, disponiendo la resolución del asunto en una o más audiencias en que intervienen directamente las partes.

También suprime los recursos y su oportunidad: donde antes decía que todo recurso que la ley no niegue se entiende concedido, ahora dispone que se conceden solamente los recursos expresamente señalados por la ley –con la finalidad de acortar el proceso. No obstante, todavía hay normas que prohíben recursos en forma expresa.²⁵ En algunos casos el COGEP repite artículos del CPC que no se modifican y también altera su orden por razones que no siempre son claras suficientemente, como en los primeros artículos de la casación. Se suprime la presunción de recurso legal: a diferencia del CPC que establece que cuando la ley no prohíbe un recurso se entiende que los concede (Art. 321, CPC), el COGEP establece que solamente se contemplan los recursos otorgados en forma expresa por la ley (Art. 250, COGEP).

También ocurre que se suprimen muchas disposiciones expresas, pero se asume, o se debe asumir, que conservarán su validez, como por ejemplo que el día de hoy, en el CPC se interpreta la falta de aparición en la audiencia de contestación a la demanda como negativa pura y simple de la demanda, pero no se especifica en el COGEP una norma específica sobre el tema, porque el Art. 250, COGEP, no es suficientemente enfático sobre el tema.

²⁵ « Art. 20. ... La resolución que declara la acumulación no será apelable.”

En muchos casos, se eliminan disposiciones sustantivas importantes, pero no se puede asumir que los antiguos preceptos continuarán siendo obligatoriamente aceptados, lo que sí ocurriría si se trata de precedentes jurisprudenciales —es una opinión del autor, no una regla de aplicación.

Es notable esta supresión de preceptos en el caso de la prueba de los documentos privados, por ejemplo. Los jueces tendrán que aplicar su criterio propio, que podría coincidir o no con la normativa vigente del CPC.

Los casos de diligencias preparatorias se encuentran enumerados en forma taxativa en el COGEP (Art. 122, COGEP) y no se encuentra entre esos casos la confesión judicial. En efecto, el COGEP elimina la referencia a la confesión judicial, aunque conserva la alusión a “posiciones”, y la considera abarcada por la declaración de las partes. Pero una declaración de esas no se encuentra en la enumeración taxativa del Art. 122 del COGEP, por lo cual se considera que desaparece la confesión judicial, o la declaración de parte, del número de diligencias preparatorias. Pero este criterio no se podría aplicar en la declaración de testigos en su domicilio, que consta en el Art. 225 del CPC, que no se encuentra en el COGEP, sino que se podrá realizar su declaración por medios telemáticos. En consecuencia también, desaparece la “confesión judicial” de la enumeración de los títulos ejecutivos, que consta en el CPC (Art. 413, CPC) y en su lugar, el COGEP incluye entre los títulos ejecutivos “la confesión de parte hecha con juramento”. (Art. 374, COGEP).

Cabe preguntarse si la eliminación de la referencia a la *retención* en oficinas públicas “inclusive” (Art. 907, CPC),²⁶ permanece, lo que se debe entender puesto que el COGEP se refiere a los bienes que tenga el deudor “en poder de una o un tercero” (Art. 130, COGEP), redacción que se debe entender que abarca entre “terceros” las oficinas públicas.

²⁶ Art. 907 CPC: “La retención se verificará en las rentas, créditos o bienes que tenga el deudor en poder de un tercero, inclusive en las tesorerías u otras oficinas públicas.” En el COGEP se manifiesta, sobre el mismo tema: “Art. 130.- Retención. La retención se verificará en las rentas, créditos o bienes que tenga la o el deudor en poder de una o un tercero.” Obviamente se puede interpretar que ‘las tesorerías u otras oficinas públicas’ son un tercero.

Los “Informes de derecho” (Art. 837, 845 CPC) y los manifiestos en derecho (Art. 406, CPC), –equivalentes a los alegatos se suprimen en el COGEP y la explicación la tenemos que encontrar que en la misma audiencia del juicio, las partes presentan sus alegatos en derecho, que es el contenido que tienen los actuales alegatos y audiencias en estrados.

El CPC autoriza al juez para establecer disposiciones materiales si es que para evitar un daño inevitable, “dará las órdenes necesarias para impedir el daño” (Art. 247, CPC). No hay una disposición similar el COGEP y cabe interrogarse si es posible para la jueza tomar una medida semejante sin que exista una norma expresa autorizándola en ley. Tampoco se encuentra la posibilidad de las partes de elegir peritos por mutuo acuerdo (Art. 252, CPC), ni hay referencia a los intérpretes, a los que se refiere el CPC (Arts. 264 y ss., CPC), aunque se debe asumir que se encuentran sujetos a las normas sobre los peritos que constan en el COGEP. El Art. 79 del COGEP autoriza al juez y a las partes a nombrar traductor.

Se zanja la discusión jurídica sobre la validez ejecutiva de la factura en Ecuador. Por lo menos en el procedimiento monitorio, se incorpora la factura como título suficiente. (Art. 297, COGEP), lo que no ocurre en el procedimiento ejecutivo, porque no se la menciona entre los títulos ejecutivos (Art. 374, COGEP).

Aplicación principal y subsidiaria

En el COGEP se ha realizado un gran esfuerzo de unificación – simplificación. El mejor ejemplo es la supresión de cantidad de procedimientos específicos. Otra instancia importante es la eliminación del Código Tributario y las leyes Contencioso Administrativo y de Casación. Todos ellos contemplaban la aplicación de normas específicas y de procedimientos *subsidiarios*: el Código de Procedimiento Civil: En lo no contemplado en forma expresa en el Código específico, se aplican las normas del procedimiento civil.

Como se adelantó, en el COGEP se intenta unificar procedimientos –tributario, contencioso administrativo– en un solo procedimiento: el procedimiento ordinario. Pero restan aun disposiciones específicas para procedimientos especiales, disposiciones que no se oponen

o que no divergen demasiado del procedimiento principal constante en el COGEP, como la acumulación de autos (Art. 16 y 323 COGEP; Art. 235, Código Tributario).

Se refunden *procedimientos* y juicios:

Las diferentes actuaciones se simplifican al unificarse los procedimientos, como en el caso de las *citaciones y notificaciones* (Arts. 237 a 241) del proceso contencioso tributario, que ocupan un extenso espacio en el Código Tributario y quedan suprimidas al remitirse este juicio al procedimiento ordinario.

Procedimiento ordinario

El proceso ordinario es un “*proceso de cognición* o declarativo *lato senso*”.²⁷ Su finalidad es de obtener una declaración y no una manifestación de voluntad y se concibe para hipótesis generales y no para casos particulares, en un cierto sentido como un *modelo tipo*.²⁸ El CPC dice que toda controversia judicial que no tiene un procedimiento especial se ventila en juicio ordinario, pronunciándose en igual sentido el COGEP (Art. 59, CPC; Art. 289 COGEP). Similarmente lo describe Devis Echandía.²⁹

El procedimiento ordinario en el COGEP es equivalente al procedimiento ordinario del CPC. Algunas de las modificaciones son el término para responder, que pasa de los quince días que consta en el CPC a los treinta días que fija el COGEP. La modificación más importante es el establecimiento de dos audiencias: la audiencia preliminar (Art. 292, COGEP) y la audiencia de juicio (Art. 297, COGEP), es decir en *procedimiento*.

El tema de las audiencias contempla esquemas conocidos del juicio ordinario, adaptados al sistema de audiencias, incluyendo el siste-

²⁷ Guasp, Jaime y Pedro Aragonese, *Derecho Procesal Civil*, CIVITAS, Madrid, 2002, p. 612, T. I.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Devis Echandía, Fernando, *Compendio de Derecho Procesal*, Diké, Medellín, 1994, pp. 564 y 567, T. III, V. II.

ma probatorio, con la diferencia que tienen que enunciadas con anterioridad, en la misma demanda y en su contestación (Arts. 142, 7. y 152, COGEP), disposición que ya existía en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para los juicios sometidos a su competencia, pero que no tenía aplicación práctica.

Las acciones tributarias y las *acciones directas* se conocen en procedimiento ordinario (Arts. 320 y 321), aunque hay otros juicios tributarios, Las acciones *especiales*, que se tramitan en procedimiento sumario (Art. 322).

Se conocen en procedimiento ordinario todos aquellos juicios que estaban anteriormente sometidos a este procedimiento, así como los procesos contencioso administrativo y los contencioso tributarios relativos a las “impugnaciones” (Art. 320, COGEP), con excepción de las acciones *especiales* que se tramitan en procedimiento sumario, como se viene de decir.

El juicio contencioso tributario contempla las “impugnaciones” (Art. 320, COGEP) y las acciones especiales (321, COGEP) en procedimiento ordinario y las “acciones especiales” en procedimiento sumario (Art. 322, COGEP).

Corresponde el procedimiento ordinario para los juicios administrativos. El silencio administrativo positivo y el pago por consignación se tramita en procedimiento sumario.

Procedimiento sumario

No se puede establecer una similitud o una sucesión del juicio verbal sumario al juicio sumario del COGEP, pero son evidentes los paralelos.

También se sustancian por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción.”

Se conocen en *procedimiento sumario*:

“Art. 332.- *Procedencia.- Se tramitarán por el procedimiento sumario:*

1. *Las ordenadas por la ley.*
2. *Las acciones posesorias y acciones posesorias especiales, acción de obra nueva, así como la constitución, modificación o extinción de servidumbres o cualquier incidente relacionado con una servidumbre ya establecida, demarcación de linderos en caso de oposición y demanda de despojo violento y de despojo judicial.*
3. *La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes. Para la presentación de la demanda sobre prestación de alimentos no se requerirá patrocinio legal y para la presentación de la demanda bastará el formulario proporcionado por el Consejo de la Judicatura.*
4. *El divorcio contencioso. Si previamente no se ha resuelto la determinación de alimentos o el régimen de tenencia y de visitas para las y los hijos menores de edad o incapaces, no podrá resolverse el proceso de divorcio o la terminación de la unión de hecho. La o el juzgador, en todos los casos, deberá señalar la pensión provisional de alimentos a favor de las hijas e hijos menores de veintiún años o con discapacidad conforme con la ley.*
5. *Las controversias relativas a incapacidades y declaratoria de interdicción y guardas.*
6. *Las controversias relativas a honorarios profesionales, cuando la pretensión no sea exigible en procedimiento monitorio o en vía ejecutiva.*
7. *Los casos de oposición a los procedimientos voluntarios.*
8. *Las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, con la reducción de plazos previstos en el Código del Trabajo sobre el despido ineficaz.*

9. Las controversias generadas por falta de acuerdo en el precio a pagar por expropiación.”

Así, de un plumazo, el legislador suprime los juicios siguientes:

1. Juicios posesorios (incluye la posesión efectiva de los bienes hereditarios, obra nueva y obra ruinosa —el COGEP no incluye la obra ruinosa, pero debe considerarse como incluida—, conservación y recuperación de la posesión, (Sección 11ª, Arts. 674–695, CPC); servidumbres de tránsito y otras servidumbres (Sección 12ª, Arts. 696 y ss., CPC).
2. Juicio de demarcación de linderos (Sección 10ª, Arts. 666 y ss., CPC).
3. Juicio de despojo violento
4. Juicio de despojo judicial (Art. 691, CPC).
5. Juicio de alimentos (Sección 14ª, Art. 724 y ss., CPC).
6. Juicio de divorcio —el Código Civil determina su tramitación en juicio verbal sumario (Art. 118, Código Civil):
7. Juicio de interdicciones por incapacidades (Arts. 738 y ss., CPC).
8. Juicio de guardas (Arts. 766 y ss., CPC).
9. Controversia por honorarios profesionales (Art. 874, CPC).
10. Juicio de despido intempestivo de mujeres embarazadas.
11. Juicio por pago de expropiaciones (Art. 782, CPC).

Muchos de estos “juicios”, sin embargo, son mencionados apenas y generalmente se remiten al procedimiento verbal sumario (Divorcio, por ejemplo: el Código Civil lo remite al juicio verbal sumario, Art. 118, Código Civil).

El COGEP remite al procedimiento sumario los juicios tributarios de “acciones especiales” (Art. 322, CPC).

Juicio ejecutivo: todo lo no contemplado en el Título aplica en lo procedente el procedimiento sumario (Art. 355, COGEP).

Procedimiento sumario. Reglas (Art. 333).

Procedimiento ejecutivo

En el Derecho Procesal español se ha descrito este procedimiento como:

“[P]roceso de cognición especial y sumario por razones cualitativas, que está destinado a satisfacer pretensiones dotadas de una fehaciencia legalmente privilegiada”³⁰

El mismo autor le atribuye las propiedades de un proceso de *cognición*.

Lo más relevante de esta clase de juicios es la distinción que tienen con los procesos de ejecución, lo que está suficientemente aclarado en el COGEP, que establece como una categoría aparte los procesos de *ejecución*.

Sobre el tema llama la atención el autor citado:

“Se hace necesario llamar, pues, la atención sobre el equívoco que encierra la denominación de este proceso, tal como se contiene en la ley y utiliza la práctica. Se le llama juicio ejecutivo, con lo cual parece que no se trata de una especie de los juicios declarativos, sino una figura afín a los verdaderos procesos de ejecución. Pero esta creencia debe considerarse como radicalmente equivocada. La finalidad propia de llamado juicio ejecutivo no es la de conseguir directamente medidas de ejecución a cargo del Juez, a las que el pretendiente, de momento, no tiene todavía derecho, sino la de conseguir una resolución de judicial de fondo que imponga al demandado una cierta situación jurídica y cuyo incumplimiento será el que determine la apertura de la ejecución verdadera.”³¹

³⁰ Guasp, *ob. cit.* p. 142.

³¹ Guasp, *ob. cit.* T. II, p. 143.

En consecuencia, en forma correctamente doctrinal, el COGEP excluye de los títulos ejecutivos la sentencia ejecutoriada y las actas judiciales de remate o las copias de los autos de adjudicación debidamente protocolizados y se incluyen propiamente en la *ejecución*.

Así, en el COGEP se distingue entre el *título ejecutivo* (Art. 347, COGEP) y el *título de ejecución* (Art. 373, COGEP).

Juicio ejecutivo: todo lo no contemplado en el Título aplica en lo procedente el procedimiento sumario (Art. 355, COGEP), lo que confirma la apreciación que, en esencia, el juicio ejecutivo es una clase de procedimiento sumario.

Procedimiento concursal

Guasp denomina estos procedimientos como *procesos concursarios*.³² El Art. 362 del COGEP describe: “Ejecución. Es el conjunto de actos procesales para hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución.” Contempla las acciones que son definidas por la doctrina como “Ejecución forzada”.

Procedimiento voluntario

Cruz elogia el sistema colombiano, que está siguiendo el COGEP, de enumerar los casos en que procede el procedimiento voluntario. Critica la definición existente en el actual CPC que asigna a este procedimiento el conocimiento de los asuntos que se desarrollan “sin contradicción” y recuerda la Resolución de la extinguida Corte Suprema, que limita el procedimiento voluntario a “los casos establecidos en las leyes”.³³

El COGEP determina como procedimientos voluntarios –tiene que entenderse en forma taxativa:

Se consideran procedimientos *voluntarios* (Art. 334, COGEP):

1. Pago por consignación.

³² *Ibid*, T. II, p. 323,

³³ Cruz, *ob. Cit.*, p. 63, v. I.

2. Rendición de cuentas.
3. Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes.
4. Inventario, en los casos previstos en este capítulo.
5. Partición.
6. Autorización de venta de bienes de niñas, niños y adolescentes y, de personas sometidas a guarda.

Procedimiento monitorio

Según Barraza “Estos procesos intentan conciliar dos aspectos, la celeridad y la garantía de defensa en juicio, aunque respecto de este último, difieren la oportunidad de su ejercicio. Con tal diferimiento, se logra atender con urgencia situaciones que de lo contrario, resultarían gravosas con una sentencia ulterior. Las consecuencias de adoptar tal temperamento, son la economía de tiempo, esfuerzos y gastos.”³⁴

Se ha llegado a encontrar antecedentes en el medioevo italiano y ver su incorporación en la primera ley procesal nacional de 1877 del derecho germano. En Sudamérica, se atribuye a Uruguay utilizar la figura más de un siglo y la incorporación en su Código General del Proceso de 1989. Bajo la influencia de sus procesalistas se incluye la figura en el *modelo*, de 1988, incorporado ese mismo año en Argentina en los “procesos de ejecución” de su Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Asimismo, se debate la idea en congresos de derecho procesal de 1997 y 1999.³⁵

El “procedimiento monitorio” es nuevo en el sistema procesal ecuatoriano. El *modelo* contempla el “proceso de estructura monitoria, en términos bastante similares al contenido en el COGEP (Arts. 297 – 361, COGEP).

El procedimiento monitorio establecido en el *modelo* aplica a variadas obligaciones (Art. 311 y ss. del *Modelo*), así como se ha establecido en Argentina. El COGEP solo apunta a sumas de dinero.

³⁴ Barraza Javier J., “Las medidas de urgencia o las llamadas medidas autosatistactivas” en: Cassagne, Juan Carlos (Ed.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2007. p. 337, T. II.

³⁵ *Ibid*, pp. 339, 340.

Por otra parte, se ha llamado la atención que en el vigente CPC se encuentra un procedimiento para “demandas cuya cuantía no pase de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América”, con características similares al procedimiento monitorio contemplado en el COGEP. El tema en el CPC se resuelve en una “audiencia de conciliación y juzgamiento” (Art. 407, CPC). En ambos casos se trata de sumas de dinero. En el CPC se establece el tope de cinco mil dólares, mientras el COGEP fija el tope de alrededor de dieciocho mil.³⁶

Audiencia preliminar

“Eduardo J. Couture en su proyecto de Código de Procedimiento Civil para Uruguay, introduce esta institución (la conciliación) –que también recoge la ley argentina 21 número 14.237, aunque aisladamente –y expresa que se origina en el régimen norteamericano de *pretrial*,³⁷ señalando que toma el artículo que organiza dicha audiencia (artículo 84) de la Federal Rule of Civil Procedure (Regla 16) y de la Conferencia Preliminar del Juicio del Código de Puerto Rico (artículo 37). No hay duda de que el *pretrial* y aún también la *preliminary hearing*³⁸ del proceso norteamericano resultan fuentes esenciales del instituto.”³⁹

La procuración judicial debe incluir en forma expresa la autorización para transar (Art. 86, 1, COGEP). No obstante, el procurador de la PGE o de una institución pública requiere de una autorización del Procurador General del Estado o de la máxima autoridad para transar. Esto imposibilita que se establezca la transacción en la misma audiencia.

La demanda

El CPC se contempla que es procedente para la jueza conocer las peticiones contrarias o incompatibles si el actor solicita que todas se

³⁶ Para 2016.

³⁷ Antecedente del proceso – “antejuicio”.

³⁸ Audiencia preliminar.

³⁹ *Modelo*, p. 36.

tramiten por vía ordinaria. El artículo 145 del COGEP de forma expresa reitera que todas las pretensiones se puedan “sustanciar por el mismo procedimiento”, sin establecer excepciones.

La citación

El término para contestar la demanda, corre desde que se practicó última citación, dice el COGEP (Art. 291). Pero antes había dicho la Corte, en Resolución, que la cuenta se practica desde la última citación y notificación.

Contestación a la demanda

En el CPC se citan las excepciones “más comunes”, mientras que en el COGEP se establece una enumeración no ejemplificativa sino taxativa.

Cuando no asista el demandado a la audiencia preliminar su falta de comparecencia, determina la continuación de la audiencia y que el demandado ausente “pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos” (Art. 87, 2., COGEP), pero tal ausencia se considera como negativa de la demanda, “salvo que la ley le atribuya otro efecto.” (Art. 157, COGEP).

Se hace referencia a clasificación de excepciones que no tenían una configuración específica con anterioridad en nuestro sistema procesal:

1. Excepción previa no subsanable (Art. 295, 1., COGEP).
2. Excepción “de defecto en la forma de proponer la demanda” (Art. 295, 2).
3. Excepción de “falta de capacidad”, “falta de personería”, “incompleta conformación de la litis consorcio”, Art. 295, (“ilegitimidad de personería” en el CPC).

El expediente

El expediente judicial, también denominado “expediente electrónico” y “expediente físico” (Art. 113, COGEP) que no se puede confundir con el denominado “Expediente administrativo” de la Jurisdicción

administrativa, siempre ha existido, como físico, no electrónico, pero no ha tenido una denominación especial (Capítulo X, Expedientes y registro (Arts., 113–119, COGEP).

El expediente “físico” no contiene los registros de las actuaciones orales, pero solo contiene la referencia a esas actuaciones –no su transcripción. (Art. 114, COGEP).

En el expediente electrónico se registran “las actuaciones electrónicas”, mas no está claro si serán escaneados *todos* los documentos utilizados por las partes –además de “los documentos que las partes pretendan utilizar en el proceso” (Art. 115, COGEP). Pero expresamente se hace mención de que hay documentación “cuya digitalización sea inviable por su gran volumen o por su ilegibilidad” (Art. 117, COGEP).

Uno de los principios procesales que establece la doctrina es el libre acceso del público a las actuaciones judiciales, también establecido en el COGEP (Art. 8, COGEP), salvo a documentos que se consideran reservados por razones diferentes. El COGEP determina que “las grabaciones a las audiencias solo se conferirán a las partes” (Art. 119, COGEP). Uno se pregunta si cualquiera podrá acceder al contenido de las audiencias en forma física –es decir no como grabaciones- si es que se materializan o si es posible conseguirlas por cualquiera, pagando los costos de su transcripción física.

La prueba

En el COGEP se introduce el principio del anuncio previo de la prueba (Arts. 258, 259 y 297, 7. a, COGEP). Esta disposición existe en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, pero permanece generalmente incumplida, con la fórmula de que “se presentarán todas la pruebas descritas en el Código de Procedimiento Civil”, sin consecuencia negativa alguna por su no enumeración, como determina la ley.

El COGEP no recoge la salvedad que hace el CPC sobre la prueba de la falsedad de un documento ejecutivo, cuya prueba corresponde a la parte que la hubiere alegado, que consta en el CPC.

Se introduce la llamada “*discovery*” del derecho estadounidense, cuando el COGEP dispone que la jueza puede ordenar “a la otra

parte... que la entreguen o faciliten” (las pruebas) (Art. 159 y 220, COGEP).

No se encuentra en la sección de pruebas el vocablo “confesión judicial”, normadas por el CPC. En su lugar se encuentra la “declaración de parte” (Art. 187, COGEP), que se realiza en la audiencia. Esto incluye el “testimonio de la parte” a que se refiere Capelletti.⁴⁰ No obstante, según el COGEP, el procurador judicial requiere cláusula expresa para “absolver *posiciones*” (Art. 43, COGEP), que es un vocablo que se emplea en el contexto de la confesión judicial.

Dentro de la sección I, Capítulo II del COGEP, sobre la prueba testimonial, se zanan las dudas o las confusiones que había sobre la solicitud de testimonio *de una de las partes* que, se alega en la actualidad, no serían procedentes (“declaración que rinde una de las partes o un tercero” (Art. 174, COGEP). Así mismo, se eliminan las referencias de testigos que no podían declarar por diversas razones, dejando al juez el análisis de la mayor o menor validez de sus declaraciones, según su sana crítica, en consonancia con la doctrina procesal contemporánea.

Recursos

Como se expresó líneas arriba: “El CPC dispone: ‘Siempre que la ley no deniegue expresamente un recurso se entenderá que lo concede’ (Art. 321), mientras que el COGEP dice: ‘Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. ...’ (Art. 250).”

No obstante, en el COGEP hay disposiciones que en forma expresa rechazan la apelación:

- De la resolución que dirime un conflicto de competencia (Art. 14, COGEP, último inciso).

- De la regulación de honorarios en los juicios de alimentos y demás entre cónyuges o convivientes con derechos (Art. 35, COGEP).

- No se contempla apelación de la orden de archivo de la demanda (Art. 146, COGEP), a diferencia del CPC que concede en forma expresa apelación de la orden de completar la demanda –recurso que

⁴⁰ Capelletti, *ob. cit.*, pp. 215 y ss. y 319 y ss.

solo corresponde al actor. La resolución de segunda instancia causa ejecutoria (Art. 69, CPC).

-“Las sentencias que se pronuncien dentro de los juicios en que se ventilen las controversias entre el abogado y su cliente por el pago de honorarios, no serán susceptibles de los recursos de apelación ni de hecho.” (Art. 333, COGEP).

En el mismo artículo 250 se enumera: “...Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad. La aclaración, ampliación, revocatoria y reforma serán admisibles en todos los casos, con las limitaciones que sobre la impugnación de las sentencias y autos prevé esta Ley”.

Asimismo, autoriza el COGEP: “Procedencia. El recurso de apelación procede contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de primera instancia así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso (Art. 256, COGEP).

El CPC se refiere a los efectos suspensivo y devolutivo (Art. 331, CPC), pero el COGEP incluye el efecto diferido (Art. 261, COGEP), como se verá más adelante.

“Procedimiento para el abandono. ...El auto interlocutorio que declare el abandono podrá ser impugnado siempre que se justifique exclusivamente, en un error de cómputo.” (Art. 248, COGEP).

A la negativa de la apelación dentro del juicio ordinario, se puede interponer el recurso de hecho (Art. 259, COGEP).

Efecto suspensivo

Es apelable la decisión que niega la práctica de una diligencia preparatoria, con efecto suspensivo. Art. 121, inciso 4, COGEP).

Se puede apelar de la inadmisión de la demanda –en efecto suspensivo a falta de expresión de la jueza (Arts. 147 y 259, COGEP).

Condena en costas, “solo suspenderá la ejecución de la condena a la o al juzgador recurrente.” (Art. 288, COGEP).

El auto interlocutorio que acoge las excepciones previas o resuelve cualquier cuestión que pone fin al proceso, es apelable con efecto suspensivo. (Art. 296, 1, COGEP).

Serán apelables las resoluciones dictadas en el procedimiento sumario. (Art. 333, 6., COGEP).

Efecto diferido

El efecto *diferido* no se contempla en el CPC. La apelación de efecto diferido determina que “no se cumple la providencia apelada (como en el suspensivo), pero él *a quo* sigue adelantando el proceso (como en el devolutivo), lo cual acelera el trámite de la primera instancia”.⁴¹ El *modelo* se refiere al efecto diferido, que no priva “*al a quo* de competencia para continuar el trámite de la instancia. (Art. 17, c), *Modelo*).

Según el COGEP, en la apelación con efecto diferido, “se continúa con la tramitación de la causa, hasta que de existir una apelación a la resolución final, este (*sic*) deba ser resuelto de manera prioritaria por el tribunal.” (Art. 261, 3). Solamente se solicita y se concede el recurso en forma diferida “en los casos que la ley así lo disponga” (Art. 262, COGEP). El COGEP concede la apelación de forma diferida en cuatro ocasiones.

-La apelación contra la providencia sobre la diligencia preparatoria se “podrá apelar con efecto diferido.” (Art. 121, COGEP).

-“La resolución por la cual la o el juzgador decida no admitir alguna prueba podrá apelarse con efecto diferido” Admisibilidad de la prueba. (Art. 160, COGEP).

-Se requiere fundamentar la apelación con el efecto diferido, que se puede fundamentar con la presentación del recurso “o cuando se conteste la apelación” (Art. 257, COGEP).

-El auto que rechaza las excepciones previas, es apelable con efecto diferido. (Art. 296, inciso 1, COGEP)”

Efecto devolutivo,

Las providencias preventivas son apelables en efecto “no suspensivo”. (Art. 132 COGEP).

⁴¹ Devis Echandía, Hernando, *Ob. cit.*, t. I, p. 657.

Las resoluciones de alimentos, tenencia, visitas, patria potestad, despojo violento, despojo judicial serán apelables solamente en efecto no suspensivo. (Art. 333, 6., COGEP).

En el juicio ejecutivo la apelación de la sentencia corresponde solamente en el efecto no suspensivo (Art. 354, 3er inciso, COGEP).

“El auto que declara el concurso de acreedores o la quiebra será apelable en el efecto no suspensivo”. (Art. 424, inciso final, COGEP).

El auto que decide sobre la oposición de los acreedores en el concurso voluntario será apelable en el efecto no suspensivo. (Art. 425, 4º inciso, COGEP).

La decisión de la juzgadora en concurso preventivo será apelable en efecto no suspensivo (Art. 427, COGEP).

Apelación en efecto no suspensivo, en la junta de acreedores (Art. 428, COGEP).

“Distribución. Resuelta la prelación por la o el juzgador, si se han vendido todos los bienes, se distribuirá el producto en el orden establecido.

Si algún bien no ha podido venderse por falta de postor, se estará a las normas previstas para el remate de los bienes embargados.

La decisión de la o del juzgador será apelable en efecto no suspensivo.” (Art. 437. COGEP).

Providencia que descarta el proceso o subida del proceso

El auto que declara el abandono es apelable. (Art. 248, inciso final, COGEP).

Recurso de apelación, para segunda instancia (Art. 298, COGEP).

“Recursos. Será apelable la providencia que inadmita la solicitud inicial y la resolución que la niegue”, (Art. 337, COGEP).

Aclaración o ampliación, inadmisión

“Recursos. Será apelable la providencia que inadmita la solicitud inicial y la resolución que la niegue. Las demás providencias que se pronuncien solo serán susceptibles de aclaración, ampliación, reforma y revocatoria”. (Art. 337, COGEP).

“El auto que inadmita el recurso de casación es susceptible de aclaración o ampliación”. (Art. 269, COGEP).

En procedimiento voluntario, “Recursos. Será apelable la providencia que inadmita la solicitud inicial y la resolución que la niegue. (Art. 337, COGEP)

Las demás providencias que se pronuncien solo serán susceptibles de aclaración, ampliación, reforma y revocatoria.

En el juicio monitorio, “solo caben la ampliación, aclaración y el recurso de apelación”. (Art. 359, COGEP).

En el caso específico de recursos, en remate de los bienes embargados y liquidación del crédito se podrá apelar exclusivamente de los autos de calificación de postura y de adjudicación (ejecución, Art. Art. 402 y 413, COGEP)

Las audiencias

Las audiencias solo pueden llevarse a cabo en los casos previstos en el COGEP y se desarrollan en forma continua (Art. 79, COGEP). La juzgadora permanece ininterrumpidamente, Su ausencia produce nulidad no subsanable del proceso (Art. 81).

La no comparecencia de una de las partes: La no comparecencia del actor se considera abandono. La no comparecencia del demandado, determina que este “pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos” (Art. 87, 1 y 2), pero a pesar de esa inasistencia se puede incorporar en cualquier momento al proceso. La no comparecencia en la audiencia se debe interpretar como “negativa de los hechos alegados contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto.” (Art. 157, COGEP).

Las partes intervienen y pueden contradecir a la otra parte.

En la audiencia, las partes pueden:

1. Argumentar
2. Alegar y,
3. Solicitar que practiquen las pruebas,
(Art. 79, COGEP)

El juez dirige la audiencia (Art. 80, COGEP) y abre la discusión sobre “temas admisibles” (Art. 70, COGEP). Si es una reanudación de una audiencia que se ha suspendido por fuerza mayor o caso fortuito, “efectuará un breve resumen de los actos realizados hasta ese momento”. Su ausencia injustificada es causal de nulidad, más puede ser reemplazado en casos de fuerza mayor o caso fortuito (Art. 81, segundo inciso, COGEP).

La audiencia podrá suspenderse en los casos previstos (Art. 81, 82, 93, 168 y 177, COGEP), hasta por dos días (Art 82, 1.); hasta por diez días en caso de fuerza mayor o caso fortuito que afecte el desarrollo de la audiencia (Art. 81. COGEP) y para pronunciar la resolución; y hasta por quince días para celebrar la prueba de oficio (Art. 168, COGEP). Asimismo, “[s]i la o el declarante no asiste a la audiencia, la parte interesada podrá solicitar de manera fundamentada, que se suspenda la audiencia por tratarse de una prueba trascendental” (Art. 177, 2). Se resuelve “de manera motivada” en la misma audiencia en forma oral (Arts. 79, 93 y 94, COGEP). Más, la decisión se puede pronunciar oralmente hasta en diez días (Art. 93, COGEP). La resolución escrita motivada se puede notificar hasta en diez días (Art. 93, COGEP).

Formato de las audiencias

Audiencia preliminar (Art. 294, COGEP) – audiencia de juicio (Art. 297, COGEP).

1. Identificación del juzgador (Art. 79, COGEP).
2. En los juzgados colegiados (tribunales), corresponde a la ponente la dirección de la audiencia (Art. 80, COGEP).
3. Constatación de la presencia de todas las personas notificadas (Art. 79, COGEP).

Para intervenir, el procurador requiere autorización para transigir (Art. 86, 1, COGEP), salvo a los procuradores de instituciones públicas. Según la Ley Orgánica de la PGE, se necesita la autorización del Procurador General del Estado para transigir, por parte de las instituciones públicas.

4. La juzgadora concede la palabra a la parte actora. Las partes, ejercen el derecho a la correspondiente contradicción (Art. 79, COGEP).

5. La juzgadora o juez ponente del tribunal fija el tiempo de uso de la palabra (Art. 80, COGEP, segundo inciso).

6. Las partes pueden intervenir personalmente (Art. 79, COGEP).

7. Simultáneamente el juzgador dispone que se presenten las pruebas (Art. 79, COGEP).

8. En caso necesario la juzgadora nombra un traductor, pudiendo la parte tener su propio traductor (Art. 79, COGEP).

9. El juzgador resuelve motivadamente en la misma audiencia notificando a las partes en forma oral; incluyendo la resolución de los recursos presentados con anterioridad (Art. 79, COGEP).

10. Los términos para presentar los recursos del auto o sentencia se cuentan a partir de la notificación escrita.

11. Para efecto de los términos, se contarán a partir de la notificación (escrita) de la sentencia, pero esta misma se notificará oralmente en la audiencia. La grabación oficial en la audiencia puede objetarse hasta 24 horas después (Art. 83, COGEP).

12. Estructura de la resolución de mérito o de fondo pronuncia da en audiencia (Art. 94, COGEP).

Clases de audiencias

En conflicto de competencia. Audiencia se realiza en el término de cinco días (Art. 28, COGEP).

En los juicios contencioso tributarios y contencioso administrativos: “La o el juzgador ponente emitirá los autos de sustanciación y dirigirá las audiencias.” (Art. 12, COGEP).

En procesos ordinarios: (la audiencia) “se propondrá dentro del término de diez días después de la notificación de la convocatoria a audiencia de juicio.” (Art. 48, COGEP). Tercería: En juicio ordinario, “se propondrá dentro del término de cinco días antes de la fecha de realización de la respectiva audiencia” (Art. 45, COGEP).

En procesos sumarios: (la audiencia) “se propondrá dentro del término de cinco días antes de la fecha de realización de la respectiva audiencia.” (Art. 48, COGEP).

Para resolver la solicitud de providencias preventivas, “conforme con los requisitos de la demanda”, se convocará audiencia en el término de 48 horas (Art. 127, COGEP).

Audiencia y resolución de apelación (Art. 259, COGEP).

Audiencia en casación (Art. 272, COGEP).

Convocatoria a audiencia en las excepciones a la coactiva (Art. 315, COGEP).

El procedimiento sumario se desarrolla en audiencia *única* “*con dos fases*, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos”, en el término máximo de 30 días a partir de la contestación de la demanda. (Art. 333, 4, COGEP).

Juicio contencioso tributario – sumario. -acción especial por clausura de establecimientos, audiencia única en el término máximo de cuarenta y ocho horas. (Art. 333, 4, COGEP).

En niñez y adolescencia; en el tiempo mínimo de 10 días y máximo de 20 días a partir de la citación. (Art. 333, 4, COGEP).

En despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de dirigentes sindicales, en el término máximo de 48 horas a partir de la citación. (Art. 333, 4, COGEP).

“En las controversias sobre alimentos, tenencia, visitas y patria potestad de niñas, niños y adolescentes, la o el juzgador para dictar la sentencia no podrá suspender la audiencia para emitir la decisión oral.” (Art. 333, 5, COGEP).

En el procedimiento voluntario se convoca audiencia (Art. 335, COGEP). Oposición. Cualquier persona citada o que acredite interés en el asunto “podrán oponerse por escrito hasta antes de que se convoque a la audiencia.” La controversia se ventila en vía sumaria. (El juez) “concederá a las partes el término de quince días para que anuncien las pruebas, hecho lo cual se convocará a la audiencia” (Art. 336, COGEP).

Audiencia en divorcio por mutuo consentimiento (Art. 340, COGEP).

Procedimiento ejecutivo: “Si la parte demandada comparece y formula excepciones... (la audiencia única) se realizará en dos fases:

1^a de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación; y, 2^a de prueba y alegatos (Audiencia, Art. 354, COGEP).

Audiencia en procedimiento monitorio, en dos fases: “la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos” (Art. 359, COGEP).

Ejecución: “se propondrá desde la convocatoria a audiencia de ejecución hasta su realización” (Art. 48). Audiencia en ejecución. (Art. 392, COGEP).

Audiencia para la calificación de posturas. “El auto de admisión y calificación de las posturas se reducirá a escrito, se notificará dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al de la realización de la audiencia” (Art. 402, COGEP).

Audiencia para resolver oposición en procedimiento voluntario (Art. 425, COGEP).

Audiencia para resolver el incidente en la Junta de Acreedores. (Art. 428, COGEP).

Contencioso administrativo

En la LJCA, al carecer del documento que impugna (la resolución), el actor puede aplicar el Art. 31, “b)..., o, en su defecto, la relación circunstanciada del acto administrativo que fuere impugnado.”. El COGEP no contempla tal posibilidad, al disponer “Art. 308... se adjuntará la copia de la resolución, del acto administrativo, del contrato o disposición impugnados, con la razón de la fecha de su notificación a la o al interesado y la relación circunstanciada del acto o hecho impugnado”, sin contemplar la posibilidad de la ausencia del documento respectivo. También hay que tomar en cuenta la posibilidad de impugnar una *omisión*.

La vigente LJCA requiere “[l]a copia autorizada de la resolución o disposición impugnada”... o, en su defecto la relación circunstanciada del acto administrativo que fuere impugnado.” (Art. 31, LJCA), lo que ha sido ratificado por los precedentes judiciales. El COGEP dispone adjuntar la “copia de la resolución, del acto administrativo, del contrato o disposición impugnados, con la razón de la fecha de su notificación a la o al interesado y la relación circunstanciada del acto o hecho impugnado.” (Art. 308). Una interpretación estricta de

la norma citada no permitiría la demanda si se carece del documento exigido (“acto administrativo, del contrato o disposición impugnados”), aunque se haga una “relación circunstanciada” de la resolución demandada –por supuesto que no se deberá adjuntar la actuación impugnada en silencio administrativo positivo ni en la omisión.

La definición de “causar estado” que consta en el artículo 5 de la LJCA no se encuentra en el COGEP, en la línea de eliminar definiciones. Tal eliminación carece de importancia, porque la doctrina es suficientemente clara acerca de la frase “causar estado”.

Corresponde el procedimiento ordinario para los juicios administrativos. El silencio administrativo positivo y el pago por consignación se tramita en procedimiento sumario.

El COGEP confirma la legitimación pasiva de las personas naturales y jurídicas, pero solamente se refiere a aquellas que hayan contratado con el Estado –en efecto la Ley del Sistema Nacional de la Contratación Pública autoriza demandar a los contratistas por parte del Estado, por daños y perjuicios, en el caso de la terminación unilateral y anticipada. Por supuesto que esta demanda del Estado o sus instituciones a los particulares no se presenta como una alternativa a los procedimientos en sede administrativa normados específicamente por la ley, como la terminación unilateral y anticipada del contrato o la imposición de multas, sino al proceso que es señalado en forma expresa, cual es el caso de la demanda de daños y perjuicios.

En el tema del domicilio, los pliegos del SERCOP prevalecen sobre la voluntad del legislador,⁴² puesto que ninguna institución pública se atreve a cambiar la cláusula del domicilio, que en la actualidad, según los pliegos obligatorios, establece como domicilio el domicilio del contratante –la institución pública.

Antes se había expresado, por lo menos en una sentencia, que la competencia era de derecho público y solo podía modificarse por acuerdo de las partes –el domicilio contractual– y no por renuncia o “voluntariamente”.

⁴² “Art. 299.- Competencia. En las controversias en las que el Estado o las instituciones que comprenden el sector público determinadas por la Constitución, sea el demandado, la competencia se radicará en el órgano jurisdiccional del lugar del domicilio de la o del actor. Si es actor, la competencia se fijará en el lugar del domicilio del demandado.”

Pero es bien conocida por la doctrina la figura del “contrato de adhesión”, donde el co-contratante, el contratista, no puede modificar los pliegos y modelo de contrato –salvo la excepción de las fases de preguntas y respuestas, donde es posible tal modificación. Así, no era demasiado seguro que el “domicilio contractual” era un domicilio demasiado “voluntario” y se podría cuestionar su validez jurídica. Pero en la actualidad, con el COGEP, esta imposición unilateral de domicilio parece incuestionable, porque está solamente prohibida la modificación que impone una de las partes cuando se trata de “la renuncia de domicilio por parte de la o del trabajador” el artículo 11, 1. del COGEP,⁴³ lo que podría interpretarse que está permitida en los demás casos. Así resulta inaplicable lo establecido en el Art. 10 del COGEP lo relativo a las demandas contra el Estado por temas contractuales,⁴⁴ cuando se hayan aplicado los pliegos del SERCOP –es decir prácticamente en todos los casos.

La jurisdicción administrativa autoriza la demanda del Estado y sus instituciones a los particulares en dos casos: en el juicio de lesividad y en el de daños y perjuicios, establecido en la LSNCP. La enumeración de “Las personas naturales o jurídicas que hayan celebrado contratos con el Estado”, constante en el Art. 304, 5., del COGEP, se debe entender conforme lo determinado en la LSNCP, es decir cuando la institución pública demande por “daños y perjuicios” a raíz de la terminación unilateral y anticipada y no para cualquier otro caso relacionado con la contratación pública.

Al comienzo de este comentario, se hizo referencia a normas del procedimiento dentro del proceso que se aplican en la actualidad, que no tienen sustento normativo en el COGEP,⁴⁵ pero se esti-

⁴³ COGEP, Art. 11, número 1.

⁴⁴ COGEP, Art. 10 “...Cuando se trate de demandas en contra del Estado, la competencia se radicará en el domicilio de la o del actor y la citación podrá practicarse en la dependencia más cercana, de acuerdo a lo previsto en este Código. ...”

⁴⁵ “Existen una serie de procedimientos que tienen antecedentes suficientes a la fecha en la doctrina administrativa ecuatoriana, como por ejemplo la definición y justicialidad del “acto discrecional”, de resoluciones que causan estado, que se eliminan en el COGEP. Por otra parte existen disposiciones que no se encuentran en este Código nuevo, pero que se asumen que aplican “jurispru-

ma que continuará su aplicación. No obstante se considera que sería conveniente establecer su validez expresa.

En la actualidad, es posible para la autoridad competente en sede administrativa, conforme lo determina el ERJAFE, suspender el acto administrativo —es decir en sede administrativa. Pero la LJCA no contempla la posibilidad de suspensión del acto administrativo, en la vía judicial. La duración de unos pocos años en la resolución de un juicio contencioso administrativo determina el daño inmediato de la ejecución del acto. La duración del proceso, hasta su finalización, hace imposible reparar lo irreparable, lo que conduce al particular a allanarse a situaciones ilegales e injustas, frente a un acto que ostenta la presunción de legalidad, legitimidad y ejecutoriedad.

El COGEP determina la reparación de esta circunstancia, en su Art. 330, parcialmente. Se establece la discrecionalidad del juez para suspender el acto administrativo impugnado y se dificulta la posibilidad de establecer parámetros objetivos para declarar la suspensión, a diferencia, por ejemplo, de la Ley de la Superintendencia de Control de Mercado, que autoriza la suspensión automática previo la consignación de una garantía. Tal enfoque podría aplicarse para la suspensión del acto administrativo en el juicio contencioso administrativo.

El COGEP no tiene referencia a la *nulidad* administrativa. Recuérdese que la nulidad administrativa es diferente de la nulidad civil. En efecto, el Art. 9 del Código Civil dispone que son nulos los actos que la ley prohíbe, mientras el artículo 59 de la LJCA *señala cuáles actos serán nulos: los expedidos por funcionarios incompetentes y la “omisión o incumplimiento de las formalidades legales”*. Esas condiciones para la existencia de la nulidad administrativa no se encuentran en alguna otra norma adjetiva o sustantiva en la legislación ecuatoriana, por lo que, en teoría, desaparece su vigencia y la nulidad administrativa entra el régimen de la nulidad general del Código Civil.

Cuando se refiere a las nulidades, el COGEP manifiesta: “Solemnidades sustanciales. ... Solamente se podrá declarar la nu-

dencialmente”, pero que una estricta interpretación descarta puesto que no se encuentra normada, como por ejemplo la aplicación subjetiva del acto objetivo (Art. 2, Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo).”

lidad de un acto procesal en los casos en los que la ley señale expresamente tal efecto (Art. 107). Será posible entonces solicitar la nulidad de la comisión de actos prohibidos por la ley, conforme dispone el Art. 9 del Código civil.⁴⁶

No se encuentra la prohibición de reconvenir en los juicios contencioso administrativos, reconvención que no procede en la actualidad en estos juicios, sin que exista una normativa expresa que lo prohíba. Esto sería aplicable con el COGEP en la actualidad, por lo que se entiende que tampoco procede la reconvención en el nuevo juicio contencioso administrativo.

⁴⁶ “Art. 9.- Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención.”

ANEXO I

ÍNDICE DEL COGEP

Libro I. Normas generales

Título I. Disposiciones Preliminares

Título II. Competencia

Capítulo I. Normas comunes

Capítulo II. Acumulación

Capítulo III. Excusa y recusación

Título III. Sujetos del Proceso

Capítulo I. Reglas Generales

Capítulo II. Representación de la naturaleza

Capítulo III. Procuración judicial

Capítulo IV. Tercerías

Capítulo V. Litis consorcio

Libro II. Actividad Procesal

Título I. Disposiciones Preliminares

Capítulo I. Citación

Capítulo II. Notificación

Capítulo III. Comunicaciones de los órganos jurisdiccionales

Capítulo IV. Término

Capítulo V. Audiencia

Capítulo VI. Providencias judiciales

Capítulo VII. Sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero

Capítulo VIII. Nulidades

Capítulo IX. Nulidad de sentencia

Capítulo X. Expedientes y registros

Título II. Diligencias preparatorias***Título III. Providencias preventivas******Título IV. Apremios*****Libro III. Disposiciones comunes a todos los procesos*****Título I. Actos de proposición***

Capítulo I. Demanda

Capítulo II. Contestación y reconvencción

Título II. Prueba

Capítulo I. Reglas generales

Capítulo II. Prueba testimonial

Sección I. Reglas generales

Sección II. Declaración de parte y declaración de testigos

Capítulo III. Prueba documental

Sección I. Reglas generales

Sección II. Documentos públicos

Sección III. Documentos privados

Capítulo IV. Prueba pericial

Sección I. Perito

Sección II. Informe pericial

Capítulo V. Inspección judicial

Título III. Formas extraordinarias de conclusión del proceso

Capítulo I. Conciliación y transacción

Capítulo II. Retiro de la demanda

Capítulo III. Desistimiento

Capítulo IV. Allanamiento

Capítulo V. Abandono

Título IV. Impugnación

Capítulo I. Reglas generales

Capítulo II. Aclaración, ampliación, revocatoria y reforma

Capítulo III. Recurso de apelación

Capítulo IV. Recurso de casación

Capítulo V. Costas

Libro IV. Procesos

Título I. Procesos de conocimiento

Capítulo I. Procedimiento ordinario

Sección I. Reglas generales

Sección II. Audiencia preliminar

Sección III. Audiencia de juicio

Capítulo II. Procedimientos contencioso tributario y contencioso administrativo

Sección I. Disposiciones comunes

Sección II. Procedimiento contencioso tributario

Sección III. Procedimiento contencioso administrativo

Capítulo III. Procedimiento sumario

Capítulo IV. Procedimientos voluntarios

Sección I. Reglas generales

Sección II. Pago por consignación

Sección III. Rendición de cuentas

Sección IV. Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento

Sección V. Inventario

Título II. Procedimientos ejecutivos

Capítulo I. Procedimiento ejecutivo

Capítulo II. Procedimiento monitorio

Libro V. Ejecución

Título I. Ejecución

Capítulo I. Reglas generales

Capítulo II. Ejecución de obligaciones de dar, hacer o no hacer

Capítulo III. Remate de los bienes embargados y liquidación del crédito

Título II. Procedimiento concursal

Capítulo I. Reglas generales

Capítulo II. Procedimiento

Disposiciones generales

Disposiciones transitorias

Disposiciones reformatorias

Disposiciones derogatorias

Disposiciones finales

PROCESO AMBIENTAL EN LA CONSTITUCIÓN Y EN EL COGEP

Efraín Pérez y Dr. Ricardo Crespo Plaza

Introducción

En el campo procesal del medio ambiente la Constitución 2008 introduce figuras del Derecho comparado, especialmente estadounidense, que son actualmente discutidas por la doctrina del proceso ambiental hispanoamericano, brasilero y europeo.

Corresponde sin duda al COGEP acoger estos esquemas y lo hace parcialmente. No obstante, aunque el COGEP se abstenga de incluir tal o cual principio procesal constitucional en su articulado, igualmente corresponde su aplicación.

Resulta demasiado temprano, quizá, para evaluar la aplicación por parte de que los juzgados y tribunales de estos nuevos preceptos constitucionales que se discuten en el presente capítulo, pero es indudable que ellos incorporan los criterios más avanzados de la doctrina contemporánea procesal en el Derecho Ambiental.

A continuación, se enumeran los temas procesales ambientales contenidos en la Constitución y su acogida y aplicación en el COGEP.

Derechos de la naturaleza

1) “La naturaleza o Pacha Mama, *donde se reproduce y realiza la vida*, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos *vitales*, estructura, funciones y procesos evolutivos. (...) tiene derecho a la restauración”

Arts. 71 y 72, Constitución.

El Art. 30 del COGEP establece:

“Las partes. El sujeto procesal que propone la demanda y aquel contra quien se la intenta son partes en el proceso. La primera se denomina actora y la segunda demandada. Las partes pueden ser:

1. Personas naturales.

2. Personas jurídicas,
3. Comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos.
4. La naturaleza.”

El otorgamiento de “derechos” a la naturaleza” que se encuentra en la Constitución 2008 se ha discutido ampliamente desde el siglo pasado, más no consta en ningún texto legal o constitucional del derecho comparado con anterioridad.

Las referencias a la naturaleza en instrumentos internacionales, la contemplan como entorno *humano* o *vital* propiamente, en el sentido de ecosistema, es decir de medio físico en que se desarrolla la vida y del cual esta depende. El único instrumento internacional no vinculante que plantea un enfoque biocéntrico antes que antropocéntrico es la Carta de la Naturaleza emitida en 1982 por la Asamblea General de Naciones Unidas en la que se establece:

“La especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales que son fuente de energía y materias nutritivas”

y

“Toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera que sea su utilidad para el hombre, y con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco, el hombre ha de guiarse por un código de acción moral.»

En todo caso el enfoque antropocéntrico sigue primando en el derecho ambiental desde la declaración de río de 1992, que concibe a los seres humanos como el centro de la preocupación ambiental⁴⁷ en contraste con la Carta de la Naturaleza emitida en 1982 y que resulta ser el mismo enfoque adoptado por la Constitución 2008, que configura los derechos de la naturaleza “*donde se reproduce y realiza la vida*”.⁴⁸

⁴⁷ El Principio 1 establece: “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.”

⁴⁸ Art. 71, Constitución 2008.

La primera objeción que surge frente a esta declaratoria de los derechos de la naturaleza es la imposibilidad de la naturaleza de hacer valer tales derechos por sí misma, sino solamente a través de terceros –cualquier “persona, comunidad, pueblo o nacionalidad”.⁴⁹ Pero tal necesidad de vicario o representante legitimado no resulta un impedimento doctrinal y práctico para la existencia indiscutible de derechos determinados del ser humano en gestación o recién nacido o, del menor mismo, por ejemplo.⁵⁰

La otra reflexión sobre la declaratoria de los derechos de la naturaleza, sobre la cual se ha enfocado más la crítica es el concepto mismo de “derechos”.

El concepto y las discusiones doctrinales sobre “derecho” han girado y giran sobre su atributo del “ser humano”, aunque se distinga entre ellos, como en el Derecho Romano: diferentes “derechos” o capacidades para mujeres, esclavos, extranjeros y el *populos* romano, de índole principalmente patrimonial, o propiamente *civiles*.

Stutzin propuso reconocer a la naturaleza como una persona jurídica *sui generis*⁵¹ que sea representada por los seres humanos. Su

⁴⁹ Art. 72, Constitución 2008.

⁵⁰ Código Civil: Art. 61.- [Protección de la vida del nasciturus].- La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.

Toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.

Art. 60.- [Principio de existencia legal de las personas].- El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre.

Constitución 2008: Art. 45.-.... El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. ...

⁵¹ “Obviamente, la naturaleza es una persona jurídica muy especial, *sui generis*, que rebasa los límites tradicionales del Derecho. Su reconocimiento constituirá otra etapa en la evolución del campo de lo jurídico, el cual se ha extendido incorporando paulatinamente terrenos que antes correspondían sólo al ámbito moral o aun a la esfera del mero arbitrio. En el curso de esta evolución han ido adquiriendo carta de ciudadanía jurídica, como sujetos de derechos propios, todos aquellos seres humanos que antes se encontraban «extra muros» y se consideraban como meros objetos de derechos ajenos. Cada paso en el progresivo

representación según el autor la debe ejercer alguna organización cuyo fin sea la conservación de la naturaleza para eliminar posibles relativizaciones en función del interés humano en el caso de que la naturaleza fuera representada por una persona o grupos de personas. Stutzin plantea que el reconocer un estatuto jurídico a la naturaleza como persona jurídica, implicaría que el dominio civil se someta al dominio ecológico, en este sentido apunta correctamente a que la economía debería someterse a la ecología porque es esta última ciencia la que establece las leyes físicas y fijas de sustentabilidad y renovabilidad de la naturaleza de la cual dependen las actividades económicas. Pero el problema de la tesis de Stutzin e inicialmente de la propuesta de Stone, es su unipolaridad, porque olvidan la lógica jurídica de que no existe sujeto de derechos sin una contrapartida de obligaciones.

Contemporáneamente, surge la noción de los derechos universales “del Hombre” o “de la Humanidad”, pero siempre ligados al “ser humano”, que derivan a los actuales “derechos humanos” o “derechos fundamentales”, sustentados principalmente en la dignidad y la libertad del ser humano.⁵²

Una de las características elementales de los “derechos humanos” es la posibilidad de reclamarlos a través de las “garantías”, al punto de considerarse que no hay derechos si no es posible reclamar judicialmente su cumplimiento.⁵³

abandono de las limitaciones del Derecho fue calificado al principio como una «extralimita se refiere a la «armonía productiva» que debe existir entre hombre y naturaleza). Si tiene esta calidad, lógico es reconocerle los derechos que por tal concepto le corresponden. Si bien el Derecho se impone por el poder, su objetivo es la protección de quienes carecen de poder: cada ampliación de la esfera jurídica implica una reducción de la esfera del poder. Al extender su manto protector a la naturaleza, el Derecho lo hace porque ésta se encuentra hoy en situación de inferioridad frente a una humanidad que dispone de un poder de destrucción cada vez mayor. “Un Imperativo Ecológico Reconocer los Derechos a la Naturaleza” Godofredo Stutzin, (CODEFF) p. 9 http://www.cipma.cl/RAD/1984-85/1_Stutzin.pdf

⁵² Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 49.

⁵³ *Ibid*, p. 61.

Últimamente se discuten los “derechos de los animales” y la Convención de la Diversidad Biológica enfatiza el valor de la biodiversidad por sí misma, es decir por su valor intrínseco, sin perjuicio de su utilidad para el ser humano. En el caso de los animales especialmente, su existencia de seres vivos los hace compartir valores con los seres humanos.

Las declaratorias internacionales relativas a la naturaleza, *por* la naturaleza o “a un medio ambiente ecológicamente equilibrado”, visualizan la naturaleza como necesaria para el desenvolvimiento del ser humano y protegida como tal.

Así, a falta de estos elementos, cabe preguntarse ¿en qué se basan estos “derechos” de la naturaleza? El texto constitucional se refiere al “mantenimiento y regeneración de sus ciclos *vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos*”; alude indudablemente a los seres vivos del ecosistema, incluyendo plantas, animales y toda clase de seres vivos en su medio, como virus y bacterias, así como a los procesos biofísicos naturales que mantienen el equilibrio de la vida como el ciclo del agua, la absorción de carbono etc.

La doctrina del derecho ambiental desde muy pronto constató que el clásico derecho civil, de índole patrimonial, no tenía instrumentos procesales para reclamar por daños ambientales, que no eran propiamente patrimoniales, en el sentido que no se les podía atribuir valor comercial y que tampoco tenían un propietario diferente del dominio estatal. Así, la “naturaleza” se encontraba jurídicamente desprotegida.

En 1965, William O. Douglas, quien fue presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, propuso una Carta (Bill) de Derechos (rights) de la Naturaleza (wilderness) para educar “al ser humano en una relación civilizada con la Tierra y la naturaleza”.⁵⁴

Es verdad que con posterioridad, hasta la presente fecha, los rígidos estándares de la clásica legitimación procesal se han atenuado, con las “acciones de clase”, las intervenciones del *Ombusman* o de los defensores del pueblo en los temas de derechos del consumidor y protección ambiental. Por otra parte, Sarmiento aplicó en Colombia

⁵⁴ Douglas, William O., *A Wilderness Bill of Rights*, Little Brown and Company, Boston, 1965, p. 175.

la legitimación procesal en juicios posesorios especiales, contemplada desde el Derecho Romano, constante en el Código Civil de Andrés Bello, recogida por los códigos colombiano y ecuatoriano, que autoriza a cualquier persona del pueblo para entablar acciones populares de índole ambiental.⁵⁵ La defensa de los derechos ambientales, en su calidad de *derechos difusos* también obtuvieron en Ecuador estatus procesal constitucional, para las acciones de amparo incoadas ante el extinto Tribunal Constitucional. Los principios de las acciones populares se introdujeron con posterioridad en la Constitución colombiana de 1991, a través de la Acción de Tutela mas tarde en la Constitución de 2008 se incorpora este tipo de legitimación conocida como legitimación genérica

Se puede concluir este acápite afirmando que el efecto procesal de la atribución de los derechos de la naturaleza es la legitimación procesal que corresponde a “cualquier” persona, grupo o comunidad para entablar una acción civil, administrativa, penal o constitucional por lesiones a estos derechos contra cualquier persona, natural o jurídica, que lesione sus derechos reconocidos.

Legitimación procesal

2) Legitimación procesal de “cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales”. 397, 1., CRE.

“Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.” Art. 72, CRE.

Legitimación

La Constitución ecuatoriana de 1998, atribuyó legitimación procesal, es decir habilitación para comparecer en juicio, a “cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano”. No obstante, al año siguien-

⁵⁵ Sarmiento, Germán, *Las acciones populares en el Derecho Privado colombiano*, Banco de la República, Bogotá, 1988.

te, 1999, se expidió la Ley de Gestión Ambiental, todavía vigente, que restringía la legitimación a “[l]as personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común y afectados directamente por la acción u omisión dañosa...”,⁵⁶ lo que claramente no incluye a “cualquier persona” o “grupo humano”. Pero, en las extinguidas Acciones de Amparo, introducidas en la Constitución 1998, el Tribunal Constitucional admitió sin limitaciones las demandas presentadas por *cualquier persona*, en temas ambientales, por su carácter de derechos *difusos*, sin necesidad de demostrar interés o vinculación alguna. La Acción de Protección establecida en la Constitución de 2008 reconoce los mismos derechos.

El COGEP reconoce claramente esa legitimación en su Art. 38, que dispone:

“Representación de la naturaleza. La naturaleza podrá ser representada por cualquier persona natural o jurídica, colectividad o por el Defensor del Pueblo, quien además podrá actuar por iniciativa propia. ...”

CAPÍTULO II REPRESENTACIÓN DE LA NATURALEZA

Art. 38.- La naturaleza no podrá ser demandada en juicio ni reconvenida. El Defensor del Pueblo responderá conforme con la ley y con este Código.

Las acciones por daño ambiental y el producido a las personas o a su patrimonio como consecuencia de este se ejercerán de forma separada e independiente.

La Constitución vigente reitera el otorgamiento de la legitimación procesal, es decir la habilitación para comparecer en juicio, de “cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales”. Carnelutti advierte sobre la diferencia entre la legitimación y la capacidad, que a veces se confunden. Incluso la legitimación requiere el interés en proponer la demanda, puesto que la parte puede tener legitimación procesal más no tener “interés de proponerla en el sentido de que el que la misma sea acogida no presenta para él ninguna utilidad práctica”. Por eso cita la

⁵⁶ *Ley de Gestión Ambiental*, Ley 99-37, Registro Oficial No. 245, 30 de julio de 1999, codificada en el Suplemento RO N° 418, 10 de septiembre de 2004, Art. 43.

ley italiana, que dispone: “Para proponer una demanda o para oponerse a la misma es necesario tener interés en ella”.⁵⁷

Pero en el Derecho Procesal tradicional, para ser parte en el juicio no basta un interés cualquiera sino un interés directo, es decir de índole personal o incluso patrimonial, lo que no se compadece con la defensa de los derechos del medio ambiente y de la naturaleza.

La reforma constitucional de 1997 introduce la legitimación procesal de “cualquier persona” para entablar un proceso ambiental⁵⁸, lo cual se ha reproducido en la reforma y codificación constitucional de 1998 y en la Constitución de 2008.

A pesar de la prescripción constitucional, en 1999, como se manifestó, la Ley de Gestión ambiental, codificada en 2004, como fue señalado líneas arriba, requiere todavía un interés directo para reclamar por los daños ambientales.

Las anteriores constituciones ecuatorianas ya declaraban la supremacía constitucional sobre cualquier otra norma y su aplicación directa, pero la Constitución 2008, vigente, de manera más enfática, manda la aplicación directa de “las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos ... , aunque las partes no las invoquen expresamente”, por lo que los jueces deberían admitir las demandas por daños ambientales de “cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano”, en cumplimiento de la Ley Suprema.

Responsabilidad por daños ambientales

3) “La responsabilidad por daños ambientales es objetiva.” 396, 2º inc., CRE.

4) Responsabilidad subsidiaria del Estado. 397, CRE, “En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas.

⁵⁷ Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, Colección clásicos del derecho, México, 1994, pp 77 y 78.

⁵⁸ Artículo 48.-Sin perjuicio de los derechos de los ofendidos y los perjudicados, cualquier persona natural o jurídica podrá ejercer las acciones contempladas en la Ley para la protección del medio ambiente.” Constitución de 1978, codificada en 1997.

5) Responsabilidad del operador de la actividad dañina. Art. 397, CRE: "... Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca."

6) Responsabilidad de los diferentes actores. Art. 396, 3er inc., CRE: "Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños *que ha causado*, y de mantener un sistema de control ambiental permanente."

7. Responsabilidad de los funcionarios encargados del control. Art. 397, CRE: "La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental."

COGEP

Art. 39.- Medidas. Si por aplicación de otras leyes se hubiera conseguido prevenir, evitar, remediar, restaurar y reparar los daños ambientales, no será necesario tramitar las acciones descritas en este capítulo.

Las medidas remediadoras, restauradoras y reparadoras de los daños ambientales, así como su implementación, se someterán a la aprobación de la autoridad ambiental nacional,

En el caso de que no existan tales medidas, la o el juzgador las ordenará.

Art. 40.- Prohibición de doble recuperación. Se prohíbe la doble recuperación de indemnizaciones si los terceros afectados han sido reparados a través de la acción de daños ambientales.

Cuando el Estado o las instituciones comprendidas en el sector público asuman la responsabilidad de reparar o cuando hayan sido condenadas a reparar materialmente mediante sentencia, en un proceso que declare la vulneración de los derechos de la naturaleza, el Estado ejercerá el derecho de repetición, de conformidad con el

procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La Responsabilidad objetiva

Antecedentes: la responsabilidad subjetiva

La principal fuente de las obligaciones es la contractual, es decir aquella asumida libremente en una convención con otra parte. Esta responsabilidad consiste en dos aspectos: el cumplimiento de lo pactado y las responsabilidades en que incurre el contratista incumplido.

Desde el Derecho Romano se establece también la responsabilidad originada por los llamados cuasicontratos y cuasidelitos, es decir la responsabilidad por *daños* ocasionados a terceros por culpa o dolo del responsable.

El tradicional principio de la responsabilidad es que corresponde la reparación de los daños al que los *ocasionó* directamente en forma voluntaria o culpablemente, siendo causales de exoneración la fuerza mayor o caso fortuito, la culpa de la víctima, la culpa de un tercero y la falta de un nexo causal con el daño.

Adicionalmente, desde el Derecho Romano, se atribuye responsabilidad extracontractual a una persona por los daños ocasionados por terceros bajo su dependencia⁵⁹, sometidos a su *potestas*, incluyendo los esclavos y los animales de su propiedad.

Finalmente, en el Derecho Civil se establece una responsabilidad frente a daños ocasionados por descuido o negligencia de los propietarios de una vivienda o edificio⁶⁰, que responden frente a terceros, aunque no se puedan identificar con precisión los culpables: se dividirá entre todos el monto de la indemnización.⁶¹

⁵⁹ En el Código Civil ecuatoriano: Art. 2220.

⁶⁰ Según Barros, citando a Kaser, “ya en el derecho romano se conocían casos de responsabilidad estricta basados en la peligrosidad de la conducta, referidos a la caída de objetos desde la parte superior de edificios y a los daños causados por animales peligrosos”. Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

⁶¹ En el Código Civil ecuatoriano: Art. 2228., BARROS, *ob. cit.*, p. 456.

Todos estos aspectos de la responsabilidad se han recogido en el Derecho Civil contemporáneo, incluyendo el Código Civil de Andrés Bello y el Código Civil ecuatoriano.

Sus elementos más importantes son: 1. La existencia de un daño; 2. La culpa o negligencia, y, 3. Su nexo causal.

La responsabilidad objetiva

La Constitución 2008, en consonancia con anteriores textos constitucionales desde 1967, establece la responsabilidad objetiva del “Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública”, por violaciones a los derechos de los particulares, lo que obviamente incluye los daños ambientales.⁶²

Una aproximación a la responsabilidad estricta u objetiva, ya no del Estado sino de los particulares, es la responsabilidad por riesgo, que también consta en el Código Civil ecuatoriano. Esta responsabilidad corresponde a quienes asumen los posibles daños resultantes de actividades riesgosas, previstas.⁶³

Esta norma se invocó para establecer la responsabilidad de PETROECUADOR, en la sentencia que se cita en lo pertinente:

“... la teoría del riesgo, según la cual quien utiliza y aprovecha cualquier clase de medios que le brindan beneficios, generó a través de ellos riesgos sociales, y por tal circunstancia debe asumir la responsabilidad por los daños que con ellos ocasiona, pues el proyecto que se origina en dicha actividad tiene como contrapartida la reparación de los daños ocasionados a los individuos o sus patrimonios. Es el riesgo provecho, que tiene su origen en la máxima romana ubi emolumentum ibi illus (allí

⁶² Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: ... El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

⁶³ Art. 2229, CC.

donde se encuentra el beneficio está luego la responsabilidad). El riesgo de la cosa es un peligro lícito y socialmente aceptado como contraparte de los beneficios sociales o económicos que importa la operación, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas. Para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado. Es la responsabilidad meramente objetiva. [...] En otras palabras, el principio onus probandi incumbitactori, no es aplicable en los supuestos en que al actor se le releva de la carga de la prueba y se le transmite al demandado. Esta presunción opera, como hemos analizado en considerandos anteriores, cuando se trata del reclamo de reparaciones civiles por obligaciones extracontractuales derivados de daños por actividades o explotaciones peligrosas, en cuyo supuesto incumbe a la parte demandada la carga de la prueba de que el daño se produjo por causa mayor y caso fortuito, por culpabilidad de un tercero, o por culpabilidad exclusiva de la víctima [...] Los demandados ningún medio de prueba han aportado para demostrar que dicho incendio se debiera a fuerza mayor o caso fortuito. ... ”⁶⁴

En general, en el derecho comparado se manifiesta la necesidad de una ampliación del campo de la responsabilidad por el *carácter peligroso* de cosas o actividades determinadas.⁶⁵

La fuerza mayor en la responsabilidad estricta, objetiva o de riesgo

En el caso citado líneas arriba, la Sala determinó que la demandada no probó el caso fortuito o fuerza mayor, que corresponde como exi-

⁶⁴ Registro Oficial N° 43, 19 de marzo de 2003, N° 229-2002, Juicio ordinario, (Recurso de Casación) N° 31-2002.

⁶⁵ Cf. “Los regímenes especiales de responsabilidad”, en Terré, Françoise, Philippe Simler y Yves Lequette, *Droit Civil, Les obligations*, Précis Dalloz, París, 1993, pp. 667 y 668.

mente en la responsabilidad por riesgo. En la actualidad se atribuye responsabilidad en ciertas materias, como en lo laboral y por riesgos del trabajo, donde la indemnización procede independientemente de la existencia o no de la fuerza mayor o el caso fortuito y solo exonera al empleador en caso de fuerza mayor “extraña al trabajo”.⁶⁶

La exención por daños *extraños* al riesgo caracteriza esta clase de responsabilidad objetiva. Así, los daños ocasionados dentro del riesgo son responsabilidad del agente, con o sin falta, haya o no intervenido la fuerza mayor:

“En la medida que el criterio de atribución de responsabilidad estricta es el riesgo definido por la ley, el principio subyacente es que solo deben ser reparadas las consecuencias dañosas que se sigan de ese preciso riesgo [...] que cubran todo daño que provenga del peligro creado por la actividad sujeta a *ese régimen de responsabilidad, aunque haya intervenido una causa ajena*” [...] Cuando se trata de riesgos graves, es usual que el caso fortuito o fuerza mayor no excluya la responsabilidad porque el interés del legislador es precisamente que quien desarrolla la actividad se haga cargo de cualquier riesgo asociado [...] En general, debe entenderse que mientras mayor sea la intensidad del riesgo creado por la actividad respectiva, menor debe ser la tolerancia frente a la excusa de la fuerza mayor.”⁶⁷

Responsabilidad estricta en los daños por productos contaminantes tóxicos o peligrosos: CERCLA

Desde 1980, la legislación estadounidense contempla una responsabilidad estricta que abarca la responsabilidad de las personas por la existencia de vertederos de productos contaminantes tóxicos o peligrosos dentro de su propiedad.⁶⁸ Para esta responsabilidad no se requiere falta, ni conocimientos ni actuación en el depósito de conta-

⁶⁶ Código del Trabajo Art. 354. V. también Arts. 38, 347 y 353 del Código del Trabajo.

⁶⁷ Barros, *ob. cit.*, pp. 475, 477 y 478. Énfasis añadido.

⁶⁸ Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (CERCLA) 1980, también conocida como *Superfund*. reformada por Superfund Amendments and Reauthorization (SARA) 1984. La ley excluye el petróleo y gas natural, que se rigen por otras disposiciones.

minantes tóxicos o peligros, solamente que la persona sea propietaria del sitio donde se encuentran tales productos, aunque sea depositados en su superficie o enterrados en el subsuelo, antes de haber adquirido la dicha propiedad.⁶⁹ Las cortes han concedido unas pocas exenciones de responsabilidad por fuerza mayor o actos de terceros.

La responsabilidad es solidaria (cada persona es responsable por la totalidad de la indemnización), según esta ley, y aplica a generadores, transportistas, propietarios y operadores, salvo restringidas excepciones donde se autoriza la divisibilidad de la indemnización.

En unos de los primeros casos, a fines de la década de 1980, contra la compañía Monsanto, las cortes rechazaron la excepción que denunciaba la “retroactividad” de esta ley.⁷⁰

Competencia

Art. 10, COGEP.- Competencia concurrente. Además de la o del juzgador del domicilio de la persona demandada, serán también competentes a elección de la persona actora, la o el juzgador:

...

8. Del lugar donde se produzca el evento que generó el daño ambiental.

Art. 41, COGEP

...

Aún cuando haya procuradora o procurador en el proceso, se obligará a la o al mandante a comparecer, siempre que tenga que practicar personalmente alguna diligencia, como absolver posiciones, reconocer documentos u otros actos semejantes. Cuando la naturaleza de la diligencia lo permita, la o el juzgador autorizará que la

⁶⁹ Para exonerarse de la responsabilidad, el actual propietario debe probar que hizo las averiguaciones sobre la previa situación del terreno, ante de su adquisición. Findley, Roger W. y Daniel A. Farber, *Environmental Law*, West Publishing Co., St. Paul, 1996, p. 235; Rodgers, Jr., William H., *Environmental Law*, West Publishing Co., St. Paul, 1994, p. 798.

⁷⁰ Findley y Farber, *ob. cit.*, p. 230; Rodgers, *ob. cit.*, p. 683.

comparecencia de la o el mandante se realice mediante videoconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología. Si se halla fuera del lugar del proceso, se librará deprecatorio o comisión, en su caso, para la práctica de tal diligencia. Si se encuentra fuera del país se librará exhorto.

Prueba

Inversión de la carga de la prueba

Art. 397, 1., CRE. Inversión de la carga de la prueba del daño:

“La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”.

La carga de la prueba es un principio tradicional del proceso.⁷¹

“Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo.

El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa.

El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.”

“Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley.

Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario.”⁷²

Como se expresó líneas arriba, la prueba corresponde a los hechos propuestos por las partes en la denominada traba de la litis, es decir los puntos que el actor afirma en su demanda y niega el demandado en su contestación de la demanda, es decir que el hecho no

⁷¹ Arts. 113 y 114, Código de Procedimiento Civil.

⁷² Arts. 113 y 114, CPC.

discutido no constituye objeto de prueba. Micheli ha señalado acertadamente que “[e]l carácter de legitimado para accionar y para contradecir indica, pues, quién está legitimado para la prueba”.⁷³ Pero no hay que olvidar que, en todos los casos, “la regulación de la carga de la prueba depende de la regulación del derecho material.”⁷⁴

La inversión de la carga de la prueba, según la doctrina, equivale a establecer una presunción, que corresponde desvanecer al demandado,⁷⁵ pero en caso de no hacerlo, habiendo incertidumbre acerca de una afirmación “no hace imposible el fallo sino que el juez, en este caso, debe fallar en contra de la parte que soporta la carga de la prueba.”⁷⁶

La prueba de la inexistencia del daño potencial o real es una prueba *negativa*. En el derecho antiguo, se llegó a llamar este requerimiento procesal como *probatio diabólica*. En efecto, ¿Cómo puede probarse algo inexistente? En la actualidad, afirma Rosenberg:

*“La presunta dificultad del suministro de la prueba desempeña un papel importante, un no-hecho no podría probarse directamente, sino sólo de deducirse de que se percibe algo que no debería percibirse si el hecho existiera, o de que no se percibe el hecho que debería percibirse si fuera real. Efectivamente, un hecho negativo solo puede probarse de este modo, pero ello no obstante, esta última dificultad no es tan grande como se presenta.”*⁷⁷

En el caso de la contaminación, resultando su existencia evidente, resta determinar el *nexo causal*. El demandado tendría que probar que tal contaminación no ha sido originada por él mismo, sin necesidad de suministrar la prueba de quién la originó. Todo lo cual no impide que el demandante contribuya con esta prueba.

Art. 159. COGEP.- Oportunidad. La prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue po-

⁷³ Micheli, Gian Antonio, *La Carga de la Prueba*, Temis, 1989, p. 122.

⁷⁴ León Vargas, Roberto, *La Carga de la Prueba*, Edino, Guayaquil, 1988, p. 56.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 176,

⁷⁶ Rosenberg, Leo, *La Carga de la Prueba*, B. de F. Ltda., Buenos Aires, 2002, p. 30.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 377. Énfasis en el original.

sible se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, salvo disposición en contrario.

Art. 169. COGEP (Art. 113, CPC)- 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.

...

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.

También “se admiten” otros casos de inversión de la prueba, sin especificarlos (Art. 169, último inciso). Acude a la mente el caso de la llamada “prueba dinámica” en el juicio de simulación.

Imprescriptibilidad del derecho de accionar por daños ambientales

Art. 396, 4º inc., CRE, Imprescriptibilidad de acciones ambientales. “Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles”.

La Constitución en concordancia con instrumentos internacionales, establece la imprescriptibilidad de acciones y penas para “delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado”.⁷⁸ Asimismo, según la Constitución son imprescriptibles las acciones y penas para “los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito” de servidores públicos y miembros de cuerpos colegiados⁷⁹, así

⁷⁸ Art. 80, CRE; en concordancia con: Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, 1968, Convención Europea del 25 de enero sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad; y, Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional (CPI).

⁷⁹ Art. 233, CRE.

como “las acciones por responsabilidades administrativas o civiles causadas por la adquisición y manejo de deuda pública.”⁸⁰

Hay que notar la diferencia entre la prescripción de la *acción* y de la *pena*, que se distinguen en las normas constitucionales citadas, mientras la disposición ambiental declara la *imprescriptibilidad* de las “acciones ambientales”.

La acción es decir la solicitud al órgano judicial de solicitar una adjudicación judicial, tiene plazos de prescripción, una vez vencidos los cuales no es posible incoarla.

Por otro lado, la pena o sanción penal, en la normativa penal ecuatoriana y otras legislaciones prescribe “en un tiempo igual al de la condena”,⁸¹ salvo las penas por delitos tipificados en el Título VIII, del Libro II, del Código Penal⁸², que prescriben “en el doble del *tiempo de la pena máxima prevista*”. La prescripción de la pena “comenzará a correr desde la medianoche del día en que la sentencia quedó ejecutoriada”. Este principio contempla excepciones determinadas, como las penas “por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado”⁸³, de los “delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito”⁸⁴.

En consecuencia, la norma constitucional sobre la imprescriptibilidad de la acción, no contempla la imprescriptibilidad de la pena, por daños ambientales. No obstante, debe tomarse en cuenta que la prescripción de la pena se encuentra establecida para las sanciones por delitos penales. Pero en el Derecho Civil, no se encuentran disposiciones que contemplen la prescripción de las sentencias condenatorias al pago de indemnizaciones, que sería la mayoría de los casos de sentencias por daños ambientales. Es verdad que a nivel doctrinal se ha discutido la posibilidad de prescripción de la acción para solicitar la ejecución de la sentencia. La norma procesal ecuatoriana conside-

⁸⁰ Art. 290, CRE.

⁸¹ Art. 107, Código Penal.

⁸² Art. Inumerado décimo quinto posterior al artículo 528, Código Penal. Libro II, Título VIII, Código Penal: “De la rufianería y corrupción de menores”.

⁸³ Art. 80, Código Penal.

⁸⁴ Art. 233, Código Penal.

ra la prescripción de los títulos ejecutivos –siendo las sentencias uno de ellos– dentro del cinco años, pero como se trata de la prescripción de la *acción* y no de la sentencia misma, correría la imprescriptibilidad. El COGEP distingue claramente el “procedimiento ejecutivo” de la “ejecución” misma. Por lo menos a nivel de precedente jurisprudencial, se admite la ejecución de sentencias en cualquier tiempo, sin que se considere la posibilidad de una prescripción. En consecuencia, las sentencias condenatorias a indemnizaciones por casos ambientales no prescribirían, mientras las penas por delitos penales ambientales, prescribirían según las normas comunes, es decir dentro de un plazo igual a la pena impuesta.

Oportunidad de medidas cautelares en el desarrollo del juicio ambiental

Art. 397, 1., CRE. Medidas cautelares dentro del litigio. “Posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio”

Las medidas cautelares son de índole diversa, principalmente penal y civil, pero desde la Constitución de 1998, se contempla la medida cautelar *suspensiva* en acciones constitucionales. En la Constitución 2008 se amplía el campo de la medida cautelar “con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”⁸⁵, medida que puede solicitarse “conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos”.

En el proceso civil, el código respectivo contempla medidas cautelares determinadas, de las cuales serían aplicables, siempre que estén relacionadas con la traba de la litis⁸⁶, según las normas comunes: recepción anticipada de testimonios,⁸⁷ exhibición de la cosa y exhibición y reconocimiento de documentos,⁸⁸ órdenes de impedir

⁸⁵ Art. 87. Constitución 2008.

⁸⁶ Art. 116, Código de Procedimiento Civil.

⁸⁷ Art. 237, Código de Procedimiento Civil.

⁸⁸ Arts. 64 y 65, Código de Procedimiento Civil.

el daño, durante la inspección judicial,⁸⁹ la prohibición de enajenar o imponer gravamen, la retención, el secuestro.⁹⁰ Estas tres últimas medidas se contemplan en el juicio ejecutivo, pero no en el ordinario, salvo una excepción. Se podría estimar que la posibilidad de solicitar estas medidas es autorizada para el juicio ordinario ambiental a base de la disposición constitucional que se comenta.

Por otra parte, las medidas cautelares constitucionales, según la Ley⁹¹ tienen un alcance mucho mayor que las medidas cautelares del juicio civil, citadas líneas arriba⁹² y, según la Ley “[l]a petición podrá ser interpuesta conjuntamente con el requerimiento de cualquiera de las garantías jurisdiccionales”⁹³, es decir no autoriza expresamente la ley a presentarla conjuntamente con otras acciones de índole no constitucional, pero tampoco lo prohíbe en forma expresa. Por otro lado, la medida cautelar constitucional no se podría presentar ante el mismo juez del litigio, puesto que se encuentra actuando como juez de derecho común, en su caso, y sería incompetente *dentro del mismo proceso*, para actuar simultáneamente como juez constitucional. Pero nada impide que los actores del juicio de derecho común, planteen simultáneamente una medida cautelar constitucional, que podría recaer ante cualquier otro juez.

Interpretación de las normas ambientales

Art. 395, 4., CRE, *In dubio pro natura*: “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.”

⁸⁹ Art. 247, Código de Procedimiento Civil.

⁹⁰ Arts. 421 y 422, Código de Procedimiento Civil.

⁹¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 52, 22 de octubre del 2009.

⁹² “la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad [...], Art. 26, LOGJCC.

⁹³ Art. 32, LOGJCC

En la legislación ecuatoriana, este principio, de la interpretación favorable en caso de duda, consta desde la misma promulgación del código laboral, a inicios de siglo pasado: *in dubio pro laboro*.⁹⁴

Se ha establecido el mismo principio para la aplicación de derechos constitucionales.⁹⁵

En derecho internacional es ampliamente reconocido el principio *pro homine*, principio de interpretación más favorable a los derechos humanos.

A diferencia del principio *pro laboro* del Código del Trabajo, el principio *pro natura* de la Constitución no se refiere a la interpretación de las normas administrativas, sino a las “disposiciones legales”.

El principio citado, como se expresa en las diferentes declaratorias, aplica a las dudas sobre la *interpretación* de las leyes aplicables y no es aplicable en los casos de dudas sobre los *hechos*. Pero, como se señaló líneas arriba, cuando el juez, tiene esta clase de incertidumbre sobre los hechos, debe fallar contra el que tiene la carga de la prueba y no la ha producido.

Según Peña Chacón, “es necesario que los procesos donde se ventile la responsabilidad por daño ambiental, cuenten al menos con un sistema de legitimación procesal abierto donde se reconozcan los intereses difusos y colectivos, con normas especiales para su correcta integración y conformación; también es necesario dotar de mayores poderes al juez para la toma de medidas cautelares de forma expedita e inmediata que prevenga el posible daño o en su caso, paralice sus efectos, aún en aquellos supuestos científicamente inciertos; en la medida de lo posible la carga de la prueba debería invertirse recayendo en aquella parte procesal a la que se le achaca el daño, y cuando esto no sea posible, debería acudir a la efectiva colaboración de

⁹⁴ Código del Trabajo: “Art. 7.- Aplicación favorable al trabajador.- En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores.”

⁹⁵ LOGJCC: “Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.”

todos los afectados recayendo la carga en aquella parte procesal a la que le sea menos oneroso su evacuación; se le debe dar especial valor a la prueba indirecta de presunciones, a la prueba científica-técnica, y a la utilización de la sana crítica racional en su valoración; las sentencias ideales son aquellas con eficacia erga omnes cubriendo a todos los que se encuentren en idéntica situación fáctica, y cuya ejecución, por motivos del interés público ambiental, sea aún oficiosa.⁹⁶”

⁹⁶ Peña Chacón, Mario, *Daño, Responsabilidad y Reparación Ambiental*, segunda edición 2010, p. 62.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alsina, Hugo, *Las Nulidades en el Proceso Civil*, ARA, Lima, 2006.
- Barraza, Javier J., “Las medidas de urgencia o las llamadas medidas autosatisfactivas” en: Cassagne, Juan Carlos (Ed.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2007.
- Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- Capelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, EJE, Buenos Aires, 1972.
- Carnelutti, Francesco, *Arte del Derecho*, Ara editores, Lima, 2006.
- Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, Colección clásicos del derecho, México, 1994.
- Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal*, Cárdenas Distribuidor Editor, México, 2001.
- Chiovenda, Giuseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil*, primera serie, volumen 6, Litografía Ingramex, México, 2003.
- Cruz Bahamonde, Armando, *Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil*, Edino, Guayaquil, 2001.
- Devis Echandía, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, Diké, Medellín, 1994.
- Douglas, William O, *A Wilderness Bill of Rights*, Little Brown and Company, Boston, 1965.
- El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Secretaría General, Montevideo, 1988, <http://www.cejamericas.org/index.php/biblio>

teca/biblioteca-virtual/doc_view/2152-el-c%C3%B3digo-procesal-civil-modelo-para-iberoamerica.html.

Findley, Roger W. y Daniel A. Farber, *Environmental Law*, West Publishing Co., St. Paul, 1996.

Guasp, Jaime y Pedro Aragonese, *Derecho Procesal Civil*, Civitas, Madrid, 2002.

León Vargas, Roberto, *La Carga de la Prueba*, Edino, Guayaquil, 1988.

Micheli, Gian Antonio, *La Carga de la Prueba*, Temis, 1989.

Morello, Augusto, *El Proceso Civil Moderno*, Editora Platense, 2001.

Oderigo, Mario A., *El lenguaje del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1961.

Peña Chacón, Mario, *Daño, Responsabilidad y Reparación Ambiental*, segunda edición, 2010.

Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999.

Peyrano, Jorge, *soluciones procesales*, editorisal Juris, 2008.

Rodgers, Jr., William H., *Environmentl Law*, West Publishing Co., St. Paul, 1994.

Rosenberg, Leo, *La Carga de la Prueba*, B. de F. Ltda., Buenos Aires, 2002.

Sarmiento, Germán, *Las acciones populares en el Derecho Privado colombiano*, Banco de la República, Bogotá, 1988.

Stutzin, Godofredo, “Un Imperativo Ecológico Reconocer los Derechos a la Naturaleza”, (CODEFF) p. 9, http://www.cipma.cl/RAD/1984-85/1_Stutzin.pdf.

Terré, Françoise, Philippe Simler e Yves Lequette, *Droit Civil, Les obligations*, Précis Dalloz, París, 1993.

Véscovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Temis, Bogotá, 1999.

Wach, Adolfo, *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana* ARA editores E.I.R.I. Lima, 2006.

