



DIÁLOGOS JUDICIALES

Tema central:
Nuevas proyecciones del derecho probatorio

2

Julio - diciembre 2014

Diálogos judiciales 2

Tema central:

Nuevas proyecciones
del derecho probatorio

Corte Nacional de Justicia

Diálogos judiciales 2

Tema central:

Nuevas proyecciones
del derecho probatorio



Enero, 2015
Quito - Ecuador

 **Gaceta
Judicial**

Corte Nacional de Justicia
Diálogos judiciales 2. Nuevas proyecciones del derecho probatorio. Primera edición,
julio - diciembre 2014. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2014.
236p.; 19x25cms.

Derecho de autor: 044772

ISBN: 978-9942-07-655-7

ISSN: 2806-5743

1. Diálogos judiciales. 2. Derecho procesal. 3. Ecuador. I.
Corte Nacional de Justicia. Título. I. Serie.

CDD20: 348.04. C827c

Catalogación en la fuente: Biblioteca Corte Nacional de Justicia

Corte Nacional de Justicia

Carlos Ramírez Romero
Presidente de la Corte Nacional de Justicia

Pablo Cisneros Dávila
Fotografía

Rocío Salgado Carpio
Presidenta subrogante de la Corte Nacional de Justicia

Fernanda Gallo Landeta
Diseño de portada

Lorena Castellanos Peñafiel
Edición

Santiago Aráuz Ríos
*Dirección de la Gaceta Judicial
Impresión*

Lorena Castellanos Peñafiel
Jovanna Garzón Almeida
Revisión de estilo

Segunda edición, julio-diciembre 2014
Quito, Ecuador

Eduardo Kingman Riofrío
Portada y separatas

Corte Nacional de Justicia
Av. Amazonas N37-101
y Unión Nacional de Periodistas, esq.
Quito, Ecuador
Tels.: (593-2) 23953500
www.cortenacional.gov.ec

Edison Proaño Tello
Diagramación



Ficha técnica

Ficha técnica

Autor: Eduardo Kingman Riofrío (Loja, 1913)

Técnica: Óleo sobre lienzo

Año: 2005

Síntesis biográfica del autor

Eduardo Kingman Riofrío fue un pintor dibujante, grabador y muralista ecuatoriano. Nació en la provincia de Loja, el 23 de febrero de 1913 y murió en la ciudad de Quito, el 27 de noviembre de 1997. Inició sus estudios artísticos en la Escuela de Bellas Artes de Quito. Otros estudios los realizó en Venezuela, Perú, Bolivia y Estados Unidos.

Kingman es considerado como uno de los maestros del expresionismo ecuatoriano, pues el dolor y el maltrato al indígena son dos temas transversales en su obra; precisamente, se hizo famoso por las

grandes y poderosas manos de sus personajes, que simbolizan la fuerza y la resistencia.

Durante veinte años, el artista ocupó el cargo de profesor director de la Escuela de Bellas Artes de Quito; también se desempeñó como Director del Museo de Arte Colonial de Quito. A lo largo de su prolífica trayectoria, realizó varias exposiciones y obtuvo varios reconocimientos por la calidad de sus pinturas.

Todos los derechos reservados. Esta publicación es un producto editorial de la Corte Nacional de Justicia. Los textos contenidos en ella son de exclusiva responsabilidad personal de sus autores y no expresan ni comprometen el criterio u opinión de jueces y juezas Nacionales. Se autoriza su reproducción previa cita de la fuente.

Contenido	PÁG.
Contexto	
Principales realidades del derecho procesal contemporáneo: principios reguladores del proceso y de la prueba. Dr. Carlos Ramírez Romero	9-16
El recurso de casación en el sistema jurídico francés. Ms. Christian Charruault	17-35
Tema central	
Conversatorio Dr. Carlos Ramírez Romero	39- 62
La prueba producida a través de canales virtuales. Dr. Jorge Blum Carcelén	63-74
Actividad probatoria y principio de intermediación en materia laboral. Dr. Johnny Ayluardo	75-90
Desarrollos constitucionales sobre la actividad probatoria en las jurisdicciones contencioso administrativa y tributaria. Dra. Tatiana Pérez	91-106
La oralidad como forma de sustanciación procesal. Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia	107-120
La historia clínica como medio de prueba en juicio. Dra. Gladys Terán	121-142

Valoración de la credibilidad de los testimonios rendidos por niñas, niños o adolescentes. Dra. María del Carmen Espinoza	143-164
La prueba documental y pericial y la oralidad en el proceso contencioso tributario Rodrigo Patiño Ledesma	165-181
Tribuna El régimen penal de la propiedad intelectual desde la perspectiva del Código Orgánico Integral Penal. Marco Maldonado Castro y Lorena Castellanos Peñafiel	185-196
Acceso a la Justicia Ambiental en el Ecuador Dr. Carlos Ramírez Romero	197-223
Entrevista	
Valoración de la prueba y nuevos contextos normativos. Entrevista a Michele Taruffo. Lorena Castellanos Peñafiel	227-239

SEPARATAS

Encuentro Internacional Nuevas Realidades del Derecho Procesal

*Dr. Carlos Ramírez Romero
Presidente de la Corte Nacional de Justicia*

*“Principales realidades del derecho procesal contemporáneo:
principios reguladores del proceso y de la prueba”*

Introducción

(Objeto y características del derecho procesal)

La principal orientación del derecho procesal contemporáneo tiene que ver con la humanización de la administración de justicia y la reflexión de las múltiples dimensiones que representa el valor justicia, porque el proceso de constitucionalización del derecho a colocar a la persona como centro y razón de ser del sistema procesal y del propio Estado.

A ello obedece el reconocimiento de derechos y garantías que están orientados a garantizar el debido proceso, considerado como eje fundamental de la seguridad jurídica. Sin embargo, el proceso requiere de un replanteamiento de sus postulados, que lo oriente como un mecanismo que contribuya a construir una sociedad fundada en valores prioritarios para la democracia de nuestros días: libertad, igualdad, justicia y paz.

Esta reorientación exige el análisis de dos aspectos: por una parte, la relación complementaria que existe entre el derecho sustancial y el procesal, que no pueden ser concebidos en forma separada; y, por otra, la crisis del modelo tradicional del proceso que es consecuencia de su deshumanización, es decir, de todos aquellos

problemas de la justicia que en su momento se relacionaron con sistemas judiciales ineficientes y poco transparentes, pero que ahora están siendo enfrentados a partir de nuevos modelos de gestión.

El derecho procesal se caracteriza por dos elementos fundamentales que determinan esa relación de complementariedad: la instrumentalidad y la autonomía. Tener claro esto es sumamente importante porque cuando se hace referencia a la instrumentalidad del derecho procesal es claro que este constituye el medio adecuado para hacer observar el derecho, el instrumento para la aplicación de las normas del derecho sustancial.

Desde esta perspectiva, el derecho procesal ha sido el instrumento que ha permitido al Estado aportar una solución real, efectiva y pacífica de los conflictos mediante la satisfacción de las pretensiones formuladas por las personas; su papel ha sido trascendental porque ha funcionado como una herramienta de realización concreta del derecho en orden a lograr y mantener la paz social.

Con respecto a la autonomía, en cambio, se tiene que el derecho procesal justifica su existencia en la prohibición de autotutela, es decir, en la absoluta prohibición de que las personas puedan tomarse la justicia por sí mismas. Esto significa que, con el fin de obtener una eficaz tutela judicial de sus derechos, las personas pueden poner en marcha la actividad procesal del Estado, la cual se desarrolla independientemente que al final se declare la existencia o inexistencia del derecho pretendido.

A continuación se resumen varias tesis sobre las nuevas realidades que atraviesa el derecho procesal con respecto al proceso y a la prueba:

1. El proceso está atravesando un momento importante de redefinición de sus fundamentos

El proceso como mecanismo destinado a la satisfacción de pretensiones formuladas por personas que se encuentran en una situación de conflicto, hoy está cuestionado. Se ha puesto en discusión su real capacidad para dar respuesta adecuada a los problemas que debe resolver, así como su finalidad última de contribuir a la paz y justicia en la sociedad. De ahí que se plantea la necesidad de redimensionar sus fundamentos.

Entender al proceso como una serie o sucesión de actos que modifican una realidad no es suficiente para tener una visión integral de su utilidad como mecanismo para lograr el bienestar común. El concepto de proceso está directamente influido por el modelo político de organización que adopte el Estado.

De ahí que un Estado moderno, o un Estado de derechos y justicia como el que está operando en el Ecuador, impone al derecho procesal la necesidad de emprender la construcción de un sistema que se fundamente en el respeto a la dignidad humana y la garantía efectiva y real de valores superiores como la igualdad, la libertad, la justicia y la paz. El proceso, entonces, se enfrenta al desafío de buscar una paz basada en la justicia.

Para ello, es necesario que el proceso sea analizado en sus dimensiones sociológica y antropológica, porque, en definitiva, el proceso es el escenario de encuentro afectante y conflictivo y su existencia se justifica en la medida en que debe responder a los valores sociales. Esto supone la exploración de una nueva dimensión, porque la esencia misma del hombre es la que demanda un proceso que considere a la persona como razón de ser del sistema judicial y que garantice la convivencia armónica de la sociedad.

Profundizando la idea planteada, lo dicho significa que el proceso debe entenderse como un escenario, no solo jurídico, sino más bien social en el que se desarrolla un encuentro interhumano, afectante y conflictivo, orientado a la re-creación de nuevas formas de convivencia futura. Y esto supone mirar más allá del derecho, ir hacia lo humano, hacia las expectativas y carencias que las personas experimentan con respecto al sistema de administración de justicia.

2. El proceso no puede ser comprendido al margen de la humanización del sistema de administración de justicia

El derecho debe estar al servicio de la persona y no al contrario. Por lo tanto, el derecho contemporáneo debe ser antropocéntrico y, en esa línea, el derecho procesal debe contener una serie de normas que conviertan en realidad las teorías abstractas de la ley, pero de una ley sustancial que le sirva al ser humano, es decir, que se diseñe y aplique atendiendo sus necesidades concretas. En otras palabras, hay que poner un rostro humano a la solución de los problemas de la gente que en un momento determinado llegan a conocimiento y decisión de los jueces.

En ese orden de ideas, lo más adecuado parece ser el manejo de un proceso sencillo y expedito porque de esa manera la persona es atendida cuando lleva un caso concreto a la función Judicial. Y la vía más práctica para lograrlo está en la oralidad, apoyada en el uso de tecnologías de la información y comunicación. Entonces, lo ideal sería que las personas se apropien del proceso y que ello ocurra debido a que su diseño normativo garantiza la eficiencia, pero sin sacrificar la seguridad jurídica.

Sin duda, la celeridad del proceso y el acierto en la decisión no son principios antagónicos, sin embargo por muchos años han estado regulados de manera inadecuada o, bien, no han sido dimensionados en su real importancia. En tal sentido, lo importante es que el proceso cumpla un objetivo básico: lograr decisiones judiciales de calidad en tiempo real.

En síntesis, entender y asumir al proceso en un contexto de humanización de la justicia supone que la concurrencia de las siguientes características:

- El proceso debe ser sencillo, pero no informal.
- El proceso debe ser ágil, pero no precipitado.
- El proceso debe desarrollarse con respeto de los derechos, pero no por ello debe ser formulista.
- El proceso debe ser actual, para que resuelva los conflictos acorde con la concepción presente del derecho, de manera que se atienda el interés de la sociedad y de las partes.

3. El proceso debe ser actual, para que resuelva los conflictos acorde con la concepción presente del derecho, de manera que se atienda el interés de la sociedad y de las partes

Se trata de una realidad presente en todos los ámbitos jurídicos. En el derecho civil cobra especial importancia porque durante mucho tiempo los análisis se ocuparon en lo fundamental de las normas y los principios contenidos en los códigos procesales civiles, con descuido del análisis de las normas y los principios que establece la Constitución sobre el proceso y la prueba, especialmente.

Sin duda, figuras emblemáticas del derecho procesal civil tales como la acción y la excepción, los actos procesales y el debido proceso, la sentencia y la jurisdicción se caracterizan por aspectos constitucionales, pues, ciertamente, existe una relación

directa y significativa entre la Constitución y la legislación procesal. De hecho, el derecho procesal civil puede ser considerado como el instrumento más directo para la realización de la justicia.

Y la razón es que el debido proceso, que engloba garantías procesales, es un mecanismo de tutela de los derechos fundamentales. Por ello, incluso, el modelo constitucional actual es el resultado de reformas que se han promovido con inspiración en el derecho procesal protector de valores constitucionales.

Con el curso del tiempo esos cambios han ido profundizando la visión constitucional del proceso y, en el marco de los principios que lo regulan y de los valores que protege, se han configura en diversos sistemas jurídicos del mundo modelos procesales que brindan mayor agilidad y eficacia. Es el caso, por ejemplo, del proceso monitorio y de los procesos expeditos de cobro de deudas, en los que se gana en tiempo y seguridad jurídica porque consisten, prácticamente, en una amonestación que hace el juzgador al deudor. En estos procesos el acreedor consigue obtener con celeridad un título ejecutivo que el juicio ordinario le proporcionaría solo después de mucha dilación y de una tarea materialmente inútil de la oficina judicial y del juzgado.

4. El proceso no puede ser comprendido al margen del derecho de acceso a una justicia de calidad

Esta reflexión comprende, al menos, tres aspectos importantes desde los cuales se asume la accesibilidad:

Primero, la renovación de los sistemas de asistencia jurídica a las personas de pocos recursos económicos.

Segundo, el propósito de conferir un tratamiento adecuado a los derechos difusos, es decir, a aquellos que corresponden a los grupos de personas que no tienen una organización o personería jurídica propia, que se determinan por factores coyunturales o genéricos, por datos con frecuencia accidentales y cambiantes (protección del ambiente, patrimonio cultural, consumidor, salud, desarrollo urbano).

Tercero, el enfoque de acceso a la justicia, en cuyo marco se examina el conjunto de mecanismos y de instituciones creados para la solución de los conflictos, valorando y proponiendo esquemas opcionales a los tradicionales: conciliación y

otros mecanismos alternativos de solución de controversias, tribunales y procedimientos especiales para las controversias de ínfima cuantía y mayor informalidad.

5. El proceso y la prueba recurren al sistema de oralidad

El principio de oralidad en la administración de justicia es colocar en el centro de atención a uno de los puntales emblemáticos del sistema procesal y, en sí, de la propia organización y actividad de la Función Judicial. Significa hablar del que quizás es el principal dispositivo jurídico para apalancar el giro conceptual, normativo y cultural que exige el actual proceso de constitucionalización del derecho.

El modelo institucional que subyace de la Constitución de la República del Ecuador ejerce profundos impactos en la forma de entender el quehacer judicial. La justicia está dejando de ser comprendida como una entidad de acceso restringido, que se apoya en la existencia de procedimientos escritos y rígidos, expresados en un lenguaje extremadamente formalista que orienta todas las actuaciones procesales.

En la actualidad, la justicia se concibe como un derecho y servicio fundamental puesto a disposición de la persona, es decir, como un conjunto de instituciones, actores, normas y prácticas que no pueden producirse al margen de sus expectativas y realidades concretas. Por esa razón, sin dejar de apoyar el respeto de la legalidad, el nuevo lenguaje es plural e incluyente y, por lo mismo, esa flexibilidad debe ser transmitida a todos los aspectos que involucra el sistema de administración de justicia.

En ese sentido, es claro que el proceso ordinario ha entrado en una etapa de crisis. Necesita una redefinición urgente a partir de la experiencia jurisdiccional cotidiana. La situación real de los tribunales y juzgados pone en evidencia que la resolución de los grandes y pequeños conflictos sigue teniendo lugar mediante la aplicación de normas legales anacrónicas; estas determinan el inicio, sustanciación y decisión de los problemas, pero sin responder de manera eficaz y coherente a mandatos constitucionales que instituyen la oralidad como un sistema.

Pese a que la Constitución determina que, para el cumplimiento de sus deberes y ejercicio de sus atribuciones, “la sustanciación en todas las materias, instancias, etapas y diligencias, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, inmediatez y dispositivo” (artículo 168, numeral 6, CRE), la verdad es que la administración de justicia aún no acoge la oralidad en

todas las ramas del derecho. Aún se limita al sistema acusatorio en materia penal (desde el 2000) y a la dinamización del proceso en materia laboral (desde el año 2003). La implementación incompleta de la oralidad constituye uno de los déficits del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Y, a este propósito, no existe otro soporte más idóneo que el acervo de aprendizajes que los operadores han ido produciendo en el diario ejercicio de la potestad jurisdiccional y que ponen de relieve no solo las falencias, sino también los aciertos del sistema oral que han impactado positivamente en su asimilación, desde el mandato constitucional de 1998. Estos avances, que, en el ámbito penal, se han plasmado en el tránsito del esquema inquisitivo a uno de corte acusatorio y, en el ámbito laboral, han contribuido a la dinamización del procedimiento, han marcado el inicio de un nuevo ciclo en la reforma judicial de país.

Desde esa perspectiva, encuentra sentido que el sistema procesal se defina en la norma constitucional como un medio para la realización de la justicia (artículo 169 CRE) y que los puntos de apoyo estén marcados por las normas procesales. Así, de la mano de los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, emerge la configuración de un debido proceso que se protege como un derecho y que, a la vez, está integrado por un conjunto de garantías destinadas a impedir la arbitrariedad.

En esa línea, la oralidad se convierte en un instrumento poderoso y plantea grandes desafíos a nivel técnico, humano e institucional. Supone la armonización de parámetros constitucionales (publicidad, contradicción, continuidad e intermediación), junto con una metodología de audiencias orales y expedientes electrónicos orientados a reemplazar la excesiva formalidad del sistema escrito. Incide directamente en la transparencia y en la obligación de rendición de cuentas a la ciudadanía. Constituye un eje transversal que atraviesa las políticas públicas del sector justicia para dar contenido a los valores primigenios del régimen democrático.

Existen espacios de la legislación que requieren de un trabajo de reconstrucción para volverse operativos y reportar buenos resultados en términos de eficiencia procesal. Se trata de áreas de oportunidad en las que debe procurarse un desarrollo normativo acorde a las expectativas que tienen las personas para acceder a un servicio fundamental de calidad, pero también coherente a las necesidades reales de los operadores procesales para mejorar su trabajo. Existen, así mismo, zonas inexploradas que ameritan una creatividad innovadora para que la oralidad, que no

se agota en la figura de la audiencia, se apodere del escenario procesal. Áreas como la jurisdicción contencioso administrativa y contencioso tributaria, por ejemplo, requieren un desarrollo acorde a su importancia para el sector productivo del país.

El Recurso de Casación en Materia Civil

Ms. Christian Charruault

Vía extraordinaria de recurso, la casación es sobretodo y ante todo, una vía de recurso especial, que se distingue de todas las demás. Si la esencia de las vías de recurso, tanto ordinaria como extraordinaria, tal como lo dispone el código de procedimiento civil, es que “*sea de nuevo resuelto de hecho y de derecho*”, el recurso de casación es propio de este procedimiento. Esto es, de acuerdo al artículo 604 del mismo código “*se dirige a lograr que el Tribunal de casación censure la disconformidad de la sentencia impugnada con el ordenamiento jurídico*”. De este modo, no es el litigio sino el acto que lo resuelve que es sometido al juez de casación. Ciertamente, la sentencia es indisociable del litigio, de tal forma que la misma es necesariamente puesta en conocimiento del Tribunal de casación. Además, verificar, como se dispone en el artículo 12, párrafo primero del código de procedimiento civil, que el juez ha resuelto el litigio conforme a las normas jurídicas que resulten aplicables, es cerciorarse que dichas normas son las que los elementos de hecho del litigio determinan que deben ser aplicadas.

Por lo tanto, el juez de casación no puede ignorar los hechos.

¹ Art. 561 para la apelación, art. 572 para la oposición, art. 582, segundo párrafo, para la oposición de terceros, art.593 para el recurso de revisión.

Pero tal y como han sido interpretados por los jueces competentes en cuanto al fondo. En este aspecto, ellos son, soberanos, como lo reconoce el artículo L.411-2, párrafo 2, del Código de Organización Judicial, que no permite al Tribunal de casación conocer el fondo de los casos.

De esta forma, el juez de casación no es un juez como los otros.

Es único. Por partida doble.

Por un lado, debido a la originalidad de su función.

Como lo observa el Señor Profesor Zénati, *“el Tribunal de casación no es nominalmente una jurisdicción; su actividad, en función de los principios, es ajena, incluso contraria al acto de juzgar. La casación consiste en anular una sentencia y la interpretación que la fundamenta no es de tipo prudencial como la del juez, pero de tipo doctrinal”*. Y, añadir que la casación permite *“a la vez conferir a la jurisprudencia las cualidades de la ley y garantizar a un sistema de derecho codificado la homogeneidad y la coherencia de sus fuentes”*².

Y por otro lado, y en consecuentemente, porque dicha tarea no puede ser confiada a un único juez.

Lo que promulga el artículo L.411-1 del código de la organización judicial, cuyos términos son *“Hay un único Tribunal de Casación para toda la República”*.

Lo que resta es, que si el Tribunal de casación es único, su funcionamiento es plural.

Desde muchos puntos de vista.

En primer lugar en razón de su composición. Así, de esta manera, el Tribunal de casación que está constituido por 160 magistrados en la sede y 48 magistrados del ministerio público, trata anualmente alrededor de 30.000 recursos, de los cuales dos tercios en materia civil.

² F. Zénati, La nature de la Cour de Cassation, B.I.C.C. 15 avril 2003, pp3 y s.

F. Zénati, La naturaleza de la Corte de casación, B.I.C.C. 15 de abril de 2003, págs. 3 y s.

Luego, y consecuentemente, porque este número importante de magistrados en la sede, prohíbe su reunión en una sola asamblea deliberante.

También, el Tribunal de casación está dividido en salas, cinco salas civiles y una sala de penal.

Cada sala está compuesta por un presidente, y consejeros, de los cuales el más antiguo lleva el título de decano, y por consejeros magistrados, los cuales con un rango jerárquico inferior a los de los consejeros, y también más jóvenes, ejercen sus funciones por un período máximo de diez años. Si los consejeros magistrados pueden encargarse de asistir a los consejeros, la práctica demuestra que en realidad, están, como estos últimos, investidos de la tarea de reportar los casos asignados a la sala a la que pertenecen. En los casos reportados, actúan con voz deliberante, mientras que en las otras causas su voz es únicamente consultativa.

El primer presidente, que preside el tribunal de casación, determina la competencia de cada una de las salas y designa los magistrados que la componen.

De esta manera, tratándose de la repartición de las competencias entre las salas civiles, se observa que la segunda sala civil conoce principalmente el procedimiento civil y las vías de ejecución, la responsabilidad civil delictiva, el derecho de las aseguradoras y la seguridad social; que la tercera sala es competente principalmente en materia de contratos de arrendamiento, propiedad inmobiliaria, copropiedad, registro de la propiedad y responsabilidad de los arquitectos, empresarios y promotores; que la sala comercial, financiera y económica conoce esencialmente, como su nombre indica, de procesos contenciosos referentes a procedimientos colectivos, efectos de comercio, sociedades comerciales, banca, bolsa de valores y propiedad industrial; mientras que la sala social decide principalmente sobre los recursos interpuestos en materia de derecho laboral.

En cuanto a la primera sala civil, le son asignadas las causas que no entran en la competencia de las otras salas, tales como el derecho de las personas y la familia, la nacionalidad, la propiedad literaria y artística, el derecho de prensa, el derecho común de las obligaciones, el derecho del consumidor el derecho de los regímenes matrimoniales, las sucesiones y las donaciones, la disciplina y la responsabilidad de los agentes judiciales y de los abogados.

La importancia cuantitativa del proceso contencioso distribuido a cada sala determina el número de sus integrantes. Así, según la sala, el número de consejeros varía de 12 a 22, y el de los para los consejeros magistrados, de 3 a 10.

Esta división del Tribunal de casación en salas está reforzada por la subdivisión de cada una de ellas en diversos grupos de magistrados para dictar sentencia.

Al respecto, la ley no se pronuncia, y se limita a definir los límites del grupo de magistrados para dictar sentencia. Este límite está fijado a tres magistrados cuando la suerte del recurso se lo impone, caso contrario puede aumentar a cinco magistrados, de tal forma que en el seno de cada sala puedan crearse varios grupos de magistrados para dictar sentencia con ejercicio pleno. De esta forma, la primera y tercera salas civiles, así como la sala comercial, financiera y económica están, cada una de ellas, divididas en dos secciones; mientras que, la segunda sala civil está dividida en tres secciones y la sala social que cuenta con un número de efectivos más importante, 35 magistrados, está dividida en cuatro secciones.

Tal multiplicación de los grupos de magistrados para dictar sentencia, si bien tiene su justificación en la imperiosa necesidad de obtener celeridad en el estudio de los recursos, corre el riesgo de comprometer al no menos imperioso principio de la unicidad del Tribunal de casación. El mismo que exige que una sola y misma voz emane no solamente de cada sala pero también del Tribunal de casación.

Es el rol del presidente, asistido por el decano, evitar las discordancias en el seno de la sala a la cual pertenecen. Con este fin, al menos una semana antes de cada audiencia, efectúan una conferencia preparatoria dedicada al estudio de los proyectos preparados por cada relator, y, si es necesario, llama la atención de éste, acerca de los eventuales riesgos de divergencia entre el proyecto propuesto y la jurisprudencia de la sala.

Además, si se debe tomar posición sobre una nueva cuestión, o si es necesario modificar o afinar la jurisprudencia de la sala, el presidente puede decidir invitar al conjunto de los magistrados de la saber para hacerles conocer su opinión, reuniéndolos en pleno.

A estas disposiciones informales, propias de cada sala, se añaden dispositivos instituidos para garantizar la unidad jurisprudencial del Tribunal de casación, para evitar las contradicciones de jurisprudencia.

Es así, por un lado, una sala puede solicitar la opinión de otra sala acerca de un tema de derecho que releve de su competencia.³

Por otro lado, los consejeros que pertenecen a diferentes salas, incluso a todas las salas del Tribunal de casación pueden ser llamados a definir en conjunto la jurisprudencia de ésta.

La más alta expresión de esta deliberación colectiva es la asamblea plenaria. Presidida por el primer presidente, cada una de las seis salas está representada por su presidente, su decano y un consejero⁴. Se reúne para responder sobre los asuntos de principio. Asimismo, es ella quién está llamada para resolver en caso de rebelión de los jueces del fondo, es decir, cuando luego de la casación de una decisión, la jurisdicción remitente dicta una decisión que es impugnada por los mismos medios que fueron invocados contra la decisión anteriormente sometida a la casación⁵.

Existe otro grupo de magistrados especialmente orientados hacia la erradicación de las divergencias de jurisprudencia internas en el Tribunal de casación. Es la sala mixta que agrupa a los magistrados que pertenecen a las salas convocadas a conocer sobre una misma causa. También, composición de cada sala mixta depende de la causa presentada. Presidida por el primer presidente, está compuesta por decisión de éste, por magistrados que pertenecen a al menos tres salas, el presidente, el decano y dos consejeros de cada una de las salas involucradas⁶.

Se constata que esta arquitectura compleja está paradójicamente dominada por una idea simple, que es la de asegurar la unicidad de la jurisdicción, para garantizar que responda con una sola voz a las causas que se le plantean.

En efecto, esto significa que el Tribunal de casación no puede pronunciarse sin que haya sido requerido. En principio, no se puede acudir al Tribunal de casación sin que antes una decisión no haya resuelto un litigio.

³ Art. 1015-1 del código de procedimiento civil.

⁴ Art. L.421-5 del código de la organización judicial.

⁵ Art. L.431-6 del código de la organización judicial.

⁶ Art. L.424-4 del código de la organización judicial.

Existe una excepción para este principio. En efecto, una ley del 15 de mayo de 1991 introdujo en el código de la organización judicial, un artículo L.441-1, que faculta a los jueces competentes en cuanto al fondo para solicitar la opinión del Tribunal de casación sobre “*un asunto de derecho nuevo, con una dificultad seria y que está presente en varios litigios*”. Y el grupo de magistrados que está convocado a dar esta opinión, la cual no vincula al juez que la solicitó, no es uno de los grupos de magistrados para dictar sentencia del Tribunal de casación, pero es un grupo de composición variable constituido, en materia civil, por el primer presidente, presidentes de la sala y dos consejeros pertenecientes a cada sala especialmente vinculada por la opinión solicitada⁷.

Fuera de la hipótesis de la petición de una opinión, el Tribunal de casación es requerido por un recurso en contra de una decisión que emana de una jurisdicción del fondo.

Este recurso emana de las partes del litigio resuelto por esta decisión.

Salvo en dos casos hipotéticos.

Así, por un lado, el procurador general ante el tribunal de casación puede interponer un recurso en el interés de la ley⁸. Por otro lado, el Ministro de Justicia puede ordenar al procurador general del Tribunal de casación remitirle los actos con vicios de exceso de poder⁹.

Fuera de esos casos, que son poco frecuentes, le corresponde a las partes del litigio remitir al Tribunal de casación la decisión que lo resolvió.

⁷ Art. R. 441-1 del código de la organización judicial.

⁸ “en materia civil si se sabe que se ha pronunciado, en materia civil, una decisión contraria a las leyes, a las normas o a las formas de proceder, contra la cual sin embargo ninguna de las partes ha reclamado dentro del plazo establecido, o que ha sido ejecutada, se recurre a l Tribunal de casación luego de la expiración del plazo o luego de la ejecución “En este caso” si una casación interviene, las partes no pueden prevalecerse de ella para eludir las disposiciones de la decisión tomada en casación” (art. 17 de la ley del 3 de julio de 1967).

⁹ El artículo 18 de la ley del 3 de julio de 1967 que instituye este recurso, establece que en caso de censura, ésta es oponible a todos (art.).

El tiempo del cual dispongo no me permite profundizar en el análisis de las condiciones de forma y de plazo, del recurso, para dedicarme al debate que éste abre ante el Tribunal de casación, el mismo que es cerrado con una decisión.

EL DEBATE ANTE EL TRIBUNAL DE CASACIÓN

Se sabe que el recurso “*se dirige a lograr que el Tribunal de casación censure la disconformidad de la sentencia impugnada con el ordenamiento jurídico*”.

El debate, también, debería centrarse exclusivamente en el hecho de conocer si la decisión remitida al Tribunal de casación está o no, conforme a las normas de derecho.

Si corresponde a las partes, alimentar este debate, como demandante o defensa, el juez tampoco está excluido.

El rol de las partes

El vector del debate es el medio. Así, el artículo 978 del código de procedimiento civil obliga al demandante en casación a exponer en un escrito “*los medios de derecho invocados contra la decisión impugnada*”

¿Qué se entiende por medio de derecho?

Para definirlo, se va a examinar su contenido. Este está compuesto por tres elementos. El primero, reproduce la decisión del juez contra la cual está dirigida la crítica. De esta forma, a título de ejemplo, imaginemos que sea reprochada la decisión de haber condenado a una parte, a pagar una suma de dinero, a otra parte. El segundo elemento apunta a los motivos sobre los cuales se basó el juez competente en cuanto al fondo para justificar su condena. Por ejemplo, la constatación que dicha suma de dinero fue efectivamente entregada a la parte condenada por su adversario. El tercer elemento presenta la crítica jurídica argumentada contra el razonamiento del juez competente en cuanto al fondo. De la misma forma la prueba de que la entrega de los fondos a una persona no es suficiente para justificar la obligación que tiene ésta de restituir la suma que ha recibido.

Es la determinación del último elemento lo que plantea un problema.

Dicho de otro forma, ¿qué crítica jurídica podemos se puede desarrollar ante el Tribunal de casación?

En primer lugar, se observa, que en principio el debate jurídico que se libra frente al Tribunal de casación no puede exceder los límites del debate que tuvo lugar ante los jueces competentes en cuanto al fondo.

Esta regla está planteada por el artículo 619 del código de procedimiento civil, cuyos términos exponen que *“los elementos nuevos no serán admisibles ante el Tribunal de casación”*.

Dicho de otra forma, el tercer elemento del medio no puede argumentar contra la decisión impugnada, una crítica jurídica que no ha dado lugar antes a un debate previo.

Se comprende la regla. También se ve los límites, que el mismo texto fija, previniendo que, por un lado, pueden ser invocados por primera vez, los medios de derecho puro; y por otro lado, los medios originados de la decisión impugnada. En efecto, si se trata de estos últimos, solo pueden aparecer luego del debate. En cuanto a los medios de derecho puro, su admisión responde a la exigencia de resolver el litigio conforme a las normas de derecho que le son aplicables.

Se observará, luego, que si se presenta el asunto de la crítica jurídica susceptible a ser desarrollado ante el Tribunal de casación, se debe a que el artículo 978 del Código de procedimiento civil, que exige al demandante presentar un escrito que contenga los medios de derecho invocados contra la decisión impugnada, añade que cada medio debe precisar el caso de apertura invocado.

Por lo tanto, la vía de casación está abierta en ciertos casos.

Sin embargo ninguna disposición legal o reglamentaria los define.

A falta de una definición, hay que volver hacia la práctica ratificada por la jurisprudencia.

Así, entre los casos de apertura, es común distinguir, la violación de la ley, los vicios de motivación, el exceso de poder, la incompetencia, la contradicción de sentencia, la pérdida de fundamento jurídico, los vicios de forma.

A título ilustrativo, repasaremos por un lado, la violación de la ley, y por otro, los vicios que afectan la motivación de la decisión.

La violación de la ley constituye, por excelencia, el caso de apertura.

Al origen del procedimiento de casación, constituyó el único motivo de apertura de caso. La ley del 27 de noviembre –1ero de diciembre de 1790 que instituyó un tribunal de casación le otorgó la misión “*de anular cualquier sentencia que contenga una violación expresa al texto de la ley*”.

El control que apela este caso de apertura se inscribe tanto en la ley del fondo como en la ley del procedimiento. Da la posibilidad de definir al Tribunal de casación el sentido y el alcance.

De esta forma, la violación de la ley puede ser consecuencia de su mala interpretación por parte de los jueces competentes en cuanto al fondo, de tal forma que la censura de este jefe permita al Tribunal de casación hacer prevalecer su interpretación, ya sea por un error en la calificación de los hechos o de una mala aplicación de la ley, teniendo como ejemplo, que se añade a ésta una condición que no está prevista, o a la negativa de aplicarla a una situación que entre en su área de competencia.

La violación de la ley puede también resultar de la desnaturalización de un contrato. Las convenciones legalmente constituidas siendo leyes para los que las crearon, de acuerdo al artículo 1134, párrafo primero del código civil, se viola la ley cuando se desconoce los términos de un contrato. También se debe distinguir:

La violación de la ley es manifiesta cuando el juez va en contra de estipulaciones claras y precisas. Pero cuando estas son susceptibles de tener interpretaciones divergentes, hay que determinar su sentido. Nos alejamos entonces del ámbito de la ley para entrar en el de la búsqueda de la intención común de las partes. Una búsqueda de este tipo, puramente factual, escapa del control del Tribunal de casación.

Por el contrario entra evidentemente en el ámbito de su control la verificación del respeto de la regla–norma según la cual toda sentencia deber ser motivada, so pena de nulidad¹⁰.

¹⁰ Art. 455, párrafo primero y 458, párrafo primero, del código de procedimiento civil.

También, la ausencia de motivos conlleva la censura de la decisión. A la ausencia de motivos, se asimila la contradicción de los motivos entre ellos, así como la contradicción de los motivos y el dispositivo, desde el momento en que tales contradicciones no permiten comprender la reflexión del juez —el camino de reflexión del juez, privando a su decisión, de motivos. De igual manera, cuando el juez fundamenta su decisión en base a un motivo que exprese—profiera— la duda (motivo dubitativo) o que se apoye—respalde en una suposición (motivo hipotético), incluso en un motivo de orden general que hace abstracción de los elementos de hecho del litigio.

Se asimila a la falta de motivos, la falta de respuesta a las conclusiones, en la medida en la que el juez debe pronunciarse con respecto a las conclusiones que le fueron planteadas—sometidas—presentadas, de tal suerte que ignorarlas, es omitir su decisión.

.....Únicamente exigen una respuesta las conclusiones que invocan un medio operante, es decir un razonamiento que, extrayendo de las consecuencias jurídicas de los elementos de hecho invocados, es susceptible que tenga una incidencia en la solución de litigio.

Terminaremos por el estudio del motivo de casación—del caso de apertura que toma del vicio de motivación y de la violación de la ley, conocer la falta o ausencia de base legal.

Este motivo de casación—caso de apertura está conformado, no por una ausencia pero más bien por una insuficiencia de motivación de la decisión impugnada, el Tribunal de casación no está en condición de verificar si los jueces del fondo han, o no, hecho aplicación correcta de la ley que por la que han optado.

Dicho de otra manera, en una hipótesis similar, la motivación no permite, ni justificar ni excluir la ley aplicada por los jueces del fondo a falta de constatación de su existencia, o de su ausencia, de los elementos de hecho de los cuales depende esta aplicación.

El rol—papel del juez.

Si el juez de casación no puede conocer acerca del fondo del asunto que dio a lugar la decisión que le fue remitida, le compete verificar que esta haya resuelto el

fondo del asunto –en conformidad con las reglas–normas de derecho que le sean aplicables, de manera que pueda ser llamada a inmiscuirse jurídicamente en el debate, sea para suplir la carencia de una parte, o, para paliar la deficiencia del juez del fondo.

De esta manera, en primer lugar, el Tribunal de casación puede sustraer la decisión impugnada a una censura reparando el error de derecho cometido por el juez del fondo. El artículo 620, párrafo primero del código de procedimiento civil, le permite, en efecto “*desestimar el recurso sustituyendo un motivo erróneo–evocado con un motivo de derecho puro–estrictamente jurídico*”. En efecto, de qué sirve censurar una sentencia si la disposición criticada, aunque basada en un razonamiento jurídico erróneo, es conforme a la aplicación de la regla–norma idónea.

Una casación solo tendría como efecto retardar el pronunciamiento de una solución que está ya disponible. Sería entonces en vano. Y el fallo de desestimación revela el mismo alcance que el fallo de casación que debiera haber sido pronunciado en la medida que la denuncia del error cometido por los jueces del fondo se sustituye la reparación del error.

Al contrario, el Tribunal de casación, guardia de la rectitud jurídica, puede sancionar un error de derecho que no fue percibido por las partes. El artículo 620, párrafo segundo, del código de procedimiento civil “*autoriza a anular la decisión impugnada tras apreciar de oficio un motivo estrictamente jurídico*”.

Por supuesto, en estas hipótesis, la intromisión del juez de casación está subordinada al respeto del principio fundamental de la contradicción. El artículo 1015 del código de procedimiento civil, según el cual “*el presidente habrá de advertir a las partes de los motivos de casación que podrían ser apreciados de oficio, y les requerirá para que se pronuncien al respecto dentro del plazo que se les señale*”, es también aplicado en caso de sustitución de motivos.

Al debate le sucede la decisión.

LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN

A partir del momento en que el Tribunal de casación es llamado a resolver exclusivamente sobre el recurso, su decisión solo puede ser la expresión de una opción binaria: acoger o no acoger el recurso.

No acogerlo, es necesariamente desestimarlos?

El rechazo de admitir el recurso

Con el objeto de incrementar la eficacia de la lucha contra la congestión-sobrecarga del Tribunal de casación, la ley del 25 de junio de 2001 instituyó un procedimiento de admisión, o más bien de no-admisión de los recursos.

De esta manera, el artículo 1014 del código de procedimiento civil otorga a una formación restringida de tres magistrados constituida en el seno de cada sala civil, el poder de declarar “no-admitida” no solamente los recursos que no pueden ser recibidos, sino también los que no están “fundados en base a un medio serio de casación”.

A partir de ese momento, al lado del fallo de rechazo y del fallo de casación, aparece un fallo de un tercer tipo, el fallo de no-admisión del recurso, por falta de medios serios de casación. Fallo particular en el sentido que el único motivo que conlleva se limita a enunciar que *“el(los) medio(s) de casación anexados al presente fallo, invocados contra la decisión impugnada, no es (no son) de naturaleza que permitan la admisión del recurso”*.

Podríamos decir que tal decisión desconoce la exigencia de motivación dispuesta tanto por la norma interna (artículos 455, párrafo primero y 458, párrafo primero, del código de procedimiento civil) como por la norma europea (artículo 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales)?

Estaríamos equivocados.

En primer lugar, porque si el fallo, se limita el mismo a constatar la ausencia de medio serio de casación, éste se apoya en el informe del relator, quien explica en qué el (o los) medios invocado(s) en favor del recurso no puede(n) ser visto(s) como serios.

A este informe pueden acceder los representantes de las partes, que pueden, si lo consideran útil, presentar sus observaciones antes que se resuelva respecto a la admisión del recurso.

En segundo lugar, porque el Tribunal europeo de Derechos Humanos ha ratificado la conformidad con respecto al Convenio del procedimiento de no-admisión al

considerar que el artículo 6 de la misma, no exige que sea detalladamente motivada la decisión por la que una jurisdicción de apelación, basándose en una disposición legal específica, –desestime un recurso por ser– estar desprovisto de posibilidades de éxito¹¹.

El examen del recurso

Si el recurso no ha sido declarado no-admitido, su examen es enviado a la audiencia de la sala, a menos que la solución del recurso se imponga. En este caso es la formación de tres magistrados, encargada de pronunciarse acerca de la admisión del recurso que lo examina.¹²

El fallo de rechazo

Es la decisión por la cual el Tribunal de casación explica el (o los) medios no puede(n) ser acogido(s). El rechazo del recurso, que hace que la decisión impugnada sea irrevocable.

No hay que decir por ello que los medios no sean bien fundados.

Pero, hemos explicado anteriormente que el juez de casación podía acudir para apoyar al juez de fondo deficiente sustituyendo un motivo criticado con un motivo de derecho estrictamente jurídico. Puede también, sin que haya lugar a una sustitución de motivos, privar de eficacia a un medio, aunque pertinente, haciendo la constatación de que este critica un motivo redundante de la decisión atacada, es decir un motivo que no es indispensable para esta última. De este modo, el artículo 620 del código de procedimiento civil, prevé que el Tribunal de casación puede rechazar el recurso “*no teniendo en cuenta un motivo jurídico equivocado pero redundante*”.

La Corte de Casación podrá desestimar el recurso sustituyendo un motivo equivocado por un motivo estrictamente jurídico; podrá también hacerlo no teniendo en cuenta un motivo jurídico equivocado pero redundante.

Fuera de estas hipótesis poco frecuentes de sustitución, o de constatación de redundancia, de los motivos, el fallo de rechazo desarrolla un análisis jurídico a efecto de refutar la crítica desarrollada contra la decisión impugnada.

¹¹ Fallo del 9 de marzo de 199, sociedad Immeuble Groupe Kosser c/France.

¹² Art. L.431-1, párrafo segundo, del código de procedimiento civil.

Del sentido de este análisis depende el alcance del fallo, de manera que el fallo que fija la posición del Tribunal de casación respecto a una cuestión de derecho controvertida, puede ser de rechazo como también de casación.

En principio, el fallo de rechazo obedece siempre a las mismas reglas-normas de construcción. En efecto, en la medida que el fallo de rechazo se analiza en una refutación de la crítica presentada por el medio, la lógica exige exponer ésta antes de desarrollar la otra. Así mismo, el fallo de rechazo no podría abrirse a la espera de un principio precedido de un visado del texto sobre el cual éste se apoya. Esto no equivale a decir que una tal espera no figura nunca. Pero a partir del momento en que responde al recurso, este le sigue, de tal manera de que se encuentra en el corazón de la sentencia, lugar que impide el recurso del visado.

La redacción de la sentencia de casación obedece a un procedimiento contrario.

La sentencia de casación

La casación supone que el recurso este fundamentado, o en su defecto, como fue explicado anteriormente, que la decisión impugnada adolezca de un error jurídico, teniendo en cuenta un examen de oficio del medio de derecho puro.

En los dos casos, se trata de censurar la decisión remitida por no conformidad de esta con la regla de derecho.

También, es esencial recordar la dicha regla.

En primer lugar, y siempre, considerándola. *La sentencia*, estipula en el artículo 1020 del código de procedimiento civil, *apunta la regla de derecho sobre la cual la casación está fundamentada*". El uso del singular no es exclusivo del visado de varios textos. Así mismo la regla de derecho sobre la cual se refiere el texto, se comprende no solamente desde la ley en el sentido constitucional pero también desde toda otra norma jurídica, como por ejemplo, un tratado, una orden/decreto o un reglamento, O incluso un principio general del derecho.

En segundo lugar, a veces estableciendo el alcance y el sentido, a través de un enunciado introde introducción, que llamamos "chapeau." (sombrero).

Al contrario de la decisión de rechazo, que refute el análisis jurídico desarrollado por medio del recurso, la sentencia de casación viene a desaprobado la decisión

impugnada. También, después de haber recordado el contenido de ésta, la sentencia de casación explica de qué ésta incurre en la censura.

La casación que se deriva puede ser total si su alcance es de todos los jefes del dispositivo de la decisión impugnada, o parcial si afecta únicamente a algunos, con la condición de que estos sean dissociables de los otros¹³. La determinación del alcance de la casación pronunciada es a veces una cuestión muy delicada.

De igual manera, su uso se instituyó, con el propósito de evitar todo debate al respecto, en caso de transferencia del caso legal a una nueva jurisdicción de fondo, de indicar en el dispositivo de sentencia de casación las disposiciones de la decisión impugnada afectada por la censura de ésta.

En principio, la casación entraña una obligación de adoptar una nueva decisión en el hecho y derecho del jefe de dichas disposiciones, de tal manera de que el caso sea remitido ante una jurisdicción otra que la que otorgó la sentencia o ante la misma jurisdicción compuesta de otra manera¹⁴.

No obstante existen hipótesis en las cuales la solución al litigio se impone en vista de los elementos constatados por los jueces de fondo. El tribunal de casación puede entonces resolver con la aplicación de la regla de derecho apropiada. Esto también se aplica a los casos que por efecto de casación, no tiene lugar de resolver en el fondo¹⁵.

Estas observaciones acerca del mecanismo de recurso en casación no alcanzan para definir su naturaleza. Necesariamente singular desde el momento que se dirige a la censura de una decisión, esta última también singular así como el litigio que es resuelto por la decisión, se impregna de generalidad cuando el Tribunal de casación que lo rechaza o lo acoge se convierte en la expresión de la posición del Tribunal de casación respecto a un problema jurídico formulado abstractamente.

Entonces, hay que interrogarse acerca de la compatibilidad de este trámite con la defensa hecha a los jueces, es decir al Tribunal de casación, por el artículo del

¹³ Art. 623 del código de procedimiento civil

¹⁴ Art. 626 del código de procedimiento civil

¹⁵ Art. L.411-3 del código de la organización judicial.

código civil “*pronunciarse por vía de disposición general y reglamentaria respecto a las causas que les son sometidas*”.

¿La incompatibilidad no está desde ya demostrada?

La jurisprudencia sobre el control de la convencionalidad de la ley es la reveladora.

Sabemos que, de acuerdo al artículo 55 de la constitución, “*los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes*”

En la medida en que el Consejo Constitucional juzga que las disposiciones del texto antes citado no prescriben y tampoco implican que el respeto del principio que promulgan “*deba ser garantizado en el marco del control de la conformidad de las leyes de la Constitución*”¹⁶, se planteó la pregunta acerca de conocer si el juez debía, o no, inclinarse frente a una ley contraria a un tratado anterior¹⁷.

El Tribunal de casación ha respondido confirmando, en un fallo de una Sala mixta del 24 de mayo de 1975¹⁸, la potestad del juez de descartar una ley incompatible con un tratado que la precede temporalmente¹⁹. Aunque el alcance de esta jurisprudencia ha sido luego atenuado por un fallo de Asamblea plenaria del 2 de junio de 1990 que plantea en principio que la supremacía conferida a los compromisos internacionales no se aplica en el ordenamiento interno a una disposición legal de valor constitucional²⁰, su campo de aplicación es particularmente vasto, que abarca especialmente el derecho europeo y el derecho comunitario, tanto primario como derivado²¹.

¹⁶ CC 15 de enero 1975, decisión n°74-54 DC.

¹⁷ Si el tratado, contrario a la ley, es posterior a ésta, su superioridad se impone por aplicación de las reglas–normas que gobiernan la sucesión de las normas en el tiempo, siendo observado por otro lado, que una excepción a la ley de este tipo recibe necesariamente la unción del legislador desde el momento que todo tratado que modifique una ley interna francesa debe ser ratificado por el Parlamento (v. H. Capitant, F Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, p17, n°2)

(V. H Capitant, F Terré y Y. Lequette, *Los grandes fallos de la jurisprudencia civil*, Tomo 1, pag. 17, n°2)

¹⁸ S. mixta 24 de mayo 1976, Bull.Ch.mixte n°4.

¹⁹ La jurisprudencia del Consejo de Estado, como expuesta en el fallo Nicolo del 20 de octubre de 1989 (Rec. P. 1909, es a partir de ese momento similar a la del Tribunal de

²⁰ A.P. 2 de junio del 200 B.200, n°4. El Consejo de Estado había antes resuelto en el mismo sentido (fallo Sarran del 30 de octubre 1998, Rec.p.368).

²¹ De este modo, el fallo antes citado del 24 de mayo de 1975 plantea en principio que el Tratado

Comentando acerca del fallo del 24 de mayo de 1975, una doctrina eminente observa que advierte que “*aprovechando la declinación del poder legislativo, el poder judicial se arroga el derecho de censurar, todas las leyes, o al menos las que les consideren contrarias a los tratados*” de manera que “los jueces están en condición de apartar un texto claro y preciso votado por el Parlamento, a pretexto que no es conforme a los axiomas del terreno de una pseudo–constitución extranjera”²².

Es cierto que el control de la convencionalidad operado por el juez es particularmente destacado. De este modo, por ejemplo, apoyándose en una jurisprudencia proveniente del Tribunal europeo de Derechos Humanos²³, la Asamblea plenaria del Tribunal de casación, plantea en principio que “*si el legislador puede adoptar, en materia civil, disposiciones retroactivas, el principio de preeminencia del derecho y la noción de proceso equitativo consagrados en el artículo 6 del Convenio europeo de protección de Derechos Humanos y de libertades fundamentales, se oponen, salvo en caso de motivos imperiosos de interés general, a la injerencia del poder legislativo en la administración de la justicia con el objeto de influir en el desenlace judicial de los litigios*” y “*que esta regla general se aplica sea cual sea la calificación formal dada a la ley e incluso cuando el Estado no es parte del proceso*”²⁴.

¿Se puede, ir más allá del control judicial de la convencionalidad de la ley?

Puede que sea por cansancio que lo evoque, pero únicamente en la conclusión de esta exposición, una pregunta que el legislador califica, sin embargo prioritaria, y que se relaciona con el control ciudadano de la constitucionalidad de la ley.

Podría comprenderse que el juez se desinteresa desde el momento en que no puede plantearla ni responderla.

Resulta evidente que la respuesta se reserve al Consejo constitucional.

de Roma del 25 de marzo de 1957 “instituye un orden jurídico propio integrado al de los Estados miembros”, de manera “que en razón de esta especificidad, el orden jurídico que ha creado es directamente aplicable a los ciudadanos de esos estados y se impone a sus jurisdicciones”

²² V. H. Capitant, F Terré y Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tomo 1, p.20, n°8. V. H. Capitant, F Terré y Y. Lequette, *Los grandes fallos de la jurisprudencia civil*, Tomo 1, pag. 17, n°8

²³ v. p. ex. *Raffineries grecques Stran c/ Grèce* del 9 décembre 1994, *National and Provincial Building c/Royaume Uni* del 23 octobre 1997, *Zielinski, Pradal, Gonzales et autre c/ France* del 28 de octubre de 1999.

²⁴ A.P 23 de enero de 2004, Bull. A. P. n°2.

Pero, ¿no existe cierta incoherencia en exigir que la cuestión sea planteada por motivo de un proceso y en defensa de un juez, que estaría llamado a resolver el litigio conforme a las reglas de derecho que le sean aplicables, de diferir— deferir al Consejo constitucional una regla cuya constitucionalidad le parezca contestable?

Si en el derecho alemán, como en el derecho español, la excepción de inconstitucionalidad solamente puede ser planteada por el juez, en el derecho luxemburgués esta facultad es compartida entre el juez y las partes, en cambio, la ley francesa prohíbe que el juez la plantee de oficio. Es lo que explica el Consejo constitucional en su decisión de control de la ley orgánica de aplicación de la reforma, “*los términos del artículo 61-1 de la Constitución imponían al legislador orgánico dar la posibilidad únicamente a las partes en instancia el derecho de plantear que una disposición legislativa atenta contra los derechos y libertades que la Constitución garantiza*”²⁵.

La referencia al “derecho de plantear” expresa la idea que el monopolio de las partes va más allá de la simple iniciativa del cuestionamiento.

De este modo, señalaba el Primer Presidente del Tribunal de casación, al momento de su audiencia “en la medida en que el juez no tiene el poder de hacer frente de oficio una cuestión de constitucionalidad, no debería tampoco tener el poder de reformular una cuestión de constitucionalidad”.

La jerarquía de las normas:

Superioridad de los tratados internacionales sobre la ley nacional ordinaria: **Cámara Mixta, 24 de mayo de 1975, «Jacques Vabres »**, Boletín 1975, Cámara Mixta, n4, p. 6: en virtud del artículo 55 de la Constitución de 4 de octubre de 1958, los tratados internacionales tienen una autoridad internacional sobre las leyes nacionales, aunque sean éstas posteriores. Sal.mix 24 de mayo de 1975

Superioridad de las normas constituciones sobre los tratados internacionales en el orden interno: **Asamblea Plenaria, 2 de junio de 2000**, Boletín 2000, Asamblea plenaria n4: la supremacía conferida a los compromisos internacionales por encima de las leyes por el artículo 55 de la Constitución no se aplica en el orden interno a las disposiciones de naturaleza constitucional.

²⁵ Decisión n°2009-595 DC del 3 de diciembre 2009, considerando n°9.

Pero está prohibido que los jueces se pronuncien por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que les son sometidas”.

A través de la apelación se remite el asunto enjuiciado ante el tribunal de apelación para un nuevo pronunciamiento fáctico y jurídico. La finalidad del recurso se dirige a corregir la disconformidad de la sentencia recurrida en relación con el ordenamiento jurídico.

file:///C:/Documents%20and%20Settings/VeronicaM/Mis%20documentos/Downloads/Code_45.pdf

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2012/10/24/la-casacion>

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2012/10/24/la-casacion>

www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html

<http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html>

Tema
CENTRAL

Conversatorio

Dr. Carlos Ramírez Romero

Dr. Ramírez

Buenas tardes con todas y todos, Dr. Néstor Arbito Chica, Vocal del Consejo de la Judicatura, delegado del señor presidente del Consejo de la Judicatura, excelentísimo señor Gianni Michele Piccato Embajador de Italia en Ecuador, Dr. José Barbosa Cobacha, Rector Canciller de la Universidad Técnica Particular de Loja, doctor. Michele Taruffo, expositor internacional, doctor Asdrúbal Granizo Gavidia, Juez Nacional, magistradas y magistrados de la Corte Nacional de Justicia, señores conjuetas y conjuetes de la Corte Nacional, señoras y señores vocales y autoridades del Consejo de la Judicatura, señoras presidentas y presidentes de cortes provinciales, señores magistrados del Tribunal Andino de Justicia, señores juezas y jueces del Tribunal Contencioso Tributario, Contencioso Administrativo, Contencioso Electoral, señoras juezas y jueces de la Corte Provincial de Pichincha, funcionarios judiciales, señores medios de la comunicación, distinguida concurrencia, la Universidad Técnica Particular de Loja a través del señor Rector aquí presente tuvo la extraordinaria iniciativa de invitar a conferencias en ese centro de estudios al doctor Michele Taruffo un prestigioso jurista, procesalista italiano, una autoridad en el pensamiento jurídico moderno, prestigioso académico como ustedes conocen autor de muchísimas obras en derecho procesal y en el tema de la prueba sobre todo por nuestra parte como ustedes conocen el Consejo de la Judicatura y la Corte Nacional de Justicia, elaboramos y presentamos a la Asamblea Nacional el

proyecto de Código General de Procesos, que esta para segundo debate y nos pareció que era oportuno entonces propiciar este espacio de reflexión sobre esa nueva normativa procesal quizá como introducción para el conversatorio quisiera decir en pocas palabras que el proyecto de Código General de Procesos, nos trae un cambio radical del sistema escrito al sistema oral aunque desde luego no es un sistema oral puro porque la demanda la contestación a la demanda tiene que presentarse por escrito si bien la resolución se dictara en la audiencia la motivación de esa resolución tiene que darse por escrito entonces es un sistema mixto como ustedes conocen de ochenta tramites que se da entre el Código de Procedimiento Civil y más leyes se reducen a cuatro procesos, proceso ordinario, el sumario, monitorio ejecutivo, en el ordinario hay dos audiencias en el monitorio ejecutivo la preliminar y la de juicio en los demás procesos una audiencia pero igual con dos fases preliminar y de juicio y en la audiencia preliminar es donde se califica la prueba el juez califica la prueba obviamente bajo los requisitos de pertinencia idoneidad y utilidad y luego en la audiencia de juicio se produce la prueba y ahí viene la valoración en cuanto al sistema de valoración rige la sana critica hay también la posibilidad de la prueba de oficio para mejor proveer se prevé también hablando de la prueba solamente la valoración en conjunto y el objeto de la prueba está orientado a establecer la verdad procesal, el doctor Taruffo nos habla de la verdad judicial sabemos todos que con la vigencia de la Constitución del Ecuador que establece que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia estamos atravesando un proceso de cambio de reforma normativa, estructural un cambio en la reforma procesal, reforma judicial, la Constitución del Ecuador potencializa el desarrollo jurisprudencial nos establece una estructura jurídica por principios y entonces nosotros tenemos que establecer estos espacios de reflexión que nos permitan contribuir a estos grande objetivos del cambio del sistema procesal el cambio en materia judicial el tema que va exponer el distinguido jurista sobre la valoración de la prueba en este contexto de reforma y al respecto quizá para ponderar la importancia del tema quería participarles que conocí un adagio que dice que tanto vale no tener un derecho como tenerlo y no probarlo y por eso también un gran jurista dijo que no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas esto para reitero ponderar la importancia y la trascendencia superior de la actividad probatoria y sobre todo de la valoración de la prueba es verdad como lo han dicho algunos juristas que muchos valores como la vida, la libertad, el honor, la dignidad, el patrimonio la familia dependen del éxito o del fracaso de la prueba entonces ante esta trascendencia superior de la actividad probatoria para tratar justamente este tema de tanta relevancia tenemos el privilegio de contar con el doctor Michele Taruffo, yo quisiera dejar quizá para el conversatorio algunas inquietudes, algunas interrogantes, algunas cuestiones sobre el tema que

vamos a tratar por ejemplo el tema de la eficacia probatoria y de la atendibilidad, en cuanto a criterios de la valoración si el criterio de probabilidad prevalente y el de la prueba por encima de cualquier duda razonable se puede aplicar indistintamente al proceso civil y el proceso penal o solamente a uno de esos procesos si los principios y reglas para la valoración de la prueba nos sirven para todos los procesos o hay criterios específicos dependiendo de la naturaleza de esos procesos si para la valoración en conjunto que establece inclusive nuestro código tiene que atenderse al origen de las pruebas es decir pedidas por el actor o por el demandado o son de oficio, quisiéramos también conocer su criterio sobre el reconocimiento de hechos notorios de los que hoy hablábamos por la mañana sobre la valoración de la prueba científica hay casos también que hay medios probatorios sobre un mismo hecho quizá que son contradictorios unos apuntan a demostrar la verdad y otros a la falsedad, que criterios debemos aplicar en esos casos y otros temas como el que, si se puede hablar de grado de las pruebas es decir que hay unas pruebas más exigentes que otras de acuerdo al caso si existen criterios específicos para la valoración de la prueba basada en medios indirectos, e fin creo que en el conversatorio podremos encontrar infinidad de temas para discutirlos con el distinguido expositor y finalmente quiero dejar constancia de nuestro agradecimiento a la Universidad Técnica Particular de Loja, en la persona de su rector por habernos permitido que el señor conferencista doctor Taruffo esta tarde este con nosotros que tengamos el privilegio de tenerlo en este recinto porque el doctor Michele Taruffo ha sido invitado por la Universidad Técnica Particular de Loja para conferencias en ese prestigioso centro de estudios mi agradecimiento nuestro agradecimiento también al señor embajador de Italia en el Ecuador porque dentro del marco de cooperación cultural nos ha permitido la presencia de tan distinguido jurista y obviamente al expositor nuestra gratitud eterna por darnos reitero este privilegio de contar con su presencia en este recinto, y a ustedes queridos compañeros aquí presentes y presentes a través de aulas virtuales en todo el país muchísimas gracias por la participación de ustedes muchas gracias.

Doctor Arbitro

Buenas tardes con todos y todas, doctor Carlos Ramírez, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, doctora Rocío Salgado, Presidenta Subrogante de la Corte Nacional de Justicia, excelentísimo señor Gianni Michele Piccato embajador en Ecuador, doctor José Barbosa, rector canciller de la Universidad Técnica Particular de Loja, doctor Michele Taruffo, expositor, doctor Asdrúbal Granizo, Juez de la Corte Nacional, señoras magistradas y señores magistrados de la Corte Nacional

de Justicia, señoras conjuetas y señores conjuetas de la Corte Nacional de Justicia, vocales del Consejo de la Judicatura, señores presidentes y presidentes de cortes provinciales, señores magistrados del Tribunal Andino de Justicia, miembros del Tribunal Contencioso Tributario, Contencioso Administrativo y Contencioso Electoral, señoras juezas y jueces de la Corte Provincial de Pichincha, funcionarios judiciales, medios de comunicación, señoras y señores, primero que nada quería comenzar con una felicitación muy sincera a la Corte Nacional de Justicia por esta oportunidad de poder compartir hoy día con el doctor Taruffo, considerado por algunos medios como uno de los máximos expositores de la ciencia procesal, pero adicionalmente por lo oportuno que es esta intervención como adecuadamente no ha indicado el señor Presidente de la Corte Nacional, Ecuador está viviendo un momento histórico dentro de la reforma de sistema de justicia más allá de todos los cambios de forma, infraestructura, tecnología, estamos viviendo el debate en la Asamblea Nacional de lo que será el Código Orgánico General de Procesos, una propuesta ambiciosa que combina entre sus características como lo había indicado el señor presidente no solamente de pasar de más de ochenta vías procesales a cuatro, sino también en un solo código tener toda la tramitación y sustanciación de todas las materias habíamos pasado de un tema que era algo así casi la cofradía del vino donde solamente ciertos abogados sabían la tramitología de determinadas áreas a tener carreteras o vías procesales compartidas conocidas por todos como lo indicaban también tratadistas uruguayos las particularidades dentro del proceso sustantivo no debían traducirse obligatoriamente o necesariamente en particularidades en la vía procedimental, pero y siguiendo esta línea de felicitaciones por la oportunidad también dos de las obras traducidas al castellano por parte del doctor Taruffo la prueba y la motivación en la sentencia civil se vuelven tan necesarias y aplicables hoy cuando estamos hablando de la oralidad hemos pasado en el proceso escrito Santiago Pereira Ocampo lo indicaba es pasar del motor de decisión del juez ya no al expediente sino a la contradicción dicha en audiencia entre las partes, sus argumentaciones y la decisión que el juez en base a una convicción que se formula en esa contradicción pero es pasar también del análisis de prueba como lo había indicado el doctor Ramírez vamos a tener por regla general este proceso ordinario de doble audiencia en una primera audiencia entre otras actividades también la admisión o no de la prueba para lo cual el juez deberá motivadamente calificar la pertinencia o no de lo que se ha solicitado arrancaremos porque señalaremos obligatoriamente el cien por ciento de la prueba que queremos hacer valer en el proceso tengo que anunciar el cien por ciento de la prueba que quiero hacer valer en el proceso, podré presentar la prueba que tengo a la mano pero tengo que anunciarla es decir ya no hay etapa posterior en la cual pienso demostrar mi argumentación igual al contestar

la demanda señalaré y anunciaré el cien por ciento de los actos probatorios que quiero hace valer en el proceso esto nos lleva y discúlpenme porque yo soy muy gráfico porque así también lo estudio esto nos lleva de cambiar del juez buzón de correo que teníamos en el proceso escrito, porque yo digo buzón de correo? porque se limitaba a recibir escritos y si uno le pedía que depreque al polo norte para que le pida una confesión o declaración a papá Noel lo ordenaba, sin previa calificación y decía tramitamos todo y luego en sentencia discutiremos que ha sido valido o no para la tramitación, no es exagerado y la mayoría de los abogados que litigan darán la razón que por más que se le anunciaba al juez la impertinencia de la prueba solicitada el juez bajo un análisis decía desarrollamos todo y luego decido que sirve para la sentencia lo tramitaba todo hoy ya no va a ser así ya en la audiencia preliminar el juez deberá en base a la contradicción de las partes calificar la pertinencia y por lo tanto la admisión o no de los actos probatorios y adicionalmente el tema de la motivación como señalaba otro de los títulos traducidos al castellano por parte del doctor Taruffo, fundamental yo suelo decir que hemos cambiado el sistema de tasación de la prueba por un sistema de la sana critica del juez y efectivamente ese es un derecho es una llave que tiene el juez la sana crítica, pero ese derecho que tiene el juez, esa actuación libre que tiene el juez, tiene también un autocontrol que es la motivación y en eso hemos conversado muchísimo y discutido muchísimo y hoy en el proceso oral en el que se van dando decisiones en la etapa preliminar y luego en la decisión en la audiencia respecto del fondo el tema de la motivación es fundamental y no la motivación que se basa en el mero señalamiento de la base legal sino en la verdadera construcción del razonamiento jurídico que ha llegado a la conclusión, por la que ha llegado a la conclusión el juez y esa motivación como nos enseñaron en la universidad es fundamental porque tiene relación con mi derecho de defensa con mi derecho a impugnar esa decisión, por eso es fundamental no solo la decisión del juez sino su argumentación su vía su construcción como ha llegado a esa decisión por parte del juez como señalaba al inicio y había prometido a mis compañeros de mesa ser muy concreto esto es de felicitar a la Universidad Técnica de Loja, a la Corte Nacional de Justicia no solamente el nombrado expositor que vamos a tener acá sino por lo oportuno que es esta intervención dentro de este proceso de transformación que como lo indicaba anteriormente es un proceso y un reto histórico y como me lo suelo repetir todos los días nos toca a nosotros a ustedes en cada una de nuestras funciones, los abogados en libre ejercicio actual a los estudiantes de derecho a nuestra generación nos ha tocado vivir y asumir este reto y si ha sido así es porque estamos en la capacidad de hacerlo muchísimas gracias.

Doctor Granizo

Buenas tardes con todos y todas, doctor Carlos Ramírez, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, señor doctor Néstor Arbito Chica, Vocal del Consejo de la Judicatura, delegado del señor presidente del Consejo de la Judicatura, excelentísimo señor Gianni Michele Piccato embajador de Italia, señor doctor José Barbosa, rector de la Universidad Técnica Particular de Loja, como dijo el señor presidente de la Corte Nacional de Justicia, hemos conversado con el doctor Michele Taruffo y él va a disertar en un tiempo de aproximadamente cuarenta minutos sobre la valoración racional de las pruebas y hemos conversado también y ha tomado nota el sobre algunos elementos que ya el señor Presidente de la Corte Nacional lo ha señalado para que en el desarrollo de la conferencia aborde sobre los puntos que ha planteado y además recogiendo un poco de los planteamientos que ya se han hecho acá hemos pensado que es importante que el profesor Michele Taruffo nos ayude a ver como se ha desarrollado ese debate entre lo que es garantismo procesal y activismo judicial que en definitiva es por donde él ha mantenido grandes debates con grandes contradictores pero que él nos va a explicar cómo aquello depende de la visión que tengamos juezas y jueces sobre la finalidad del proceso y a partir de aquello vamos a ver nosotros esas grandes diferencias entre estas dos líneas y el profesor Michele Taruffo que tiene una posición y que lo ha dicho públicamente nos va a explicar sobre estos elementos que definen el activismo judicial pero al mismo tiempo quisiéramos pedirle que nos diga ya que nuestras autoridades lo han dicho claramente estamos viviendo un proceso de elaboración del Código Orgánico General de Procesos en materias no penales y entonces quisiéramos pedirle desde la visión del activismo judicial que debe contener una normativa procesal que aliente y haga posible el activismo judicial así mismo a ese maestro que explora cincuenta años sobre la prueba, nosotros ya lo dijo el Presidente de la Corte Nacional de Justicia queremos que de alguna manera trate sobre la prueba científica a lo que el maestro Taruffo lo llama que debe ser la discusión de hoy y la discusión del futuro y al mismo tiempo quisiéramos pedirle que nos hable sobre ese ensayo extraordinario sobre la tarea compleja de los jueces que escribe y en donde nos habla de la motivación uno de los elementos fundamentales que viene discutiendo la Corte Nacional de Justicia y que está en la tarea de impulsar que esta da razón de porqué se acepta o se niega una pretensión queremos nosotros escucharle del profesor y especialmente esas dimensiones que él las trabaja desde la dimensión de la motivación a nivel dialectico de dimensiones hasta llegar a esa de la razón natural y la exclusión del discurso parlamentario, con ustedes entonces dejamos al profesor Taruffo por un tiempo aproximado de cuarenta minutos y luego de ello pasaran compañeros del

departamento de nuestra casa para entregarles a ustedes unas hojas, las preguntas se harán por escrito y haremos lo posible para que el profesor Taruffo las conteste todas, muchísimas gracias.

Doctor Taruffo

Buenas tardes a todos señor Embajador, señor Presidente, autoridades, señores jueces fiscales y miembros del público antes que todo quiero agradecer a las instituciones que organizaron este encuentro y que me permitan llegar a vuestro país por la primera vez y como siempre se dice pero con buena razón, espero que no sea la última, otra cosa es que pido disculpas por hablar un idioma que no es mi idioma natural entonces habrá muchos errores muchas impropiedades pero espero que ustedes puedan entenderme, bueno cuarenta minutos tendrían que ser multiplicados por diez si mi tarea fuera de discutir de abordar todos los temas de que venimos hablando porque en las palabras de los amigos que han hablado yo podría dibujar un libro sobre la teoría de la prueba y discutiendo los varios temas en mí cuarenta minutos no puedo hacer todo esto, entonces tratare de concentrarme sobre el tema específico pero muy importante de la valoración racional de la prueba dejando algunos de los otros temas a la discusión sucesiva, bueno empezaré tratando de plantear el tema de la valoración racional de la prueba el marco de una concepción específica del proceso lo hago porque en la literatura procesal, internacional de estos últimos años hay varias teorías sobre los fines del proceso las funciones del proceso y destacan muchísimos aspectos diferentes de este tema y algunas de estas teorías simplemente niegan que se pueda hablar de manera racional de la valoración de las pruebas como trataré de explicar más adelante yo tomo en este panorama muy vario muy complejo una teoría que no es solo mía afortunadamente pero es bastante específica que dice que entre los fines del proceso que son varios dar solución a conflictos a establecer derechos y obligaciones etc, etc., hay un fin muy importante que es la búsqueda de la verdad sobre los hechos que determinaron el caso de que se trata de hablar, búsqueda de la verdad es algo que en el pensamiento filosófico jurídico contemporáneo se disputa mucho, tenemos de hace más o menos cuarenta años de modo post modernista que se plantearon dudas sobre varios conceptos generales y entre estos conceptos el concepto de verdad la literatura filosófica de estas décadas hay muchísimas críticas en contra del concepto de verdad y de cada discurso que tenga que hacer con este concepto una sola cita entre dos que podría ser de hecho al norte he conocido filósofo norteamericano que me escribió hace poco tiempo que hablar de la verdad es gastar su tiempo no vale la pena de hablar de la verdad esto es una de las varias posturas teóricas, negativas digamos así sobre

el tema, cuando hablo de estas cosas yo tomo desde un libro del epistemólogo Alvin Goldman la expresión *verifóbico* para indicar todos los que tienen miedo de la verdad no les gusta la verdad se oponen a la verdad, rechazan la verdad etc, etc., esto no es solo un problema de filosofía general, es un problema de filosofía general pero no solo llegando a un punto de las funciones del proceso hay teorías varias que niegan lo que yo estoy afirmando, es decir niegan que entre los fines del proceso se pueda colocar digamos así la búsqueda descubierta de la verdad un ejemplo por muchísimos, la teoría pura del proceso adversarial norteamericano que no asiste solo a los Estados Unidos si no se presenta como modelo general de proceso los americanos degustan de exportar sus cosas en estos últimos años son sobre todo en el proceso penal pero no solo, bueno la teoría pura del proceso adversarial norteamericano, dice que el proceso no puede orientarse a la búsqueda de la verdad porque la descubierta de la verdad no le interesa a nadie, el proceso es lo dicen ellos no lo digo yo es una especie de pelea deportiva entre dos individuos y al final siempre hay un vencedor derrotado, este es el fin de la solución del conflicto como se soluciona un partido de fútbol en todos los casos se soluciona un conflicto y ellos dicen la solución de un conflicto que se alcanza en un contexto procesal, sea civil, penal, administrativo no interesa, no tiene nada que ver con la verdad, hay un vencedor, hay un derrotado el vencedor merece vencer porque ha sido el más fuerte porque ha sido el más poderoso esta es la teoría, es también la práctica, no solo la teoría y si tomamos en serio una perspectiva de este tipo no, el tema de hoy podría terminarse aquí, porque esta manera de imaginar el fin del proceso le corta el camino a todas las discusiones sobre la verdad, entonces también sobre las pruebas y cuando yo le pido a mis amigos americanos pero porque ustedes practican las pruebas en el interrogatorio cruzado o de todo este teatro de la audiencia oral de estilo norteamericano ellos dicen esta es una parte de la pelea es un aspecto ritual del proceso que no tiene como fin la búsqueda de la verdad es un teatro que se celebra con el fin de enviar a la sociedad externa un mensaje de este tipo miren ustedes como tomamos en serio la tarea de la decisión judicial pero todo esto no tiene nada que hacer con las pruebas la verdad etc, etc., mi tesis es completamente diferente de esta porque yo considero que uno de los fines del proceso es exactamente de alcanzar a la verdad sobre los hechos del caso de que se trata y porque bueno simplifico en pocas palabras un argumento que requeriría ser desarrollado de otra manera, pero mi argumento es básicamente lo siguiente, imaginamos de estar en un Estado constitucional de derecho, en el Estado constitucional de derecho uno de los principios básicos es el principio de la realidad, se dice principio de la realidad implica que todos los sujetos del sistema privados y públicos etc, etc., cumplan con las leyes con la aplicación correcta del derecho está bien, bueno y que decimos de los jueces,

entonces el juez tiene la obligación básica de interpretar y aplicar correctamente la regla de derecho relevante por el caso que trata de solucionar banal, claro pero no tanto banal, porque si seguimos lo que nos dicen los filósofos empezando con el conocido Hans Kelsen y muchos otros nos dicen que la norma jurídica tiene básicamente una estructura condicional es decir habla de una condición (prótesis) y de una consecuencia una *apódosis* en griego la condición es más o menos una norma de ese tipo todas las veces que ocurre un hecho de tipo equis la norma prevé la consecuencia del tipo de acción todas las veces que ocurra un hecho de tipo equis esto es la condición por la aplicación correcta de la norma decidiendo un caso específico, entonces para aplicar la consecuencia tenemos que averiguar la condición si tenemos una norma que dice todas las veces que alguien provoca la muerte de otra persona tiene que ser condenado a lo que es no, bueno la condeno o lo que eso se puede aplicar, solo si tenemos un conocimiento controlado y fiable sobre el hecho que el señor Pedro le mato al señor Pablo si no tenemos un conocimiento controlado y fiable sobre este hecho que se corresponde al tipo de hecho del que habla la norma sobre el asesinato simplemente no podemos condenar porque si en este caso aplicamos la consecuencia es decir la condena o lo que es simplemente condenamos un inocente banal una consecuencia de este tipo que me lleva a decir que el conocimiento del hecho específico es una condición necesaria no suficiente pero si necesaria por la correcta interpretación y aplicación de la regla de derecho como estándar de decisión en el caso específico si no tenemos, repito e insisto porque el punto es importante un conocimiento controlado y fiable sobre lo que ocurrió en la verdadera realidad en los hechos del caso simplemente no podemos aplicar de manera correcta y legal digamos así la regla de derecho es decir sin la verdad de los hechos el principio de legalidad se quebranta porque se llega repito a aplicar de manera incorrecta e indebida la regla de que estamos hablando en el caso específico entonces, para en el momento final este pedazo final es lo siguiente la búsqueda de la verdad es una función necesaria del proceso si no se busca la verdad, si no se encuentra, si no se alcanza el conocimiento de los hechos simplemente la decisión cualquiera no se justifica y repito es una violación del principio básico de calidad desde este punto de vista se puede interpretar no solo sino también como una actividad compleja, con varios sujetos, pero como una actividad de carácter epistémico, empleo el termino epistémico en el sentido clásico como conocimiento de la verdad una actividad epistémica es una actividad que se orienta al conocimiento de la verdad sobre algo y esto es en mi opinión el marco en que se sitúa el tema de la prueba y su valoración porque también sobre lo que es una prueba hay varias teorías una vez más sintetizando el tema complejo me refiero a una teoría bastante difundida la literatura procesalista que dice que la prueba sirve como argumento

retorico persuasivo es decir es una herramienta para determinar en la cabeza del juez una creencia sobre algo desde los griegos la función de la retórica siempre ha sido esta es decir de crear creencias sobre algo no, es a la función de la publicidad en términos modernos, es la función del discurso político no en términos modernos la función de la percusión de convencer a alguien a creer algo esta es la función retórica y hay varios que dicen esta es la función de la prueba es decir de convencer al juez sobre algo sobre un hecho, a mí me parece que esta manera de imaginar lo que es una prueba sea al menos en parte equivocada y digo al menos en parte porque esto desde los puntos de vista por ejemplo la idea que la prueba sea una herramienta persuasiva es la idea típica del abogado el abogado se sirve de la pruebas para determinar para cambiar sobre el juez esa creencia sobre el hecho que su cliente merece de vencer que no es la verdad no es necesariamente la verdad pero nada de extraño una vez más porque la obligación básica del abogado no es de buscar la verdad, la función básica del abogado es de defender la posición de su cliente con todas las medidas legales y a veces ilegales también, al abogado no le interesa la verdad sobre todo cuando el, la conoce y sabe que el juez descubra la verdad su cliente se derrota pero esto no es nada de extraño una vez más porque en el proceso hay varios sujetos y cada uno tiene sus intereses tiene sus fines, tiene sus técnicas sus estrategias la estrategia del abogado no es la estrategia del juez simplemente la obligación básica del juez como yo lo he dicho antes es de tratar de interpretar correctamente la norma que regula el caso, esta es la obligación verdadera del juez y si funciona el argumento que dice que la búsqueda de la verdad es una condición necesaria por la correcta aplicación de la ley, esto significa que el juez tiene entre sus obligaciones que son varias también la obligación de alcanzar la verdad sobre los hechos del caso como condición necesaria por la legalidad de su decisión final, bueno esto para decir en mi opinión que la prueba no es pensando el juez sino e abogado, no es una herramienta retorico persuasiva es una herramienta epistémica en el sentido que la prueba le ofrece al juez informaciones sobre los hechos del caso es decir que es solo una herramienta informativa por el juez que no puede servirse de su conocimiento privado si lo tiene sobre los hechos tiene también la decisión de fundamentar su decisión exclusivamente sobre los hechos sobre las pruebas, los hechos notorios hablamos después pero entonces se interpreta la prueba como herramienta de conocimiento de información sobre los hechos relevantes por el caso y esto nos lleva a una cosa relevante es decir que en la teoría epistemológica moderna, hay epistemólogos muy importantes sobre todo dos que tengo la suerte de conocer bien una es Susan Haack otro es Larry Laudan, filósofos de la ciencia no juristas pero ellos en estos últimos años empezaron a ocuparse de la búsqueda de la verdad en el contexto del proceso exactamente razonando como yo siguiendo

a ellos algo, es decir si el proceso es una actividad compleja difícil, de carácter epistémico que se orienta a alcanzar la verdad sobre los hechos bueno, la teoría general del conocimiento moderna es la epistemología entonces los epistemólogos pueden indicarnos como proceder en esta actividad de carácter epistémico y bueno ellos consideran el contexto del proceso como un ejemplo particularmente importante para su teoría general del conocimiento en perspectiva epistemológica entonces aquí hay una convergencia de opiniones para mí muy importante sobre este punto entonces la prueba como herramienta epistémica como medida de conocimiento de los hechos, bueno llegamos a la valoración de la prueba, que significa con el final del siglo XVIII se acabó el sistema de la prueba tasada que dominó toda la cultura jurídico europea por siglos hasta la filosofía de la iluminación, hasta las leyes de la revolución francesa que cancelaron de un golpe todo el viejo sistema y abriendo el camino para las reformas napoleónicas del sistema procesal y judicial moderno, bueno aquí entonces dejamos de lado las hipótesis de prueba tasada que en algunos casos sobrevivan en algunos sistemas pero como excepciones la regla básica que se empieza aplicar con el final del siglo XVIII es la regla de la libre convicción del juez sobre las pruebas, el juez tiene que valorar de manera libre es decir no vinculada por la ley en los resultados de las pruebas que considera aquí pero una vez más se abre una alternativa que empieza unas coincidencias históricas, Francia en el 1790 y la ley que destruye el viejo sistema judicial y procesal bueno afirma la regla de la convicción libre discrecional del juez en el 1793 otra ley de la revolución crea un jurado especial con la tarea de juzgar a los enemigos de la revolución y en esta ley se dice al jurado, mira jurado tú no tienes que gastar tu tiempo analizando lógicamente las pruebas lo que tienes que hacer es hacer una especie de yo diría en términos modernos de autoanálisis es decir de retirarte entre tu espíritu, dentro de tu alma, en tu sentido moral, entre tu intuición de manera atenta, de manera profunda y salir de esta especie de experimento mental o espiritual con una convicción, con una convicción última sobre la culpabilidad del señor que se juzga, convicción íntima entonces subjetiva, siendo íntima y subjetiva no controlable no hay una lógica de esta valoración, todo depende de que la subjetividad insisto del jurado, de la persona que juzga esta manera de plantear el problema no está solo en la ley de 1793, porque sigue siendo repetida en los códigos del siglo diecinueve y también en los códigos modernos el código penal francés que se aplica hoy habla también de la convicción íntima del juez como base por la decisión penal sea de culpabilidad o sea de inocencia con una consecuencia importante que un resultado de este tipo no se puede justificar lógicamente no se puede motivar una intuición digamos así subjetiva de este tipo porque se trata de algo que es básicamente irracional es un acto del espíritu no es por así decirlo cuando el juez no trabaja con su cerebro no se bien con

cual órgano trabaja pensamos el corazón pero podría también ser el estómago, no sé bien pero de todas maneras se sabe cómo el juez llega a esta íntima convicción todo yo diría más aquí estamos en frente de un fenómeno de carácter psicológico, este señor este juez moderno no solo el del viejo jurado llega a crear en su mente en su espíritu una creencia que puede también ser muy seria no superficial, pero llega a crear una creencia sobre los hechos es decir sobre el éxito de las pruebas esta es la típica valoración, irracional, incontrolable, injustificable sobre los hechos, sobre las pruebas del caso e insisto sobre este razonamiento porque en muchos sistemas procesales se afirma el principio de la convicción libre del juez pero no se dice una palabra mas no se dice como el juez siendo libre en su valoración debería hacer esta valoración y por esto hay teorías de la íntima convicción en muchos sistemas porque aquí la ley se calla entonces se abre la posibilidad de la íntima convicción en los países hispano hablantes las cosas están un poco mejor cuando se habla de la sana crítica es decir el juez tiene su discrecionalidad no es vinculado por la ley etc, etc., pero tiene que aplicar las reglas de la sana crítica bueno al menos aquí se empieza a hablar de reglas y no de arbitrariedad incontrolada del juez específico y las explicaciones corrientes de lo que son estas reglas hablan de las reglas de la lógica de la experiencia y de la ciencia entonces el juez en esta teoría tiene poderes discrecionales pero hay estándares de control sobre la discrecionalidad del juez por ejemplo el juez tiene que razonar lógicamente si el juez razona de manera ilógica es decir contradictoria se entiende que es una mala valoración de la prueba si el juez razona violando las llamadas reglas de la experiencia hace lo mismo hace un error en la aplicación de su discrecionalidad entonces aquí también hay un principio de libre control sobre lo que hace el juez también hay reglas de la ciencia, pero entiendo que la prueba científica hablamos después entonces aquí me paro sobre este punto bueno amenos cuando hablamos de la sana crítica estamos pensando a un sistema racional de valoración de la prueba hay reglas lógicas que el juez tiene que seguir entonces aquí estamos ya en una perspectiva de valoración racional de las pruebas, dejamos de lado la irracionalidad de la convicción íntima, bueno otro punto porque veo que mi tiempo pasa rápido, verdad, verdad, verdad, verdad de los hechos la prueba como herramienta por la búsqueda de la verdad etc., bueno de que estamos hablando primero verdad de qué? Por qué insisto sobre este punto?, porque muchas de las polémicas filosóficas de que hable antes rápidamente los de constructivistas etc., atacaron al concepto de verdad sin decir de que estaban hablando hay un caso glamoroso en mi opinión que es Hans Gadamer teórico alemán de razonamiento heurístico y todo esto que publica un libro así con el título Wahrheit und Methode, verdad y método y cuando uno se sobrevive llega al final de esta libro se da cuenta que jamás ha dicho que entiende por verdad entonces hay a nivel filosó-

fico algunas cosas extrañas pero que nos obligan a decir de que estamos hablando cuando hablamos de la verdad en el contexto del proceso no hablamos de verdades ontológicas, hablamos de la verdad de los hechos del caso pero los hechos no entran al proceso tiempo atrás en todo caso fuera del proceso entonces no es que en el proceso en la audiencia se ven los hechos no, es decir puede ser en el caso de una inspección pero es un caso marginal, entonces cuando hablamos de verdad de los hechos en realidad empleamos una expresión sintética para decir verdad de los enunciados que se ocupan de los hechos porque en el proceso entre enunciados descriptivos de los hechos, narraciones de los hechos lo hacen los abogados a la final la hace también el juez y cuando el abogado en su demanda dice yo digo que el hecho constitutivo del derecho ocurrió así, así, describe algo, narra algo esta descripción no es verdadera ni falsa es un hipótesis que el abogado le ofrece al juez si es verdadera o falsa vamos a ver al final del proceso es decisión del juez pero de todas maneras el proceso puede ser imaginado como una pelea de narraciones sobre los hechos, narraciones de las partes de los testigos de los expertos y al final del juez y de estas narraciones tenemos que establecer si son verdaderas o falsas entonces todo el problema se plantea diría yo al nivel de productos lingüísticos es decir de narraciones como en una novela el hecho corrió así, el señor equis hizo esto, luego empieza la parte jurídica pero aquí no interesa la parte jurídica, aquí interesa la parte de la verdad, la verdad es entonces se entiende como de carácter, que puede existir o no sobre la descripción de un hecho, esta descripción puede ser verdadera o puede ser falsa, pero hablamos de enunciados facticos dicen los filósofos que hablan bien de estas cosas pero hablamos entonces de nada de nada de metafísico, hablamos de cosas lingüísticas narraciones, bueno cual verdad nos espera, la verdad absoluta, la verdad, verdad con V mayúscula como algunos piensan como la consecuencia de que voy hablar, ahora una lástima porque no hay verdades absolutas los científicos se preocupan de la verdad de la ciencia, entonces del modelo ideal es decir del modelo óptimo del conocimiento nos dicen que la ciencia es falible la ciencia hace errores la ciencia cambia lo que los científicos piensan hoy es diferente lo que empezaban hace diez años atrás no hace diez siglos atrás, entonces jamás dicen los expertos la ciencia alcanza a verdades absolutas entonces es obvio que no se alcance ninguna verdad absoluta en la vida normal de la gente por la misma razón no se alcanza ninguna verdad absoluta en el contexto del proceso hay solo unas religiones integristas que hablan de verdad absoluta, pero es la verdad del dogma no tiene nada que hacer con la administración de justicia pero la idea de la verdad, verdad es decir de la correspondencia entre lo que se dice un hecho y lo que ocurrió en la realidad, esta verdad no se alcanza por las razones que he dicho pero tiene sentido porque también en el proceso como fuera del proceso esta idea de la verdad dicen

mis amigos filósofos funciona como ideal o regulativo así como punto de referencia y lo explico de manera muy banal no, yo viajo mucho pero no creo llegar jamás llegar al polo norte, pues hay mucho frío, no hay nadie, nada interesante no hablan de derecho ni de filosofía entonces no tengo interés a ir aun cuando fuere posible pero necesito reconocer de saber que el polo norte esta y donde está como punto de referencia porque yo necesito de entender que estoy viajando rumbo al norte, rumbo al sur, rumbo al oeste etc, etc., esto es ideal regulativo no, otro ejemplo imaginamos el infinito en la serie de los números desde el uno hasta el infinito no alcanzamos el infinito numérico pero tenemos que saber si está a la izquierda o a la derecha del cero porque si no lo sabemos todo el cálculo cae, y esto vale también de esta manera en el contexto del proceso por qué este norte me sirve a orientar la actividad de las partes y el razonamiento del juez, tiene que no ser en el caos todas estas actividades no se sabe porque se practica la prueba no se sabe sobre que estamos hablando, no se sabe, no se sabe, tenemos que saber y el ideal regulativo es la verdad, verdad que no se alcanza del enunciado lingüístico de que estamos hablando pero aquí tenemos que evitar un error muy común que hacen varios procesalistas también, ellos creen que la verdad sea solo la verdad absoluta luego ven que en el proceso no se alcanza la verdad absoluta entonces con un error lógico trágico, dicen entonces en el proceso no hay la verdad, que no hay la verdad absoluta estamos de acuerdo pero esto no significa, esto es la posición del absolutista desilusionado de que hablaba Popper el epistemólogo, filósofo bien conocido de él que crea que exista la verdad absoluta luego se encuentra entonces dice no existe la verdad esto es un error muy común, muy común que yo encuentro mucha literatura sobre estos temas, entonces no hay verdad absoluta pero bueno el norte me permite de establecer mientras que viajo cuanto soy lejos del norte, cuanto me acerco y cuanto no me acerco cuando me paro me permite de establecer a donde me estoy parando y por decirlo así cuantos kilómetros me faltarían para llegar al norte esto significa que estamos hablando de un concepto de grado, grado de aproximación a un ideal esto es lo que se hace con las pruebas en el contexto del proceso, tratamos de establecer el grado más alto, concretamente posible no teóricamente de aproximación a esta verdad absoluta que no se alcanza pero de aproximación aquí es el verdadero centro de la valoración racional de las pruebas es decir el fin de establecer razonando de manera libre de manera discrecional pero racional, sobre las pruebas va a decir cuánto me falta para llegar a la verdad, verdad sobre el hecho me falta poco bueno estamos bien porque se trataría de una verdad relativa absoluta pero suficiente para establecer el hecho he aquí llegamos a un mar de problemas tengo solo un tiempo de anunciar los problemas que significa llegamos a una posición suficiente, razonamos sobre grados no sobre blanco y negro, que significa prueba suficiente de algo

es el tema de los estándares de prueba es decir estamos en el penal norteamericano y también de otros países que dice que la condena se justifica solo si la prueba de la culpabilidad supera el nivel, va más allá de cada duda razonable el estándar de la duda razonable determina un nivel es muy dudoso pero si lo tenemos bueno por cinco minutos, este estándar establece un nivel de prueba particularmente alto casi la verdad, la verdad ni llegamos pero un nivel de prueba muy alto si hablamos de la probabilidad prevaleciente que muchos dicen es el estándar típico del civil, hablamos de un nivel de prueba mucho más bajo aquí el tema es bueno, evito de entrar en los detalles pero esta teoría por ejemplo dice que los estándares que nos dice cuando una prueba es suficiente para tomar por verdadero el enunciado factico son diferentes un estándar el penal otro estándar el civil se puede criticar todo eso pero esto es una doctrina muy difundida por la consecuencia que se puede absolver un inculpado al penal luego condenarlo por daños al civil con las mismas pruebas, como ocurrió en varios casos los menos jóvenes entre nosotros se acuerdan del caso de Simpson de Estados Unidos un deportivo que mato a su esposa y al amante de su esposa ha sido absuelto al penal porque las pruebas no llegaban no alcanzaban al nivel de duda razonable han sido condenados a millones de dólares en lo civil porque las mismas pruebas justificaban una decisión civil, entonces prueba suficiente depende de donde estamos de cuál es el sistema de cuál es el estándar de prueba que se aplica yo por ejemplo por razones que no puedo explicar soy muy escéptico sobre la duda razonable una libro de un epistemólogo conocido como Larry Laudan sobre verdad y error en el derecho penal destruye el estándar de la duda razonable y son más escépticos también sobre el estándar de la probabilidad prevaleciente al civil, yo soy civilista porque si me dicen, como me dicen normalmente que hay una probabilidad prevaleciente si el demandante por ejemplo prueba sus hechos al nivel de cincuenta como uno por ciento que es una probabilidad que prevalece el cincuenta como uno, digo yo el demandado porque tendría que aceptar una posición que le da razón solo el cuarenta y nueve coma nueve por ciento que no es casi nada porque las dos posiciones son casi al mismo nivel entonces como es esto, no se trata de tirar la moneda de cincuenta por un aspecto de cincuenta por el otro no se puede discutir muchísimo también este tipo pero y voy a terminar cortando otras cosas, cómo se determina el grado de prueba sobre el hecho he aquí también hay varias hipótesis son sobre todo dos, simplificando de manera trágica el tema hay un corriente que nació en los Estados Unidos en los años setenta y sigue siendo bastante popular no solo en los Estados Unidos que dice el valor de la prueba se determina con el cálculo de las probabilidades ustedes saben que el cálculo probabilidad es una rama importantísima matemática es una rama de la matemática ellos dicen se aplica el cálculo de la probabilidad y en particular el llamado teorema

de Byers era un cura inglés de 1700 que inventó este teorema es decir un cálculo para establecer cómo cambia la probabilidad de algo cuando se inserta una información nueva en el contexto, ellos dicen no aplicamos este cálculo al final llegamos a un número que nos dice cuál es el nivel de aproximación llegamos a 80.0% pues sabemos dónde estamos con la aproximación al ciento por varias razones yo creo que esta teoría no funciona, la razón básica es que en todos los cálculos matemáticos hay que hacer un teorema que se aplica un teorema de Pitágoras, teorema de Byers el cálculo se hace cuando tenemos números la fórmula se expresa con letras pero el cálculo se hace con los números ejemplo rápido si yo tengo una fórmula del tipo $a^2 + b^2 = c^2$ es la fórmula del teorema de Pitágoras, bueno nadie discute el teorema pero si a mí me interesa conocer, saber cuánto vale c el resultado tengo que poner números en las premisas, tengo que decir a significa 2, b significa 3, entonces $2^2 + 3^2 = 4 + 9 = 13$ pero tengo que cuantificar las premisas sino no llego a una solución cuantitativa esto es el problema en el proceso porque jamás o casi jamás tenemos cantidades entonces por bueno que sea en abstracto el teorema de Byers yo no puedo aplicarlo si no tengo los números y no tengo los números del proceso salvo casos rarísimos en los procesos de que no hablo aquí, entonces tenemos una teoría que no se puede aplicar cuando los entusiastas de esta teoría la aplican simplemente se inventan los números pero a mí no me interesa números, depende de la fantasía de lo que está haciendo el cálculo me interesan si hay números reales pero en el 99% de los casos no lo tenemos, entonces este tipo de cálculo no se aplica con que quedamos entonces si de verdad termino, quedamos con una idea diferente de la probabilidad de esa probabilidad lógica no cuantitativa, no se trabaja con números se trabaja con proposiciones con reglas lógicas de inferencia entre proposiciones para argumentar desde premisas hasta una conclusión un ejemplo solo rapidísimo porque todos lo conocen el silogismo de primera figura de Aristóteles todos los hombres son mortales, Sócrates es un hombre entonces Sócrates es mortal esta es una inferencia lógica por 2500 años ha sido el motivo de lo perfecto de inferencia lógica pero o hay números aquí hay proposiciones hay premisas y hay una conclusión y hay una regla que nos permite tomando las premisas de llegar a una conclusión que es una conclusión válida y cierta si son buenas las premisas esto es el ejemplo de una inferencia entre proposiciones entonces en mi opinión que me quedo aquí, el camino para analizar la valoración racional de las pruebas por parte del juez es de trabajar con las inferencias proporcionales hay libros sobre esto, hay trabajos de análisis y también participo en el estudio de estos temas no es posible pero hay un modelo de inferencia que se aplica de manera particularmente eficiente en el contexto del proceso la llamada inferencia de Turkmen de la filósofa americana de los años ochenta y se aplica hay estudios que aplican este tipo de lógica exactamente al

razonamiento de jueces sobre las pruebas y se ve que funciona bastante sencillo no hablamos de números hablamos de lógica proposicional que tiene sus premisas, tiene sus reglas, tiene sus sistemas de aplicación y que es en mi opinión y termino, la verdad la herramienta racional más eficiente para racionalizar digamos así la valoración del juez sobre las pruebas racionalizar significa un control desde antes de es decir el juez tiene que aplicar estas reglas mientras que llega a su conclusión y racionalizar después porque siguiendo estas reglas de lógica proposicional se puede llegar a una motivación adecuada al contenido de la decisión. Muchas gracias.

Dr. Granizo

Bien profesor hay un grupo de preguntas que en definitiva tratan sobre asuntos bastante similares y que se podría resumir de la siguiente manera en el caso del Ecuador se desprende de las preguntas esta constitucionalizado el principio dispositivo que como usted lo habla en su obra parte del principio adversarial, este principio de acuerdo a las preguntas se opone a la prueba de oficio sin embargo en el caso del Ecuador en varias disposiciones especialmente en el COFJ me parece 130-10 y algunas otras normas se acepta la prueba de oficio por parte del juez, varios de los asistentes preguntan si el juez al momento que dispone una prueba de oficio afecta el sistema adversarial o el principio dispositivo y si al hacer preguntas de, es decir pruebas de oficio atenta y pone en riesgo el principio de imparcialidad este sería el primer bloque.

Antes de todo yo no creo que el principio dispositivo y el sistema adversarial sean lo mismo entenderlos en las dos exposiciones como si fueran la misma cosa es un error sistemático bastante grave y trato de explicarlo el principio dispositivo significa que las partes presentan la demanda, e indica el derecho de que pide la... indica lo que le pide al juez indica los hechos que en su opinión fundamentan el derecho de lo que quiere lo que significa que de esta manera vincula sobre el contenido de su decisión final el juez tiene que pronunciarse sobre el derecho demandado, bien que dice es el principio dispositivo en materia de pruebas no dice nada en materia de pruebas dice todo lo que puede decir en materia de determinación del objeto de la demanda y de la recepción y sobre el objeto de la decisión del juez *ultra petita*, etc., no los principios básicos muy bien esto no significa nada sobre las pruebas y esto determina la diferencia entre discursos sobre principios dispositivos y el discurso sobre el sistema adversarial porque el sistema adversarial dice algo diferente incluye lo que nosotros llamamos principio dispositivo pero va más allá del principio dispositivo cuando dice que solo las partes tienen el monopolio de

la iniciativa probatoria esto lo dice el modelo adversarial no el modelo dispositivo ejemplo por no hablar demasiado en abstracto yo digo procesal francés 1975 respecta de manera integral el principio dispositivo que está en base a los principios generales del código pero hay un artículo de este código que le concede al juez el poder de ordenar de oficio cualquiera prueba que el juez considere relevante de que sea legalmente admisible y en la doctrina francesa que yo creo conocer bastante bien nadie protesto sobre una hipotética contradicción el principio dispositivo de esta cultura activa del juez con referencia a las pruebas lo que en mi opinión conforma lo que digo ese sistema adversarial que se ocupa de las pruebas que no es el principio dispositivo entonces yo sé que la confusión entre las dos cosas es muy común pero es una confusión que no nos lleva a ninguna parte otro punto en facilidad del juez a mí me parece un argumento generalmente difundido todos los enemigos de los poderes probatorios del juez razonas estos temas, si el juez ordena de oficio la realización de una prueba el pierde su imparcialidad así y por qué, consideramos que en el desarrollo de un proceso el juez hace una serie de decisiones concede un plazo más o menos largo para un acto procesal admite o no admite una prueba, etc, etc., concede o no una medida cautelar, entonces son todas esas cosas que necesita el juez que decimos que todas las veces que el juez abre su boca pierde su imparcialidad, nadie lo ha dicho porque sería un absurdo entonces porque se dice que pierde su imparcialidad cuando ordena una prueba que las partes no practicaron, no tiene sentido esto sería como decir que el médico que me ordena de hacer una serie de exámenes de sangre lo que es, luego pierde su imparcialidad en el momento de valorar los resultados de los exámenes porque él lo ordenó, cosa que tengo que pedir a otro médico porque el primer médico se equivoca valorando el resultado de los exámenes que me hicieron me parece absurdo no, y además no hay prueba ninguna de la validez de este documento en contra se dice bueno a ver lo que ocurre porque así por ejemplo el juez tiene el poder de ordenar a una parte o también a un tercero como tal de llevarle un documento que significa esto?, que el juez pierde su capacidad de leer correctamente lo que está escrito en el documento pruébelo por favor porque si no hay prueba de esto el argumento termina, lo mismo se puede decir con el testigo el juez ordena de interrogar al testigo Pedro que las partes no citaron, porque le parece que el testigo Pedro reconoce bien los hechos en el caso entonces podría ser un testigo fiable ordena la confesión del testigo el juez o los abogados dependiendo del sistema interrogan al testigo, puede ser que el testigo llegue diciendo yo no sé nada no me acuerdo de nada, me acuerdo lo que me acuerdo y todo esto pone en crisis la imparcialidad del juez y porque no considerar que el juez completamente pasivo puede ser parcial cuando decide favorecer al final de un proceso hechos exclusivamente con dos palabras el juez no abrió la boca no ha

dicho nada al final decide en favor de una parte porque es su sobrino, porque es su amigo, porque, porque, pierde su parcialidad siendo completamente pasivo a mí me parece que ocurre sobre el punto un argumento cómodo pero equivocado, esto le da peligro digamos así a la imparcialidad del juez, claro que el juez tiene que ser imparcial, tiene que ser imparcial siempre no dependiendo de la imparcialidad de que el dos años tras ordenó de llevarle un argumento está completamente equivocado de este argumento, como ustedes se entienden yo estoy de manera muy decidida en favor del juez activo en disponerlas de oficio, también por lo que he dicho, el juez tiene la obligación de buscar la verdad sobre el proceso las partes no tienen ninguna obligación de buscar la verdad sobre los hechos entonces si se admite como lo he dicho que la búsqueda de la verdad sea uno de los fines básicos del proceso que hacemos en el caso clásico de las diligencias que sería para mejor proveer el código español del siglo diecinueve en que luego de considerar todas las pruebas que las partes que llevaron el juez entiende que hay hecho que necesita ser probado, pero sabe también que existe una prueba que puede demostrar la verdad sobre estos hechos, sé que hay el testigo Pedro que sabe todo sobre el hecho, sé que existe un documento que de una parte no ha producido el miedo de consecuencias favorables, bueno yo ordeno que este documento que es la verdadera prueba de los hechos, que hay de extraño sobre eso, esto es un problema que se plantea solo en el contexto del proceso no en el contexto de la medicina, no en el contexto de la ciencia, no en el contexto de la economía y porque tomarlo así es absurdo.

Una pregunta que es concomitante con lo que usted ha dicho profesor, se pregunta si desde la visión del garantismo procesal y de la visión del activismo judicial en la primera no está la idea de la búsqueda de la verdad, pero si está en la segunda posición desde el activismo judicial o como el juez lo ha dicho la posición del juez activo, podría aclarar sobre este tema?.

Si sobre todo antes de todo, un comentario una vez más sobre las palabras, muchas veces las palabras determinan errores, garantismo, yo preferiría hablar de garantías no de garantismo yo estoy completamente en favor de la más completa realización de todas las garantías del proceso, desde la independencia del proceder del juez hasta el derecho a la prueba a efectos de la defensa de contradictorio y todo lo que es, pero no me inscribo en la corriente del garantismo yo conozco muy bien, también varias veces procuro de pelear con ellos cuando nos encontramos con estas llamados defensores del garantismo, ellos no defienden las garantías no hablan de garantías a pesar del nombre que se atribuye, no hablan de garantías su pesadilla es el juez activo y nada más porque si uno considera con un mínimo de atención los

documentos la ley me dice no hacer los nombres muy bien yo hago solo los apellidos, los escritos de Chiprian y otros de Italia, España, Argentina, Latinoamérica pero que no tienen argumentos sino el tema del monopolio total de las partes sobre lo que ocurre en el proceso sería limitarnos excesivamente al decir que su teoría se corresponde al modelo adversarial puro con la diferencia que yo tengo respeto de la teoría adversarial norteamericana y no tengo ningún respeto del garantismo, el segundo punto es que cuando yo hablo del activismo de juez activo, claro hablo sobre todo de los poderes del juez que va ordenar de oficio las pruebas que sean relevantes, porque esto es el juez activo, el juez activo esa pesadilla del juez que ordena las pruebas de oficio es el juez francés es el juez de otros sistemas que más o menos porque aquí hay soluciones diferentes pueden ordenar pruebas de oficio, otro ejemplo el sistema italiano es un sistema mixto porque en el proceso si bien en general él tiene solo pocos poderes de ordenar pruebas de oficio la pericia, la inspección etc., pero en el proceso laboral que para nosotros es un proceso civil poco especial, en el proceso laboral el juez tiene un poder general de ordenar de oficio todas las pruebas que considera relevantes en el proceso, el sistema español regreso más allá de 1865, porque el código procesal de 1985 hablaba de las diligencias para no proveer, le concede un poder de oficio del juez de ordenar pruebas al final de la práctica de las pruebas y el código del 2000 canceló la diligencia para no proveer, considerando como un poder excesivo del juez pero aquí concluyo sobre el punto yo considero que hay una trágica sobrevaloración de estos temas, es una sobrevaloración que no tiene razones técnicas, tiene razones ideológicas, tiene razones políticas porque ellos hablan de autoritarismo de fascismo y comunismo como si fuera la misma cosa del estado autoritario del estado liberal, ellos hablan del modelo del estado liberal viejos liberales, porque son viejos porque escriben si le ponen la data 1850 está bien, si le pone la data la fecha 2015 nada que hacer.

Se pregunta también cuál es su criterio profesor, sobre el principio de la reversión de la carga de la prueba y en qué casos esto procedería?

Otro tema con muchas dudas e incertidumbres yo haría una diferencia entre el caso de que es el legislador que manipule y modifique la distribución de la carga de la prueba y el caso en que es el juez que lo hace porque en todos los sistemas hay presunción de ... relativas que admiten la prueba contra esa técnica legislativa más difundida para modificar la distribución de la carga de la prueba se presume como verdadero el hecho que tendría que ser probado por el demandante luego es el demandado quien tiene la carga de probar en contra el legislador lo hace mon- tón de veces normalmente con el fin de proteger la situación procesal de la parte

que considera débil el trabajador por ejemplo, ningún problema hasta este punto porque la elección legislativa se puede compartir se puede graficar pero es la ley que modifica la distribución digamos así de los cambios productivos, cuando se habla como empezaron a hacer los argentinos, con los años de carga dinámica de la prueba, se habla de algo que hace el juez no que hace el legislador la ley no dice nada y el juez dice en este caso el demandante debería la carga de probar el hecho que pone en la base de su demanda pero yo digo que es el demandado que tiene la carga de probar en contra, el caso clásico que se aplica en muchos sistemas es el caso de la responsabilidad medica que se dice el paciente que afirma que sufrió daños por una intervención equivocada tiene, debería de probar con la regla general lo que ocurrió como causa de los daños de que pide compensación llega al juez y dice pero pobrecito el paciente no tiene las pruebas de cómo ocurrieron las cosas en el hospital entonces yo le pongo la carga de la prueba sobre el hospital diciendo que es el hospital o el doctor diciendo que tiene la obligación de probar que el hecho dañoso no ocurrió esta es la inversión en la carga dinámica de la prueba bueno aquí se puede... en este caso que no es muy importante no veo un juez justicialista no un juez justo, justicialista en el sentido del término es decir ofrecido al cliente que no tiene en sus manos la prueba de lo que sufrió entonces yo aplico la regla sobre la carga de la prueba, tengo que rechazar su demanda, el pobre, mientras que el hospital tiene dinero puede compensar los daños entonces yo le impongo al hospital de probar el contrario es decir que la causa del daño no ocurrió no es la ley que lo dice es el juez que decidiendo caso por caso dice aquí el demandante que tiene la carga de la prueba, aquí la carga de la prueba la carga invertida la tiene el demandado con consecuencias porque si el juez esto a mi demandado me lo dice en su sentencia bueno yo he gastado una instancia de oficio por qué, no sabía que yo tenía la carga de probar en contra porque ninguna ley me lo dice yo he puesto código civil italiano 2967 hay una regla que dice el demandante tiene la carga de probar los hechos que invocan a base de su derecho el demandado tiene la carga de probar los hechos que fundamentan sus excepciones punto, y cuando el juez actúa de esta manera en mi opinión simplemente quebranta la norma básica del Código Civil sobre la distribución de la carga de la prueba, lo hacen, lo hacen en todos los sistemas para mi esta es una degeneración del sistema aun considerando porque si el problema es como es de tener la prueba sobre lo que ocurrió y la prueba no la tiene el demandante porque la tiene el demandado, bueno el juez le ordena al demandado de llevarle la prueba considerando también que la prueba puede estar en las manos de un tercero, de un notario por ejemplo las partes no tienen el original del acto público, pero el original está en el archivo del notario que hacemos?, el juez ordena al notario de llevarle el documento donde está el problema, razonando de esta manera la distri-

bución original de la carga de la prueba no se modifica y llega se obtiene la prueba y bueno es todo.

Profesor se pregunta en su criterio, cuales son los elementos que deben caracterizar una motivación adecuada?

Bueno en una formula sintética la aplicación correcta de las reglas lógicas de razonamiento, pero aquí hay un punto importante porque muchas veces se dice por ejemplo jurisprudencia del Tribunal Supremo de Italia, se dice que la motivación tiene que dar cuenta de cómo el juez llegó a su decisión lo que no tiene sentido, porque cómo el juez llegó a su decisión antes de todo el propio juez no lo sabe y aun cuando el juez lo conozca, imagínese usted debe ser porque yo me pongo en los estudiantes que el juez en una motivación que se llama sentencia escrita yo llegué a pensar que el testigo Pedro ha dicho la verdad y llegué a pensar a las cuatro de la mañana saliendo borracho de una discoteca, esta puede ser una descripción verdadera de lo que ocurrió no y el juez es tan honesto que lo describe así pero es una motivación esta es una justificación de la valoración del juez, no justifica nada aquí hay la diferencia la explicación de cómo ocurrió algo de justificación de la decisión que el juez tomó, justificar significa argumentar de manera racional yo decidí sobre el hecho de que Pedro era testigo verdadero por estas razones no por la discoteca indicando las razones que me llevan a pensar que Pedro ha dicho la verdad la justificación tiene que ser muy diferente de lo que los científicos llaman descubierta, ellos hablan de los epistemólogos del contexto descubierta de todo lo que se hace para llegar a decidir algo y el contexto de la justificación, el contexto en que se justifica la decisión que se ha tomado esta es una decisión básica claro que si el juez no es un estúpido en el contexto de la descubierta se preocupa del hecho de que tiene que justificar entonces la razón menor de este antes porque sabes que tiene que razonar bien después, digamos así pero esto no es necesario esto es un punto importante que significa justificar como decía antes argumentar de manera lógicamente correcta, no contradictoria, no haciendo vacíos en la línea de la argumentación, haciendo siempre referencias específicas a todas las pruebas que se practicaron a veces se dice una vez más la jurisprudencia del tribunal de casación que el juez tiene la obligación de aplicar la motivación sólo las pruebas favorables a su conclusión esto es lo que los psicólogos sociales la conformation partes es decir la falacia reconformación que es uno de los errores más graves que se pueden cometer en un razonamiento es decir yo empiezo con esta hipótesis y tengo que establecer si las pruebas conforman o disconfirman esta hipótesis pero como encuentro solo las pruebas que la confirmen no considero las pruebas en contra esto es un error cada uno intuye

que esto es un error, una razón así no llega a ninguna conclusión pero hablando de la motivación a veces se dice no el juez elige las pruebas favorables a su hipótesis y no considera las pruebas en contra sin considerar que la prueba en contra pueda ser más determinante que la prueba favorable entonces la regla de motivación es dar cuenta de la valoración racional y lógica de todas las pruebas que se presentaron, favorables, positivas y negativas, favorables y contrarias y luego argumentar sobre cuáles son las razones porqué las pruebas favorables se prefieren a las pruebas en contra, porque si prevalecen las pruebas en contra no se muestra la verdad, pero si uno lo considera las informaciones la prueba contraria el juez tiene razón.

Existen dos preguntas puntuales quisiera decirle la dos a la vez, la una dice si el juez puede desechar la prueba de un informe médico legal por la existencia de un testimonio presentado por la víctima y la segunda dice partiendo de que debe resolverse más allá de la duda razonable, puede una sentencia estar basada en actos de carácter público o notorio?

Bueno esto defiende de régimen legal el acto público o el acto notorio a veces es la ley que dice que lo que está escrito pero con diferencias, lo que el notario declaró en un acto público tiene el valor de hacer de prueba que vincula hasta cuando nos demuestren la falsedad del hecho, esta relatividad se vale por todos los actos depende de la fuerza de la prueba que la ley le concede por ejemplo la escritura privada no tiene el mismo valor notorio que le da el notario entonces se puede contestar el contenido de un acto privado no de la firma que está en un juicio de falsedad esto es relativo porque hay sistemas en que por ejemplo hay un acto notorio dependiendo del notario no tiene fuerza legal entonces el juez establece de manera discrecional la prueba, aquí es la ley que determina cada cargo, sobre la primera demanda el fundamenta si el testigo de la víctima puede contradecir a lo que dice si el testigo es la víctima, pero no si es un tercero a favor de la víctima...

Es un testigo presentado por la víctima según la pregunta no es la víctima, presentado por la víctima.

Vale como cualquier otro testigo el hecho de ser presentado por la víctima, la ley no dice nada de especial sobre la fidelidad de este testigo de ser testigo por la víctima o por el fiscal estamos... que se trata de establecer si el testigo es verdadero o es si en contra hay un peritaje, bueno esto es el tema general de las pruebas científicas la prueba pericial como se dice que tenemos porque formalmente el peritaje es la manera de que se toman valoraciones o interpretaciones de carácter científico

en el contexto del proceso bueno el tema es muy complejo yo diría que no existe un peritaje vinculante para el juez un peritaje es una prueba que el juez tiene que valorar de manera racional y puede llegar a cualquier tipo de conclusión a veces ocurre en la práctica que el juez en el decir que dice esto es verde yo no le creo que la justificación del peritaje es suficiente entonces no considero valido este peritaje como prueba, pero no porque en contra haya un testigo de la víctima porque es el peritaje mismo que nos llama, testigo o no porque aun faltando el testigo si el juez considera que el perito no hizo el peritaje de manera correcta rechaza el peritaje y designa uno nuevo, entonces no hay porque me parece que la base de la pregunta hay algo como si el peritaje fuera una prueba exacta, la tarea difícil y compleja del juez es establecer si el peritaje es fiable.

La Prueba Producida a través de Canales Virtuales

Dr. Jorge M. Blum Carcelén
Juez Nacional

I. INTRODUCCIÓN

El tema central del presente encuentro académico internacional es conocer: “Las Nuevas Realidades del Derecho Procesal y de manera particular, se me ha solicitado abordar sobre el “Sistema probatorio en el proceso penal”, específicamente: **“La Prueba producida a través de canales virtuales”**.”

El Ecuador, el 10 de febrero de 2014, expidió el **CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL**, que está publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180, en el que se compendia en un mismo cuerpo normativo los códigos sustantivo, adjetivo y de ejecución penal, todos ellos de trascendental importancia para el funcionamiento del sistema penal, el mismo que cobrará plena vigencia desde el próximo 10 de agosto de este año, aunque ya están vigentes y aplicándose a todo nivel, las normas procesales que se refieren a la realización de las audiencias.

Refiriéndonos al procedimiento penal, debemos indicar que en el año 2000, se introdujo un cambio fundamental, con relación al adjetivo penal de 1983, pasando del sistema inquisitivo, al actual sistema acusatorio oral; destacando que la norma constitucional de 2008 establece: *“que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”*.

Con relación a otras materias, la penal es la más avanzada en la aplicación de la oralidad, ya que lo venimos haciendo en todo el proceso, iniciando con las audiencias de flagrancia o formulación de cargos, en la instrucción fiscal, en la etapa intermedia, en el juicio y en la impugnación.

Recién con el Código Orgánico Integral Penal, se define a la prueba, estableciéndose que *“tiene por finalidad llevar a la o el juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada”*; lo que no se hizo en ninguna de las 14 reformas o modificaciones que sufrió el procedimiento penal del 2000, ya que únicamente se refería a la valorización de la prueba.

La norma constitucional del Ecuador, en el artículo 76,3, se refiere al principio de legalidad, indicándose que *“nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”*; cuya norma está prevista en el Código Orgánico Integral penal, en el artículo 5.1, cuando se refiere a los principios procesales, indicando que el derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirán por los principios...

1.- Legalidad: estableciéndose, *“que no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla”*.

La actividad probatoria, está regulada por lo dispuesto en el artículo 76,4 de la Constitución de la República, señalando *“que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”*; disposición constitucional que es el marco fundamental que regula la forma en la que se obtiene y actúa la prueba, así como la normativa de los Tratados Internacionales, aprobados y ratificados por el Ecuador, por la Declaración de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y otros documentos que forman parte del Derecho Penal Internacional, que también sirven como fuente obligatoria para su aplicación en el país.

La disposición constitucional antes señalada, también se refiere al principio de la exclusión de la prueba ilícita, con la finalidad de precautelar las normas del debido

proceso, ya que la prueba que vulnera dichas garantías, entre otras el derecho a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, la inviolabilidad de la correspondencia, no pueden ser considerados como tal y constituyen lo que en doctrina se conoce como “fruto del árbol envenenado”.

El profesor español Manuel Miranda Estrampres, citado por el Dr. Alfonso Zambrano en su obra *La Prueba Ilícita*, dice: ... “En la teoría de la prueba ilícita está siempre latente el conflicto entre la averiguación de la verdad y la defensa de los derechos fundamentales de las personas. Para la solución de dicho conflicto cobra protagonismo la fase acuñada por el Tribunal Supremo Alemán, (B.G.H.) de que “la verdad no puede obtenerse a cualquier precio”, esto es, de que no todo es válido en la obtención de la verdad, sino que deben cumplirse las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo o equitativo (proceso debido) reconocido en los textos internacionales de derechos humanos (Art. 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos, y Art. 8 Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica). El derecho a la presunción de inocencia reconocido también en los textos internacionales de derechos fundamentales y en las Constituciones nacionales, exige en su consideración como regla probatoria, que únicamente puedan ser tenidas en cuenta a los efectos de formar la convicción acerca de los hechos objeto de enjuiciamiento en un proceso penal, aquellas pruebas obtenidas y/o practicadas con respeto de los derechos humanos fundamentales y las garantías procesales...”.

También el Código Orgánico Integral Penal, señala que el anuncio y la práctica de la prueba se regirá por los principios de oportunidad, intermediación, contradicción, libertad probatoria, pertinencia, exclusión y el principio de igualdad de oportunidades para la prueba,; ya que debe ser anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria del juicio y se practicará únicamente en la audiencia de juicio; debiendo los juzgadores y las partes procesales estar presentes en la práctica de la prueba, teniendo derecho a conocerlas oportunamente y a controvertirlas en la audiencia de juicio, incluso las testimoniales anticipadas; pudiendo probarse, por cualquier medio todos los hechos y circunstancias del caso, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y demás normas jurídicas; ya que las pruebas se admiten a solicitud de la Fiscalía General del Estado o de los demás sujetos procesales,. Mientras que el juzgador, decidirá sobre su admisión y sólo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la ley.

Las pruebas deberán referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias de la infracción y sus consecuencias, así como a la responsabilidad del procesado; y, dependiendo del momento procesal, toda prueba o elemento de convicción, obtenido con violación a los derechos establecidos en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal y no se admitirán los medios de prueba que se refieran a conversaciones que haya tenido el fiscal, con el procesado o su defensa, en el desarrollo de los preacuerdos; debiendo el juzgador garantizar la efectiva igualdad material y formal de los intervinientes en el desarrollo de las actuaciones procesales.

La doctrina señala que existen diversas categorías de pruebas, que son las producidas ante el juez, con la contradicción de las partes y son el sustento del fallo; mientras que los medios de prueba, son los instrumentos a través de los cuales las pruebas son llevadas al conocimiento del juez; los medios de búsqueda de las pruebas, son los actos investigativos que llevan a adquirir las fuentes de prueba; y las éstas (las fuentes de pruebas) son los elementos adquiridos en el curso de la investigación, que obligan a las partes a demandar su admisión, las que transforman ante el juez en medios de prueba.

Las normas que contempla el COIP, viabiliza la utilización de medios tecnológicos, especialmente del video, ya que brinda a la Fiscalía y al “*Sistema especializado integral de investigación de medicina legal y ciencias forenses*”, que se encuentra bajo su dirección, todas las facilidades para la obtención de medios de prueba, a través de canales virtuales; refiriéndose en muchos de los artículos de la parte adjetiva a la forma en la que deben ser recabados, ya que cuando se refiere a las “*actuaciones y técnicas especiales de investigación*”, señala varias reglas, que son nuevas en nuestro ordenamiento procesal penal, como el hecho de que las diligencias de investigación deberán ser registradas en medios tecnológicos y documentales, para preservar su realización y formarán parte del expediente fiscal, los mismos que servirán para formular cargos o para la acusación en el juicio.

También se refiere a la “*cadena de custodia*”, que debe aplicarse para garantizar la autenticidad de los elementos físicos o contenido digital en materia de prueba, debiendo con dicha cadena de custodia acreditarse su identidad, estado original, sus condiciones, las personas que intervinieron en su recolección, envío, manejo, análisis y conservación de los elementos, incluyéndose los cambios hechos por cada

custodio; ya que para la valoración de la prueba, se tomará en cuenta la legalidad, autenticidad, el sometimiento a la cadena de custodia, y el grado de aceptación científica.

La utilización de medios tecnológicos, también está permitida para la “identificación personal del investigado”, cuando deba hacerlo la víctima o un tercero; ya que además de la identificación que deba hacerlo, poniendo a mínimo diez personas de similares características, también se podrá realizar mediante la presentación de fotografías o videos, la que se presentará e incorporará en la audiencia de juzgamiento.

Respecto a las comunicaciones personales, no se podrán grabar o registrar, por cualquier medio las comunicaciones personales de terceros, sin que ellos hayan conocido y autorizado dicha grabación; porque la información obtenida ilegalmente carecerá de todo valor jurídico, lo que en doctrina se llama: “fruto del árbol envenenado”; y los riesgos, daños y perjuicios que se generen para las personas involucradas, serán imputables a quien forzó la revelación de la información.

Como lo indicaba el actual 155 del Código de Procedimiento Penal, el COIP señala: *“que no se requiere autorización judicial para las grabaciones de audio, imágenes de video o fotografía, relacionadas a un hecho constitutivo de infracción, cuando son registradas de modo espontáneo al momento mismo de su ejecución, por los medios de comunicación, por cámaras de vigilancia o seguridad, por cualquier medio tecnológico, por particulares en lugares públicos y de libre circulación o en los casos en que se divulguen grabaciones de audio o video obtenidos por uno de los intervinientes, en cuyo caso se requerirá la preservación de la integridad del registro de datos para que la grabación tenga valor probatorio”*.

En estos casos, indica el COIP; que las grabaciones se pondrán inmediatamente a órdenes del fiscal, en soporte original y sirven para incorporarlos a la investigación e introducirlos al proceso; y, de ser necesario, el fiscal, dispondrá la transcripción de la parte pertinente o su reproducción en la audiencia de juicio. Lo que quiere decir, que cuando la grabación no sea espontánea o se la realice en lugares privados se necesitará la autorización judicial.

Sobre la “Retención de la correspondencia”, física, electrónica o de cualquier otro tipo o forma de comunicación es inviolable; pero el juzgador, podrá autorizar al fiscal, previa solicitud motivada, que retenga, abra o examine la correspondencia, cuando haya suficiente evidencia para presumir que la misma tiene alguna infor-

mación útil para la investigación; para lo cual se notificará previamente al interesado y con su concurrencia o no, se leerá la correspondencia o el documento, en forma reservada, informando del particular a la víctima y al procesado o su defensor público o privado; la diligencia se realizará aunque no acudan los sujetos procesales, quienes serán reemplazados por dos testigos; pero todo los que intervengan deben guardar reserva.

Si la correspondencia u otros documentos están relacionados con la infracción que se investiga, se los agregará al expediente fiscal, después de rubricados; pero en caso contrario, se los devolverá al lugar de donde fueron tomados o entregados al interesado. Si se trata de escritura en clave o en otro idioma, inmediatamente se ordenará su desciframiento por peritos en criptografía o su traducción.

El juez es el que autoriza al fiscal, el reconocimiento de las grabaciones, videos, datos informáticos, fotografías, discos u otros medios análogos o digitales; con la intervención de dos peritos que juren guardar reserva y el fiscal, en audiencia privada, procederá a la exhibición de la película o a escuchar el disco o la grabación y a examinar el contenido de los registros informáticos, pudiendo asistir las partes y también mantendrán reserva.

Respecto a la “intercepción de comunicaciones o datos informáticos”, el juez los podrá ordenar, previa solicitud fundamentada del fiscal, cuando existan indicios que resulten relevantes para la investigación; pero deberá indicar cual comunicación se deberá interceptar y el tiempo de la misma, que no podrá ser mayor al plazo de 90 días; pero se podrá prorrogar dicho plazo, por un tiempo igual y por una sola vez, siempre y cuando exista solicitud motivada.

Cuando se trate de investigaciones de delincuencia organizada y sus delitos relacionados, la intercepción se podrá autorizar hasta por un plazo de 6 meses, prorrogables por otros 6 meses más; y, toda la información que se obtenga, que esté relacionada con la investigación, se utilizará en el proceso, debiendo guardar silencio sobre lo que no es motivo de los hechos.

Previa autorización del juez, el fiscal, podrá realizar la intercepción y registro de los datos informáticos en transmisión a través de los servicios de telecomunicaciones como: telefonía fija, satelital, móvil e inalámbrica, con sus servicios de llamadas de voz, mensajes SMS/ MMS, transmisión de datos y voz sobre IP,

correo electrónico, redes sociales, videoconferencias, multimedia, entre otros, cuando el fiscal lo considere indispensable para comprobar la existencia de una infracción o la responsabilidad de los partícipes.

También se indica en el COIP, que está prohibida la interceptación de cualquier comunicación protegida por el derecho a preservar el secreto profesional y religioso, estableciéndose que las actuaciones procesales que violenten esta garantía carecen de eficacia probatoria, sin perjuicio de las respectivas sanciones. De igual manera quedan prohibidas la interceptación, grabación y transcripción de comunicaciones que vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes, especialmente en aquellos casos que generen la revictimización en infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, sexual, física, psicológica y otros.

Al proceso solo se introducirá de manera textual la transcripción de aquellas conversaciones o parte de ellas que se estimen útiles o relevantes para los fines de la investigación; no obstante, el procesado, podrá solicitar la audición de toda la grabación, cuando lo considere apropiado para su defensa.

Cuando en el transcurso de la interceptación se conozca del cometimiento de otro delito, se lo comunicará al fiscal, para el inicio de la investigación correspondiente; pero en el caso de constituir delito flagrante se procederá conforme lo indica el COIP para la flagrancia.

El personal de las prestadoras de servicios de telecomunicaciones, así como las personas encargadas de interceptar, grabar y transcribir las comunicaciones o datos informáticos, tendrán la obligación de guardar reserva sobre su contenido, salvo cuando se los llame a declarar en juicio.

El Código Orgánico Integral Penal, señala que los medios de prueba son: el **Documento**, el **Testimonio** y la **Pericia**; refiriéndose al documento, dispone que el fiscal o el defensor público o privado podrán requerir informes sobre datos que consten en registros, archivos, incluyendo los informáticos, que se valorarán en juicio; definiendo el “*contenido digital*”, como todo acto informático que represente hechos, información o conceptos de la realidad, almacenados, procesados o transmitidos por cualquier medio tecnológico que se preste a tratamiento informático, incluidos los programas diseñados para un equipo tecnológico aislado, interconectado o relacionados entre sí.

La investigación para obtener la información digital se la realizará a través de técnicas digitales forenses, ya sea para su análisis, valoración, recuperación y presentación, cuando se encuentren almacenados en sistemas y memorias volátiles, o equipos tecnológicos que formen parte de la infraestructura crítica del sector público o privado, debiendo realizarse su recolección en el lugar y tiempo real, para preservar su integridad, aplicando la cadena de custodia y con ello posibilitando su posterior valoración y análisis de contenido; de igual manera se realizará cuando se encuentre almacenado en medios no volátiles.

Cuando se recolecte cualquier medio físico que almacene, procese o transmita contenido digital durante una investigación, registro, allanamiento, se deberá identificar e inventariar cada objeto individualmente, fijará su ubicación física con fotografías y un plano del lugar, se protegerá a través de técnicas digitales forenses y se trasladará mediante cadena de custodia a un centro de acopio especializado.

Cuando el COIP trata sobre la prueba testimonial, establece que ésta se practicará en la audiencia de juicio ya sea en forma directa o a través de videoconferencia, con excepción de los testimonios anticipados; y, las personas llamadas a declarar, que se encuentren en situación de riesgo, a más de tener derecho a ser resguardadas, el testimonio lo podrá realizar a través de medios tecnológicos o de caracterización que aseguren su integridad; y las versiones o testimonios de niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores, se las realizará ante el juzgador, teniendo derecho a que se la haga en forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo; debiendo utilizarse para dicho efecto, los elementos técnicos como: circuitos cerrados de televisión, videoconferencia o similares, por una sola vez, ya que se incorporará como prueba la grabación de la declaración en la audiencia de juicio.

También en el testimonio que deba rendir la víctima, previa justificación, se podrá solicitar al juez, que se le permita hacerlo evitando la confrontación visual con el procesado, a través de videoconferencia, cámara de Gesell u otros medios apropiados, sin que por ello se impida el derecho a contrainterrogar.

Cuando en la investigación intervengan peritos internacionales, sus informes podrán ser incorporados como prueba, a través de testimonios anticipados o podrán ser receptados mediante videoconferencia.

El COIP, también señala las reglas para la obtención e investigación de los delitos cometidos mediante los medios de comunicación social, debiendo solicitarse como exhibición previa, es decir, antes del ejercicio de la acción penal, al director, editor, propietario o responsable del medio de comunicación, que informe el nombre del autor o responsable del escrito, enviando una copia del mismo y la remisión de las filmaciones, videocintas o las grabaciones de sonidos.

Entre las medidas cautelares, que puede dictar el juez, para asegurar la presencia de la persona procesada, se encuentra el dispositivo de vigilancia electrónica, que lo puede ordenar con la prohibición de ausentarse del país, la obligación de presentarse periódicamente y el arresto domiciliario, en este último caso será obligatorio el uso del dispositivo, que servirá para garantizar el cumplimiento efectivo de las medidas de protección, señaladas en el artículo 558 del COIP; la utilización del dispositivo la ordenará el juzgador, con la ayuda de la Policía Nacional, pero de considerarlo necesario, a petición de parte, también se podrá ordenar el uso de estos dispositivos electrónicos a favor de la víctima, testigo u otro participante en el proceso, disponiéndose también su ingreso al Sistema nacional de protección y asistencia a víctimas, aun cuando el fiscal no lo disponga previamente.

Respecto a las normas generales para la realización de las audiencias, se destaca la oralidad, disponiéndose que sea el Consejo de la Judicatura, el que lleve un archivo, en medios técnicos adecuados de todas las audiencias realizadas; ya que vamos camino al proceso electrónico.

También se podrá realizar audiencias telemáticas, por videoconferencia o mediante la utilización de otros medios similares, por razones de cooperación internacional, seguridad o utilidad procesal y en aquellos casos en los que sea imposible la comparecencia de quien deba intervenir en la audiencia, siempre con la previa autorización del juez, para lo cual el dispositivo de comunicación de audio y video, debe permitir al juez, observar y establecer comunicación oral y simultánea con el procesado, la víctima, el defensor público o privado, el fiscal, perito, testigos y los asistentes a la audiencia, ya que las audiencias telemáticas podrán ser presenciadas por el público, excepto en los casos que exista una medida de restricción a la publicidad.

La comunicación en estas audiencias realizadas por canales virtuales, debe ser real, directa y fidedigna, tanto de imagen, como de sonido, debiendo el juzgador adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho a la defensa y el principio de contradicción; destacando que en la Corte Nacional, en los últimos dos años, hemos realizado 80 audiencias a través de videoconferencia, enlazándonos con casi todas las provincias del país, permitiendo de esta forma el traslado de las partes procesales, incluido el procesado, hasta la sede de la Corte Nacional, para la realización de audiencias de casación o revisión penal y para los hábeas corpus.

Respecto al proceso, las normas del COIP, establecen que será físico y electrónico, conteniendo en el primero, todos los documentos que deben reducirse a escrito y los registros de la realización de las actuaciones orales, pero no el contenido de las mismas. Mientras que en el expediente electrónico se archivarán todos los documentos que pueden ser transmitidos electrónicamente y todas las diligencias que se han reducido a escrito o que se reciben por escrito, las mismas que serán digitalizadas y administradas en una misma base de datos, en línea y a cargo del Consejo de la Judicatura.

También se ha señalado las reglas para el registro electrónico de actos procesales, ya que se sentará “razón electrónica”, de todas las diligencias, actuaciones y audiencias en cada etapa procesal; se emplearán todos los medios técnicos idóneos, para el registro y reproducción fidedigna de lo actuado, con el fin de que estén al alcance de las partes procesales, de preferencia grabaciones digitales y comunicaciones electrónicas.

Todas las audiencias deberán ser registradas íntegramente, por cualquier medio de grabación digital, de preferencia video y se mantendrán en archivo digital; y, al finalizar una audiencia se sentará una razón en la que conste el número del expediente, fecha, lugar, nombre de los sujetos procesales, la duración de la misma y la decisión adoptada, todo lo cual será ingresado junto con el registro de las audiencias al expediente físico y digital.

Durante la investigación previa y la instrucción, la conservación y archivo de los registros serán responsabilidad del fiscal, y posteriormente los registros estarán a cargo del servidor judicial del manejo y custodia de expedientes en la unidad judicial; pero luego de concluido el juicio y agotado los recursos, el expediente físico y digital se conservarán en el archivo general del juzgado, con las excepciones de ley.

Según la décima octava disposición transitoria, con la que se publica el COIP, concede el plazo de 150 días (hasta Julio de este año), para que el Consejo de la Judicatura establezca un sistema de correo electrónico exclusivo para las notificaciones electrónicas en los procesos judiciales; y, los servidores judiciales, sin perjuicio de la notificación física, estarán obligados a notificar por este medio electrónico las providencias, resoluciones, actos administrativos, decretos, autos y sentencias, sancionándose su incumplimiento; y en 90 días el Consejo, deberá asignar los recursos humanos y económicos para poner en funcionamiento las disposiciones contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, inclusive en lo que respecta al archivo de los medios técnicos de las audiencias, entre otras.

También se crea el Sistema único de coordinación de audiencias y diligencias, compuesto por un sistema informático integrado y personal técnico asignado para cada uno de los órganos que participan en el proceso que permita la coordinación eficaz, entre los sujetos, partes y órganos auxiliares para el cumplimiento oportuno de las audiencias y diligencias procesales, para que se puedan cumplir los plazos en las diferentes etapas del proceso.

De esta forma hemos sintetizado las nuevas realidades del derecho procesal penal, contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, con las diferentes formas de utilización de los canales virtuales en el proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

Botero Cardona, Martín Eduardo. El Sistema Procesal Penal Acusatorio. El Justo Proceso. Estructura y Funcionamiento. Editores Ara – 2009.

Código Orgánico Integral Penal. Suplemento del Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero de 2014.

Peña Cabrera Freyre, Alfonso Raúl. Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio Teoría del Caso y Técnicas de Litigación Oral. Tomo I. Editorial Rodhas – Perú, 2011.

Zavala Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III, Editorial Edino – Ecuador, 2004.

Zambrano Pasquel, Alfonso. La Prueba Ilícita. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones – Ecuador, 2009.

Actividad Probatoria y Principio de Inmediación en Materia Laboral

Dr. Johnny Aylluardo

1. INTRODUCCIÓN

Aunque pudiera resultar redundante, es necesario, en estos tiempos de globalización, del desbordante espacio de las telecomunicaciones y del alucinante mundo de las tecnologías, recordar que El Derecho al Trabajo, no sólo se desprende de la obligación social del trabajo, sino que se origina de otros derechos, como el de la propia subsistencia y el sostenimiento familiar.

El derecho a la vida requiere de la necesidad de trabajar y, por consiguiente, nace el derecho al trabajo. De allí que ha sido consagrado tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como en la Constitución del Ecuador; textos en los que se establece tanto la regulación de la relación laboral, como la búsqueda del pleno empleo y la protección de los trabajadores. El mundo del que disfrutamos hoy, no hubiera sido posible sin el esfuerzo de millones de trabajadoras y trabajadores del mundo.

Por otro lado, es pertinente precisar que "La actividad probatoria, en general, puede definirse como el conjunto de declaraciones de voluntad, de conocimientos o declaraciones intelectuales, reguladas legalmente y producidas por los intervinientes

en el proceso, con la finalidad de adquirir un conocimiento sobre la materialidad del objeto procesal, y sobre sus consecuencias penales y eventualmente civiles"¹

En el presente ensayo intentaré abordar el tema planteado no solo desde el contenido de los principios del derecho del trabajo y sus principios procesales, sino también comentaré brevemente sobre la función que deben cumplir los principios procesales dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, pues, al parecer, existiría una acusación de vetustez de los mismos, al quedar subordinados a los principios generales del Derecho Constitucional, tales como el de legalidad, igualdad ante la ley (igualdad de armas), no discriminación, etc.

2. DESARROLLO

A. BREVE DESCRIPCIÓN DEL CONTENIDO DE LOS FUNDAMENTALES PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL ECUATORIANO

A.1) Principios del Derecho del Trabajo.

a) Principio Protector:

El principio Protector también es denominado “de favor”, partiendo del reconocimiento de que la relación social –que el Derecho del Trabajo pretende regular jurídicamente- traduce una marcada desigualdad socio-económica de carácter estructural entre el empleador, dueño de los medios de producción, y el trabajador, aportante de la fuerza de trabajo, el principio Protector procura atenuarla, introduciendo desigualdades jurídicas compensatorias en favor del trabajador, es por eso que el principio Protector es fundamental, de donde se desprenden otros principios que también apuntan a proteger al trabajador. Como bien lo señala Américo Plá, el principio Protector constituye “el núcleo central y básico del sistema”, y se expresa a través de los siguientes principios operativos:

- La regla *In dubio Pro operario*;
- La aplicación de la norma más favorable; y De la prueba que se ordena diligenciar.

¹ ARBULU MARTINEZ, Víctor; “La Prueba en el Código Procesal Penal de 2004”; IDEMSA, Pág. 152.

- La regla de la condición más beneficiosa.

El principio supone:

- 1.- Que hay dos normas aplicables para una misma situación o caso, y
- 2.- Que hay dos interpretaciones posibles para una misma norma.

En cualquiera de los dos casos, hay que aplicar aquella norma o interpretación que favorezca efectivamente el ejercicio de derechos. En general, el derecho siempre es interpretable. Este fenómeno se produce porque las normas se expresan a través del lenguaje y las palabras tienen múltiples sentidos en sí mismas, y estos se multiplican en el contexto. Cada palabra tiene más de un significado, y basta ver un diccionario de sinónimos; cada palabra adquiere sentido en una frase; cada palabra cobra sentido, incluso, en un contexto histórico, social y cultural. El derecho es por esta razón interpretable.

- **La Regla "*In Dubio Pro Operario*":**

Existiendo varios sentidos posibles en una determinada norma, el Juez o el intérprete, para elegir uno de ellos, utilizará el criterio que le permita determinar aquel sentido que sea más favorable al trabajador.

Algunos tratadistas del derecho laboral consideran que esta regla debe ser aplicada solo cuando exista una duda sobre el alcance de la norma legal y siempre que no esté en pugna con la voluntad del legislador, mas resulta a veces imposible determinar tal voluntad, sobre todo cuando las normas obedecen a situaciones históricas distintas a las que van presentándose dinámicamente en el contexto de las relaciones laborales actuales.

La Constitución vigente, respecto a los derechos y garantías constitucionales, ha establecido claramente que “las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”.

- **La Regla de la Norma más Favorable:**

Al contrario de la anterior regla, en la que existe una sola norma con varios sentidos posibles, como lo dice el maestro Américo Plá, en esta se presume la existencia

de más de una norma aplicable a un caso determinado, frente a lo cual se debe optar por la que sea más favorable al trabajador, aunque en aplicación de la jerarquía normativa no sea aquella que hubiera debido aplicarse.

Aquí se trata de resolver un conflicto de normas que se produce cuando dos o más de éstas regulan simultáneamente el mismo hecho, de modo incompatible entre sí. En tal situación, el problema central es el de seleccionar la norma aplicable. Este es un tema planteado en la teoría general del Derecho que propone tres criterios para determinar la norma aplicable que son: la jerarquía de la norma, la especialidad de la norma y la temporalidad de la misma. Así cuando dos normas regulen incompatiblemente el mismo hecho, debe escogerse a la que conceda mayores ventajas para el trabajador.

Este principio lo encontramos incorporado en el artículo 7 del Código del Trabajo, que manifiesta: “En caso de existir duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el más favorable al trabajador.

- **La Regla de la condición más beneficiosa:**

El principio de Condición más Beneficiosa, por lo general es de carácter contractual. Conforme al mismo los sujetos del contrato de trabajo pueden de mutuo acuerdo, o por decisión unilateral del empresario, establecer condiciones de trabajo, más favorables que las establecidas en las normas legales y convenciones reguladoras de una concreta relación de trabajo, prevaleciendo las primeras sobre éstas. El fundamento está en la consideración de que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos.

Pero el problema de la condición más beneficiosa, no solamente se da en el ámbito contractual, sino también en la sucesión de normas legales cuando se recurre a una derogación y a la modificación de la norma. Una nueva norma de carácter laboral no puede disminuir las condiciones favorables existentes anteriormente en una condición concreta, la que, en la medida que favorece al trabajador, debe ser reconocida y respetada. Este principio tiene relación con el principio de Progresividad y el de No Regresividad. El complemento más importante del principio de

Progresividad es la prohibición de regresividad que proscribe desandar lo avanzado en las condiciones establecidas para el goce efectivo de los derechos. Al respecto se establece que: “será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de derechos,” es decir, que el principio Protector, se encuentra muy relacionado con el principio de Progresividad, con el cual no se pueden disminuir los derechos ya ganados por el trabajador.

b) Principio de Irrenunciabilidad de Derechos:

Se trata de la imposibilidad legal del trabajador a renunciar a los derechos establecidos a su favor. El Art. 326, numeral 2 de la Constitución señala: “Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario”. *Ibidem* el Art. 4 del Código de Trabajo. En Derecho Laboral, se conoce como principio de Irrenunciabilidad de Derechos a aquel que limita la autonomía de la voluntad para ciertos casos específicos relacionados con los contratos individuales de trabajo.

Bajo este principio, el trabajador está imposibilitado de privarse, voluntariamente, de las garantías que le otorga la legislación laboral, aunque sea por beneficio propio. Lo que sea renunciado está viciado de nulidad absoluta. La autonomía de la voluntad no tiene ámbito de acción para los derechos irrenunciables.

c) Principio de Intangibilidad de Derechos:

El principio constitucional que garantiza la intangibilidad de los derechos laborales, nace en virtud de la necesidad de proteger los derechos que los trabajadores han logrado a través de los tiempos.

d) Principio de la Primacía de la Realidad:

Este principio implica que en caso de discordancia entre lo que surja de documentos o acuerdos escritos y lo que ocurre en la práctica, se prefiere lo último.

Como hemos venido exponiendo, aceptamos que siendo el contrato de trabajo una relación mutable, se encuentra sujeta a cambios o variaciones que muchas veces no quedan por escrito; de ahí que lo que originalmente se pactó pueda perfectamente variar con el transcurso del tiempo.

También debemos aceptar que el quehacer del hombre en la vida moderna se modifica más rápido de lo que pueden ir variando las normas, contratos o reglas; no podemos por lo tanto hacer depender ese quehacer de formas rígidas y estrictas como son los contratos, y esto es aún más evidente en el campo laboral en el que se conjugan aspectos tan variados como la necesidad de empresa, el desarrollo tecnológico, etc. De ahí nace la expresión jurídica de que el contrato laboral es un contrato realidad.

El contrato laboral depende más de una situación objetiva (cumplimiento de la prestación de servicios) que de una situación subjetiva. El contrato existe no por el mero acuerdo de voluntades sino de la realidad de la prestación por encima de las formas o acuerdos jurídicos a los que las partes hayan llegado. Por ejemplo, un empleador y un trabajador pueden suscribir un contrato de servicios profesionales, donde el primero disminuye sus obligaciones bajo el amparo de ese contrato. Sin embargo, comprobada que la realidad de la relación es la de un contrato individual de trabajo convencional, se aplicarán las reglas de este.

B: SECUENCIA DEL PROCESO LABORAL ECUATORIANO

Teniendo como punto de partida que las controversias individuales de trabajo se sustancian mediante procedimiento oral, para poder situar los momentos procesales existentes en el procedimiento laboral ecuatoriano, hay que identificar en líneas generales los siguientes:

- i) Presentación, calificación y citación de la demanda.
- ii) Audiencia Preliminar.
- iii) Audiencia Definitiva.
- iv) Sentencia.
- v) Impugnación (apelación para ante el superior)
- vi) Evacuación de pruebas de oficio.
- vii) Sentencia en mérito de los autos.
- viii) Recurso extraordinario de Casación.

Para desarrollar el tema propuesto nos vamos a situar específicamente en dos puntos: la audiencia preliminar y la audiencia definitiva, por ser los momentos precisos donde la actividad probatoria se desarrolla progresiva y preclusivamente.

B1. Etapa de proposición y/o admisión probatoria:

El Código del Trabajo vigente determina que es en la audiencia preliminar donde las partes procesales pueden y deben formular sus pruebas, haciendo uso de todos los medios de prueba que consideren oportunos para la defensa de sus intereses. El Juez, debe controlar que los medios de prueba ofrecidos se sustenten en criterios de pertinencia, conducencia y utilidad.

Esta etapa, la de la Audiencia Preliminar, a su vez, está compuesta por tres fases:

a) Conciliación:

El juez procurará un acuerdo entre las partes que, de darse, será aprobado por esta autoridad en el mismo acto, mediante sentencia que causará ejecutoria.

Las opiniones o gestiones del juez que interviene para procurar un acuerdo de las partes, no podrán servir de fundamento para ninguna acción en su contra.

b) Contestación a la demanda:

Si no fuere posible la conciliación, en esta audiencia el demandado contestará la demanda. Sin perjuicio de su exposición oral, el demandado deberá presentar su contestación en forma escrita.

c) Formulación de pruebas:

En esta misma audiencia las partes solicitarán la práctica de pruebas, tales como:

- Prueba documental (que pretendiera la parte hacer valer, la cual será agregada al proceso)
- Prueba instrumental (si las partes no dispusieren de algún documento o instrumento, deberán describir su contenido indicando con precisión el lugar exacto donde se encuentra y la petición de adoptar las medidas necesarias para incorporarlo al proceso)

- La confesión judicial
- El juramento diferido
- Declaración de testigos (las declaraciones serán recepcionadas en la audiencia definitiva)
- La inspección judicial,
- La exhibición de documentos,
- Los peritajes, y
- Cualquier prueba que las partes estimen pertinentes, en cuyo caso el juez señalará en la misma audiencia el día y hora para la práctica de esas diligencias, que deberán realizarse dentro del término improrrogable de veinte días. Quien solicite la práctica de estas pruebas deberá fundamentar su pedido en forma verbal o escrita ante el juez en la misma audiencia. Para su realización habrá un solo señalamiento, salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente calificados por el juez de la causa.
- Constituyen prueba legal los informes y certificaciones de las entidades públicas, de las instituciones de derecho privado con finalidad social o pública y de los bancos; pero cualquiera de las partes podrá solicitar, a su costa, la exhibición o inspección de los documentos respectivos.
- El juez de oficio, podrá ordenar la realización de pruebas que estime procedentes para establecer la verdad de los hechos materia del juicio y el juez tendrá plenas facultades para cooperar con los litigantes para que éstos puedan conseguir y actuar las pruebas que soliciten.

d) Reconvencción:

Eventualmente, puede ocurrir que el demandado pueda reconvenir o contrademandar al actor, en la audiencia preliminar, pues el trámite laboral lo permite, en ese caso, esta acción es procedente siempre que se trate de reconvencción conexas y el reconvenido podrá contestarla en la misma diligencia. La reconvencción se tramitará dentro del mismo proceso, observando los mismos términos, plazos y momentos procesales de la demanda principal; será resuelta en sentencia, sin que por ello se altere el trámite de la causa.

B2. Etapa de actuación probatoria:

Igualmente, el Código del Trabajo señala que las pruebas formuladas o anunciadas en la audiencia preliminar, serán evacuadas en la audiencia definitiva; esta etapa se constituye, verdaderamente, en la etapa del juicio, se procede oralmente, y, aunque no se ha determinado un orden legal taxativo, este debe seguir un orden lógico establecido por el Juez, para que pueda extraer, aprehender y asimilar, sensorialmente, todo el caudal de información deseado, que conduzca a la búsqueda de la verdad.

a) Fase de evacuación de las pruebas:

En esta etapa no se puede ofrecer pruebas que no se hubieran anunciado con anterioridad en la audiencia preliminar, a efectos de evitar que se presenten pruebas sorpresas que pudieran dejar en indefensión a la contraparte.

La audiencia definitiva será pública, presidida por el juez de la causa con la presencia de las partes y sus abogados, así como de los testigos que fueren a rendir sus declaraciones.

De haberse solicitado confesión judicial o declaración de testigos, las preguntas realizadas al confesante o a los testigos no podrán exceder de treinta, debiendo referirse cada pregunta a un solo hecho, serán formuladas verbalmente y deberán ser calificadas por el juez al momento de su formulación, quien podrá realizar preguntas adicionales al confesante o declarante.

Los testigos declararán individualmente y no podrán presenciar ni escuchar las declaraciones de las demás personas que rindan su testimonio y una vez rendida su declaración, abandonarán la sala de audiencias. Las partes podrán repreguntar a los testigos.

La inasistencia a la audiencia de una de las partes no impide su realización, y en ese caso se procederá en rebeldía y este hecho se tomará en cuenta al momento de dictar sentencia para la fijación de costas.

La declaratoria de confeso de uno de los contendientes deberá entenderse que las respuestas al interrogatorio formulado fueron afirmativas en las preguntas que no contravinieren la ley, a criterio del juez, y se refieran al asunto o asuntos materia del litigio.

Idéntica presunción se aplicará para el caso de que uno de los litigantes se negare a cumplir con una diligencia señalada por el juez, obstaculizare el acceso a documentos o no cumpliera con un mandato impuesto por el juez, en cuyo caso se dará por cierto lo que afirma quien solicita la diligencia.

b) Fase de alegaciones:

Receptadas las declaraciones en la audiencia, las partes podrán alegar en derecho. Las alegaciones deben dar cuenta del mundo procesal, debiéndose usarse las técnicas de la oratoria forense y de la argumentación jurídica. Debe procurarse incidir en la convicción del juez.

B3. Etapa de valoración probatoria y de resolución:

Una vez concluida la audiencia definitiva, el Juez, conforme a las reglas del sistema de la sana crítica, en el término de diez días debe dictar sentencia, en la que debe resolver todas las excepciones dilatorias y perentorias señaladas en la contestación a la demanda.

B4. Aspectos relativos al proceso laboral:

a) diferimiento de la audiencia:

Esta audiencia podrá ser diferida por una sola vez, a pedido conjunto de las partes, por un término máximo de cinco días. Antes de concluir la audiencia preliminar, el juez señalará día y hora para la realización de la audiencia definitiva que se llevará a cabo en un término no mayor de veinte días, contado desde la fecha de realización de la audiencia preliminar.

b) suspensión de la audiencia:

El juez tiene facultad de suspender las audiencias única y exclusivamente por fuerza mayor o caso fortuito, que deberán ser debida y suficientemente justificadas y fundamentadas.

c) inasistencia del demandado:

Si no asiste el demandado a la audiencia preliminar se tendrá como negativa pura

y simple de los fundamentos de la demanda y se procederá en rebeldía, situación que será considerada para el pago de costas judiciales.

d) registro de las actuaciones judiciales:

De lo actuado en las audiencias se deja constancia en las respectivas actas sumarias y se respaldan con las grabaciones magnetofónicas y sus respectivas transcripciones, así como de otros medios magnéticos, las mismas que serán agregadas al proceso.

e) facultades de prueba de oficio:

Los tribunales de última instancia podrán ordenar, de oficio, las diligencias que creyeren necesarias para esclarecer los puntos controvertidos, inclusive llamando a declarar a los testigos nominados por las partes en primera instancia, y que no hubieren declarado antes.

C) LOS PRINCIPIOS PROCESALES SEGÚN LA ACTUAL CONSTITUCIÓN

Hay que tener en cuenta que [El] grueso de las constituciones actuales –además de su conocida función de ser la fuente suprema del derecho público– también se han erigido en el principal motor de los cambios de todo el ordenamiento jurídico, en la medida en que los principios, reglas y valores que se desprenden de la parte dogmática de las mismas irradian a todo el derecho, incluido, como es apenas obvio, al procesal, es el resultado de un derecho constitucionalizado en el que el sistema se satura mediante los principios constitucionales y ningún conflicto jurídico deja de encontrar en ellos su solución.²

Dentro del conjunto de principios que rigen la administración de justicia, en la Constitución de 2008, encontramos, de manera específica, el previsto en el artículo 168.6, que señala:

² CHAUMET, Mario; MEROI, Andrea, ¿Es el derecho un juego de los jueces? (notas sobre Estado constitucional, principios y reglas, iura novit curiae y garantía del contradictorio).

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

Complementariamente, el artículo 169 de la misma Constitución establece que:

“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”

Enunciado el marco constitucional que configura todo el sistema procesal en la administración de justicia ecuatoriana, es pertinente, también, hacer referencia lo previsto en la primera parte de su artículo 1, puesto que, en cambio, este dimensiona toda la estructura del Estado:

“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, (...)”

Ahora bien, lo primero que hay que resaltar del contenido de los elementos del referido artículo, son los siguientes aspectos determinantes para todo el derecho procesal, particularmente, para el laboral:

C.1) Los principios de concentración, contradicción y dispositivo:

La constatación inicial es que estos tres principios envuelven también al procesalismo laboral, en cuanto a la forma en que deben ser sustanciadas dichas causas. Por ello es menester realizar una breve referencia a sus alcances:

a) El principio de concentración:

Constituye uno de los principios procesales del sistema oral, conlleva a que todas las diligencias procesales deban ser evacuados en un mismo tiempo; estos es, en una misma audiencia, o, en el peor de los casos, que se realicen en la menor cantidad posible de audiencias, en las que se puedan anunciar, formular y practicar las pruebas, hacer alegaciones en derecho y pronunciar la decisión o sentencia. La aplicación de este principio –concentración– afecta favorablemente la aplicación del principio de celeridad de la administración de justicia y, también, positivamente

en la publicidad y transparencia del proceso, pues las partes procesales pueden ser observadas por el público en un mismo acto procesal, así como vivir integralmente la argumentación de la decisión judicial.

b) El principio de contradicción:

El principio de contradicción, es uno de los derechos básicos previsto entre los derechos a la defensa, y a las garantías del debido proceso, asegurados por el sistema de administración de justicia, pues este permite presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crean asistidas las partes y replicar los argumentos de la contraparte; presentar pruebas y contradecir las de cargo que se presenten en su contra.

c) El principio dispositivo:

El análisis de este principio reviste fundamental importancia para el proceso laboral, pues la actividad del juez está sujeta o limitada a la iniciativa o voluntad de las partes.

El accionar del Juez se encuentra supeditado a la decisión generada por la iniciativa de las partes, por ejemplo, la necesidad de la demanda para la iniciación del proceso, y la limitación del Juez de resolver el conflicto sometido a su conocimiento, sobre la base de las pretensiones del actor y de las excepciones de la parte demandada, lo que configura una decisión congruente.

Procesalmente, el principio dispositivo otorga a las partes la exclusividad sobre el elemento probatorio del proceso, y petrifica e inmoviliza toda posibilidad de involucramiento y amparo del Juez a una de las partes (aunque sea la más débil) en el litigio judicial.

Es pertinente analizar si existe compatibilidad del principio dispositivo dentro de un sistema de administración de justicia construido alrededor de los principios del Estado constitucional de derechos y de justicia, más aun, dentro del procesalismo laboral.

¿Acaso el principio dispositivo no afecta el principio de tutela y protección propio del derecho del trabajo, al limitar la intervención del Juez, impidiéndole que pueda solicitar prueba de oficio?

C.2) El principio de inmediación dentro del proceso laboral:

Especial mención, sin que esto implique jerarquizar principios procesales, merece el principio de inmediación. ¿Es la aplicación del principio de inmediación que instrumentaliza la oralidad como forma de sustanciación procesal? ¿Es acaso la oralidad un sistema o un instrumento de la inmediación?

Pero ¿Cuáles son las dimensiones de la inmediación? Una de ellas radica en la dimensión cognitiva, pues el contacto directo del juez le posibilita un acercamiento, no sólo con los sujetos-partes (personas) e interacción con ellos en el debate (oral, público y contradictorio) sino, especialmente, con sus “verdades” históricas, materiales y probatorias, necesarias para una adecuada fundamentación de los hechos y una correcta argumentación jurídica que dé como resultado, no sólo motivar la sentencia, sino, fundamentalmente, administrar justicia con imparcialidad.

D) ¿MANTIENEN VIGENCIA LOS PRINCIPIOS CLÁSICOS DEL DERECHO DEL TRABAJO?

El profesor Américo Plá Rodríguez nos plantea que los principios son: "Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos."

Por su parte, el profesor Gaspar Bayón Chacón sostiene que los principios del Derecho son simples postulados que sociológicamente primero y jurídicamente después, por disposiciones legales y por resoluciones judiciales, se han convertido en criterios de orientación del legislador (asambleísta) y del juez en defensa de la parte que se estimó más débil en la relación laboral para reestablecer con un privilegio jurídico una desigualdad social. Algunos de estos principios han llegado a obtener reconocimiento legal; otros son sólo criterios de orientación al juez o del legislador como simples postulados o mandatos morales para la realización de las concepciones de justicia social.

Los principios son enunciados básicos; es decir, pretenden abarcar una serie indefinida de situaciones y no una particular, de forma que puedan ser utilizados en una diversidad de situaciones, lugares, tiempo, etc. Tienen un sentido lógico, conexo, poseen una armonía entre sí.

Los principios propios del Derecho del Trabajo son diversos de los que existen en otras ramas del Derecho: sirven para justificar la autonomía del Derecho del Trabajo y su peculiaridad, son especiales. Aunque pudiera suceder que algunos de ellos existan en forma similar o ligeramente variables en más de una rama del Derecho.

Estos criterios que inspiraron el desarrollo del Derecho del Trabajo, por las especiales fundamentaciones que dieron origen al Derecho Social, a finales del siglo XIX y casi todo el siglo XX, donde tuvo su mayor momento de desarrollo, y con el derecho sustantivo también se desarrollaron principios propios del derecho procesal laboral, por la vía de los principios más que de un código procesal laboral, pues hasta la actualidad no existe, sino que el mismo Código del Trabajo, a más de tener el carácter sustantivo también es adjetivo, en normas dispersas en dicho cuerpo legal, expedido en 1938, habiéndose realizado varias reformas.

3. CONCLUSIONES:

- A la luz de los principios constitucionales emanados del Estado constitucional, ¿los principios laborales han desaparecido o han sido subordinados por otros principios, razón por la que no merecen ser mantenidos ni reflejados en las nuevas legislaciones procesales?
- ¿No merece que exista una legislación procesal propia del derecho social?
- ¿Debemos seguir refiriéndonos a la inmediatez como principio o como sistema?
- ¿Es realmente la oralidad un sistema procesal o un instrumento de la inmediatez?
- ¿Debemos seguir el paradigma de la justicia imparcial en lugar de la justicia objetiva?
- ¿La oralidad es un trámite como lo señala el artículo 610 del Código del Trabajo?
- ¿podría decirse que el juez imparcial es un paradigma del Estado legal y no del Estado constitucional?

4. BIBLIOGRAFÍA

- Gabriel Hernández Villarreal, editor académico, *Actualidad y Futuro del Derecho Procesal, Principios, reglas y pruebas*, colección textos de jurisprudencia, Universidad de Rosario Editorial, Bogotá, año 2010. Código Orgánico Integral Penal. Suplemento del Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero de 2014.
- Teresa Armenta Deu, *La prueba ilícita (un estudio Comparado)* segunda edición, Marcial Pons.
- Néstor Raúl Correa Henao, *Derecho Procesal de la Acción de tutela*, Pontificia Universidad Javeriana, tercera edición.
- Jordi Nieva Fenoll, *La valoración de la Prueba*, Marcial Pons.
- Michelle Taruffo, *Teoria de la Prueba*, Ara Editores.

Desarrollos Constitucionales Sobre la Actividad Probatoria en las Jurisdicciones Contencioso Administrativa y Tributaria

Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

“El proceso sirve, pues, en una palabra, para hacer que entren en juicio aquellos que no lo tienen. Y puesto que el juicio es propio del hombre, para sustituir el juicio de uno al juicio de otro u otros, haciendo del juicio de una la regla de conducta de otros. El que hace entrar en juicio, es decir, el que suministra a los otros que lo necesitan, su juicio, es el juez”

(Francesco Carnelutti, “El juez”, en ¿Cómo se hace un proceso?, Monografías jurídicas No. 56, Colombia, 1997, Editorial Temis S.A., p. 34)

“Las pruebas (de probare) son hechos presentes sobre los cuales se construye la probabilidad de la existencia o inexistencia de un hecho pasado; la certeza se resuelve, en rigor, en una máxima probabilidad. Un juicio sin pruebas no se puede pronunciar; un proceso no se puede hacer sin pruebas”

(Francesco Carnelutti, “Las pruebas”, en ¿Cómo se hace un proceso?, Monografías jurídicas No. 56, Colombia, 1997, Editorial Temis S.A., p. 58)

1. ANTECEDENTES

La Dogmática jurídica del proceso y la prueba.

Cuando nos introducimos en el análisis del proceso judicial debemos esbozar el análisis de sus **elementos constitutivos** a saber: las partes, el juez o la jueza, el proceso, las pruebas, la decisión, la ejecución o la impugnación. Cada uno conforma un elemento de importancia en este engranaje en donde la Litis o la controversia toma principal virtualidad para después de su análisis y comprobación se permita la emisión de la decisión final.

La búsqueda de la solución eficaz al respecto es la razón de ser de todo pleito o juicio, que conlleva al análisis profundo de los elementos generadores de la prueba, por ello es que resaltamos en este análisis que pretende buscar su esencia y objetivos dentro del proceso, desglosando a la prueba para comprender su cometido; todo ello, además a la luz del derecho constitucional.

Es que el problema de la eficacia real o simbólica del derecho, es el problema fenomenológico del derecho y se acerca a las escuelas del realismo jurídico norteamericano y escandinavo y un poco a la sociología jurídica¹, revisión que se aproxima a la obtención de la verdad y la certeza, para complementar el silogismo perfecto, de controversia, versus, proceso, y llegar a la solución final. Ahora bien, se ha dicho también que en este contexto al juez le corresponde dar cuenta de la eficacia del ordenamiento y si una sociedad ha refinado un modelo conceptual de normas intrínsecamente justas, como los derechos fundamentales, corresponde al juez asegurar la eficacia de estos derechos y desde luego de todo el ordenamiento (Villamil Portilla, p. 27).²

En este marco, el proceso toma por ello un puesto sobresaliente para un mejor proveer, así NORBERTO BOBBIO nos recuerda que uno de los primeros resultados del estudio del derecho es volvernos conscientes de la importancia de lo normativo en nuestra existencia individual y social³; para el efecto, el aporte normativo es importante en el ejercicio del derecho y la revisión del proceso.

¹ Edgardo Villamil Portilla, *Teoría Constitucional del proceso*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Santafé de Bogotá-Colombia, 1999, p.27.

² Edgardo Villamil Portilla, *Teoría Constitucional del proceso*, *Ibíd.*, p. 27..

³ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, traducción de Eduardo Rozo Acuña, primera edición, colección serie Debate, p. 16.

También sobre el proceso es necesario sobresaltar su **definición** como sistema cuyos elementos están relacionados como un todo armónico, así coexisten las partes, los sujetos procesales, el juez, los auxiliares u operadores de justicia que se comunican en una suerte de ligación conjunta dentro del proceso. Así el proceso entonces es un todo armónico, cada una de las partes gravitan de acuerdo a determinadas leyes que les son propias y que son de obligatorio cumplimiento, pues el vocablo proceso (*processus*) viene de la palabra pro, “para adelante” y cederé “caminar”.⁴

Siguiendo esta breve descripción de proceso y prueba, es necesario enderezar este camino insertando la noción de **relación jurídica** en este análisis, pues la relación como manifestara VILLAMIL no es de los objetos del proceso sino entre los sujetos que intervienen en él, y dentro de esto, la noción de la sujeción de los sujetos a las características y límites constitucionales, como aquél del debido proceso.⁵

La realidad entonces nos lleva al análisis constitucional y legal de los principios del debido proceso, y adentrándonos en materia, a la revisión de los principios de la prueba, base de este trabajo. Para ello, citando a Carnelutti, quien al referirse a las pruebas dentro del proceso mencionaba que el juez hace historia; no es todo lo que se debe decir de él, pero lo cierto es que el primero de sus cometidos es precisamente el de la historia, o mejor el de la historiografía, concebida en sus términos más estrictos y acaso no suficientes, el historiados escruta en el pasado para saber cómo ocurrieron las cosas, los juicios que él pronuncia, son por tanto juicios de realidad, o más exactamente juicios de existencia; en otras palabras, juicios históricos⁶. Con esto, se pretende incorporar a la prueba dentro de los elementos del proceso tan finamente disgregados hasta aquí, en la mira de desbordarnos en el tema principal la prueba y su relación con las disposiciones constitucionales.

Las cifras en el Ecuador.

Resulta indispensable en este estudio tomar en cuenta los índices de causas que ingresan en la administración de justicia del Ecuador, para posteriormente en este

⁴ Edgardo Villamil Portilla, *Teoría Constitucional del proceso*, *Ibíd.*, p. 33.

⁵ Edgardo Villamil Portilla, *Teoría Constitucional del proceso*, *Ibíd.*, pp. 34-35.

⁶ Francesco Carnelutti, “Las pruebas”, en *¿Cómo se hace un proceso?*, Monografías jurídicas No. 56, Colombia, 1997, Editorial Temis S.A., p. 57.

estudio confrontar la ciencia con los hechos, claro está en materia contencioso administrativa y contencioso tributaria.

En este contexto, mirar las estadísticas nos permitirá hacer un miraje global de las circunstancias que rodean a la justicia tributaria y administrativa en el Ecuador, para recomendar si es posible, fórmulas viables para mejorar el proceso y la etapa probatoria.

En el Ecuador, el rezago en el despacho judicial de las causas en materia contencioso administrativa y tributaria ha sido una constante, quizás la justicia se enfocaba desde otra perspectiva social y económica, y casi nada importancia se enfocaba a este tipo de problemas y sobre todo a la búsqueda de sus soluciones. El panorama va cambiando en el país, cada vez más la realización de la justicia en estos temas, va cobrando importancia al enfocarnos en la importancia de las soluciones entre estado-administrados o estado-contribuyentes. El enfoque es diferente en este nuevo Siglo, lo que definitivamente es necesario resaltar, solo falta ver la composición de tribunales especializados tanto en materia contencioso administrativa como en materia tributaria. Aun cuando, el tema administrativo es demasiado complejo por el sinnúmero de materias que en la actualidad abarca: desde servicio público, contratación pública, demandas contra el Estado, error judicial, responsabilidad por malos servicios públicos y la responsabilidad objetiva extracontractual; hasta temas ajenos como: propiedad intelectual, derecho de competencia, indemnizaciones de daños y perjuicios, así como cualquier acción contra acto administrativo.

Otro tema de vital importancia ha sido el enfoque dado desde la Constitución al derecho administrativo y tributario desde el punto de vista social-económico de bienestar y composición de la economía ecuatoriana para toda la sociedad. Se han adicionado los temas de corresponsabilidad social en el diálogo democrático, derechos con deberes, atención del Estado en servicios públicos pero con ello la responsabilidad de ciudadanos y ciudadanos, así como la solidaridad social para mejor redistribución de la riqueza.

Sin embargo, de la nueva dimensión de ambos derechos recordemos que hay aún tela que cortar, pues en cuanto a la legalidad el proceso se ha vuelto lento y complejo, trabas que en los tribunales de única y última instancia se demuestran con las causas activas para atender, así:

A) TRIBUNALES DE ÚNICA Y ÚLTIMA INSTANCIA EN SEDE JUDICIAL

TRIBUNALES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS O UNIDADES ESPECIALIZADAS (ÚNICA Y ÚLTIMA INSTANCIA): Previo al proceso judicial existe la reclamación administrativa, recursos de apelación, reposición y recurso extraordinario de revisión, en sede administrativa, de acuerdo a cada Ley de materia administrativa.- Son de jurisdicción distrital, 5 tribunales en todo el país con pull de jueces para conformar salas de tres miembros. Las causas ingresadas del 2008 hasta el 2013 son:

MATERIA	TOTAL CAUSAS INGRESADAS
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	28.333

Fuente: Consejo de la Judicatura, Modelo de Gestión, Aldrin Flores Cedeño, 19 de marzo de 2014.

Aun cuando se ha logrado el despacho de las causas en estos años, todavía subsiste un alto rezago que atender.

TRIBUNALES CONTENCIOSO TRIBUTARIOS (ÚNICA Y ÚLTIMA INSTANCIA).- Previo al proceso judicial existe la reclamación administrativa y recurso extraordinario de revisión, en sede administrativa, de acuerdo a cada Ley de materia tributaria.- Son de jurisdicción distrital, 5 tribunales en todo el país con pull de jueces para conformar salas de tres miembros (El Tribunal 5 de Loja integra las materias contencioso administrativa y la materia contencioso tributaria). Las causas ingresadas del 2008 hasta el 2013 son:

MATERIA	TOTAL CAUSAS INGRESADAS
CONTENCIOSO TRIBUTARIO	7.680

Fuente: Consejo de la Judicatura, Modelo de Gestión, Aldrin Flores Cedeño, 19 de marzo de 2014.

De igual manera, el ingreso y atención de las causas no ha tenido una adecuada proporción de atención y hay causas que atender.

B) TRIBUNAL DE CASACIÓN

TRIBUNAL DE CASACIÓN.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA:

CAUSAS INGRESADAS		
AÑO	2012	1319
AÑO	2013	471
TOTAL		1790

Fuente: Sala Contencioso Administrativa, 19 de marzo de 2014.

TRIBUNAL DE CASACIÓN.- SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA:

RECURSOS INGRESADOS EN LOS AÑOS 2011-2013 SALA CONTENCIOSA TRIBUTARIA

AÑO	CASACIÓN	HECHO	HABEAS CORPUS	CONFLICTO DE COMPETENCIA	RECUSACIÓN	ACCIÓN OBJETIVA	TOTAL DE CAUSAS INGRESADAS
2011	529	45	3	2	1	0	580
2012	554	129	7	0	2	0	692
2013	369	44	15	4	0	2	434

Fuente: Sala Contencioso Tributaria Corte Nacional de Justicia, 18 de marzo de 2014.

Se puede apreciar en los datos adjuntos que en el caso de los **recursos de casación** en materia tributaria bordean el promedio de **636 anuales** en los últimos dos años.

2. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA ACTIVIDAD PROBATORIA:

Couture abordó el tema de la tutela constitucional del proceso, entendida como fijar los fundamentos y las soluciones que permitan establecer, frente a cada caso particular, pero mediante un criterio de validez general, si un proceso proyectado o regulado por la ley, es o no idóneo y apto para cumplir los fines de la justicia, seguridad y orden que instituye la Constitución”.⁷

Referirnos al debido proceso como se señaló en líneas anteriores, es referirnos en parte a los principios que regentan las pruebas dentro del proceso. En todo caso, deberíamos señalar primero que el debido proceso es un derecho constitucional contemplado en la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76 cuando señala que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluye una serie de garantías básicas taxativamente señaladas en dicho articulado. Además los artículos 168 y 169 al referirse a los principios del proceso judicial contemplan otra serie de principios y garantías sobre la prueba.

En relación al principio del debido proceso en la prueba podemos analizar entre ellos:

- a. Debido proceso: La autoridad judicial tiene normas y derechos de las partes que garantizar.
- b. Igualdad: Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
- c. Principio dispositivo: Las partes, conforme al derecho de fondo, pueden iniciar o no el proceso, disponer del mismo y de sus derechos subjetivos en él, y fijar el objeto del juicio. Pero aun en las áreas donde las partes tienen la libre

⁷ Eduardo Couture, *Estudios del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1978; citado por José Ovalle Favela en *Tendencias Actuales del Derecho*, José Luis Soberanes comp., *Ibíd.*, p. 29.

disposición de sus derechos, también los poderes del juez han aumentado, especialmente en el campo probatorio.⁸

- d. Acceso a la administración de justicia.
- e. Publicidad de los procedimientos: Las partes pueden acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
- f. Publicidad y contradicción de la prueba: Presentar pruebas y contradecir las que se presenten en contra.
- g. Obligación de peritos de comparecer personalmente ante juezas y jueces y a responder interrogatorios.
- h. Reserva profesional: En los casos de información reservada o con fines tributarios; e,
- i. Asistencia profesional en interrogatorios aún con fines de investigación.

Debemos aclarar que este cúmulo de garantías no son de ninguna manera todo el conjunto, hay algunas garantías incluso que la propia dogmática las menciona así la de la buena fe dentro de la prueba, sobre todo en materia de documentos que es la base de la prueba en la jurisdicción contencioso administrativa y tributaria, en donde se presume que los documentos hay que tenerlos como auténticos todos sin

⁸ Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, Editorial Temis, Colombia, 1999, pp. 188 a 190: Véscovi señala además que: “La tendencia en Latinoamérica y el Uruguay, el principio dispositivo (e inquisitivo) es el que define más claramente las tendencias de cada proceso. En tal sentido, como hemos dicho, podemos reiterar que, sin perjuicio de mantenerse el principio dispositivo en el proceso civil contemporáneo, el mismo es sometido a ciertos límites en el área socialista, y aún en las demás. La oralidad es otro principio cuya aplicación presenta una tendencia al moderno proceso, puesto que los poderes del juez no pueden desarrollarse debidamente en el procedimiento escrito. La intermediación, la asunción directa de pruebas, el imperio de la regla moral, y otros valores que contemporáneamente nadie discute, tiene especial vigencia dentro de los que se ha dado en llamar la oralidad. El aumento de poderes del magistrado en la búsqueda de la verdad, parece indiscutible y se realiza por medio de muy diversos mecanismos: ampliación de las facultades de dictar diligencias para mejor proveer, facultad de interrogar a las partes y testigos en cualquier momento, etc., que aparecen prácticamente en todo ordenamiento moderno. En este sentido se produce lo que se ha dado en llamar “La penalización del proceso civil”, es decir, una tendencia a la unificación de ambos procesos, al menos en el sentido de dar al juez mayores poderes en la investigación de la verdad, como sucede en el reciente proceso laboral uruguayo. Reiteramos que esto es sin perjuicio del principio dispositivo, o sea que, las partes conforme al derecho de fondo, pueden iniciar o no el proceso [...]”

necesidad de reconocimiento ni autenticación, creando una presunción general de autenticidad de todos los documentos que las partes lleven a los procesos.

El caso del acto administrativo legítimo y ejecutoriado, máxime que presupone una presunción de derecho, es uno de sus efectos en materia de prueba dentro de los procesos contenciosos administrativos y tributarios (Art. 82 del Código Orgánico Tributario y 68 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva).⁹

3. ACTIVIDAD PROBATORIA EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y TRIBUTARIA

Agustín Gordillo reflexionara ya hace una década atrás sobre la ambivalencia y dificultades de la administración del desarrollo económico y social, al converger el doble sistema de regulación del estado desde afuera de la actividad económica e intervención desde dentro como agente de producción, época en que se recoge la concepción de la administración del desarrollo, tanto económico como social, y de las instituciones y corporaciones del desarrollo; señalaría que los intentos de planificación, esbozo conceptual de avanzar más allá del intervencionismo estatal para llegar a la etapa superior, punto de inflexión del sistema en el cual, fracasada la aspiración máxima, quedaría marcado el comienzo del retroceso del camino recorrido a partir del fin del liberalismo; de igual manera del parasistema administrativo fenómeno en el cual algunas sociedades subdesarrolladas denominan parasistema jurídico y administrativo es un particular simbiosis de normas administrativas o legales que se cumplen y normas de comportamiento humano que son igualmente cumplidas pero que no constan en la norma escrita; adicionados a los problemas de la crisis de seguridad personal, tanto desde el ángulo de la subversión como de la

⁹ **Código Orgánico Tributario:**

Art. 82.- Presunción del acto administrativo.- Los actos administrativos tributarios gozarán de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y están llamados a cumplirse; pero serán ejecutivos, desde que se encuentren firmes o se hallen ejecutoriados.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva:

Art. 68.- LEGITIMIDAD Y EJECUTORIEDAD.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto.

represión, así como a hipertrofia del proceso de deterioro del estado en la atención de servicios públicos y poder de policía¹⁰.

En todo caso, es necesario enfocarnos ya en el tema que nos convoca para delimitar si verdaderamente la justicia como principio general se irradia o no en nuestro proceso judicial contencioso. Pues, “el ideal de justicia consagrado en la Constitución debe alcanzar efectiva vigencia, de lo contrario, carecería de trascendencia tal hecho y la constitución perdería su carácter normativo y vinculante para convertirse en una mera declaración de intenciones sin ninguna trascendencia”.¹¹

Siguiendo con nuestro análisis revisemos paralelamente la trascendencia de la Constitución que se refleja en los principios legales de la prueba en materia contencioso administrativa y tributaria:

a) Debido proceso:

La autoridad judicial tiene normas y derechos de las partes que garantizar.

La disposición constitucional se ve reflejada en la serie de pasos que el procedimiento contencioso administrativo relata desde los artículos 22 al 58 y añadidos (10) al 58 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en más 46 artículos. De igual manera, en el caso del procedimiento contencioso tributario que se señala en los artículos 223 al 278 del Código Orgánico Tributario, en más de 55 artículos.

b) Igualdad:

Aplicable a todos los procesos judiciales, que consiste en ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. De tal manera, que “las partes tengan simétricas oportunidades para pedir y controvertir las pruebas, a eliminar las pruebas sorpresa y en general a la posibilidad de ejercer en paridad de

¹⁰ Agustín Gordillo, “Las Tendencias actuales del derecho” en Tendencias Actuales del Derecho, José Luis Soberanes, comp., México, 1994, Universidad Nacional Autónoma de México-Fondo de Cultura Económica, pp. 187 a 190.

¹¹ Luis Marcelo de Bernardes, “El debido proceso”, en La Garantía Procesal del Debido Proceso, Aníbal Quiroga León comp., Perú, 1995, Editorial Cultural Cuzco S.A., p. 410.

derechos todos los actos procesales.”¹² El COFJ prevé que las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes. (art. 29)

c) Principio dispositivo:

Consiste en que las partes, conforme al derecho de fondo, pueden iniciar o no el proceso, disponer del mismo y de sus derechos subjetivos en él, y fijar el objeto del juicio. En materia de prueba, tanto el proceso contencioso administrativo y tributario incluyen normas de la carga de la prueba dinámica, la actividad cuasi-oficiosa del juez así como las de mejor proveer, cuando señalan:

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

Art. 40.- El Tribunal podrá también disponer, de oficio y antes de sentencia, la práctica de las pruebas que estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto controvertido.

De igual forma, el Código Orgánico Tributario:

Art. 262.- Facultad oficiosa del tribunal.- La respectiva sala del tribunal podrá, en cualquier estado de la causa, y hasta antes de sentencia, ordenar de oficio la presentación de nuevas pruebas o la práctica de cualquier diligencia investigativa que juzgue necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad o para establecer la real situación impositiva de los sujetos pasivos, inclusive la exhibición o inspección de la contabilidad o de documentos de los obligados directos, responsables o terceros vinculados con la actividad económica de los demandantes.

Parecería que riñen estas normas entonces con la actual norma constitucional, aun cuando el propio Código Orgánico de la Función Judicial que entró en vigencia de la Constitución parecería que se moldea al principio de carga dinámica de la prueba, así:

¹² Edgardo Villamil, Teoría Constitucional del Proceso, *Ibíd.*, pp-90-91.

Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: [...] 10. Ordenar de oficio, con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad;

d) Acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva

El principio de acceso a la justicia y tutela judicial y efectiva se encuentra garantizado de manera general en el proceso judicial, también el COFJ se refiere a él:

Art. 12.- PRINCIPIO DE GRATUIDAD.- El acceso a la administración de justicia es gratuito. El régimen de costas procesales será regulado de conformidad con las previsiones de este Código y de las demás normas procesales aplicables a la materia.

Art. 23.- PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS.- La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar **la tutela judicial efectiva de los derechos** declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. **Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones** que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso. **La desestimación por vicios de forma** únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso. Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las **reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal**, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles

e) Publicidad de los procedimientos:

Las partes pueden acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

Código Orgánico de la Función Judicial

Art. 13.- PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.- Las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas. De acuerdo a las circunstancias de cada causa, los miembros de los tribunales colegiados podrán decidir que las deliberaciones para la adopción de resoluciones se lleven a cabo privadamente. No podrán realizarse grabaciones en video de las actuaciones judiciales.

f) Principio de contradicción:

Consiste también en presentar pruebas y contradecir las que se presenten en contra. La Constitución de la República del Ecuador la reconoce:

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: [...] 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, **contradicción** y dispositivo.

La Carta Internacional de derechos humanos se ocupa del derecho de toda persona a interrogar a los testigos, conocer las pruebas existentes en su contra y a poder pedir pruebas de descargo.¹³

g) Obligación de peritos de comparecer personalmente ante juezas y jueces y a responder interrogatorios.

Es una garantía que establece la Constitución aplicable a los dos procesos en estudio.

¹³ Edgardo Villamil, *Teoría Constitucional del proceso*, *Ibíd.*, p. 62.

h) Respeto a la dignidad humana y Reserva de información:

Código Orgánico de la Función Judicial

Art. 13.- [...] Se prohíbe a las juezas y a los jueces dar trámite a informaciones sumarias o diligencias previas que atenten a la honra y dignidad de las personas o a su intimidad.

En los casos de información reservada o con fines tributarios, el Código Orgánico Tributario prevé en el art. 99 su reserva.

i) Asistencia profesional en interrogatorios aún con fines de investigación.

Es una garantía que prevé la Constitución aplicable a los dos procesos en estudio

j) Sobre la buena fe procesal en la prueba:

Código Orgánico de la Función Judicial

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

El Código Orgánico Tributario, prevé el axioma de la validez de los actos y resoluciones administrativas:

Art. 259.- Presunción de validez.- Se presumen válidos los hechos, actos y resoluciones de las administraciones tributarias que no hayan sido impugnados expresamente en la reclamación administrativa o en la contenciosa ante el tribunal, o que no puedan entenderse comprendidos en la impugnación formulada sobre la existencia de la obligación tributaria.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El acceso efectivo a la justicia debe ser el pilar fundamental de la búsqueda del proceso judicial contencioso tributario, en palabras de Calamandrei en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil en Florencia en 1950, señaló que una de las grandes limitaciones de la doctrina procesal civil es su excesivo acento en los conceptos, los principios y las normas procesales; y, en contrapartida, su descuido acerca de los órganos y las personas encargadas de aplicar tales principios y normas.¹⁴ La búsqueda de este principio debe empezar en la formación y preparación entonces in house, desde y para los propios operadores de justicia, para que se aplique la justicia en y fuera de ella.

En general podemos resumir como conclusiones:

- El debido proceso es uno de los pilares fundamentales en la constitucionalización del derecho procesal, una serie de garantías y derechos se ven plasmados en los marcos legales para hacer plausible este principio fundamental del proceso. En el caso de la prueba se afina aún en temas concretos como la carga de la prueba, la carga dinámica de la prueba, etc.”
- Los principios de igualdad, acceso a la justicia, tutela efectiva de derechos, publicidad, contradicción y dispositivo, así como las garantías de libre acceso a las pruebas; de interrogatorios en presencia del juzgador; reserva y respeto a la dignidad humana; se complementan en una suerte sistémica de reforzamiento del proceso, al garantizar una prueba fehaciente y veraz para que el juicio sea el instrumento necesario para llegar a la certeza del juzgador. O mejor digamos verdad conforme nuestra norma procesal (art. 27 COFJ).
- Para la reforma introducida en el Proyecto de Código General del Proceso, tan finamente diseñado en los principios de oralidad, contradicción e intermediación, es importante tomar en cuenta el sistema escritural del procedimiento que se lleva en sede administrativa en su generalidad, lo que incidirá notablemente en que los expedientes seguirán constando en documentos y en papel, se podrá mejorar el proceso o trámite en sí por audiencias, pero la prueba documental será una carga que se afrontará en este tipo de procesos.

¹⁴ Piero Calamandrei, en el Congreso de Derecho Procesal Civil 1950, tomado por, José Ovalle Favela, “Tendencias actuales del Derecho Procesal Civil” en *Tendencias Actuales del Derecho*, José Luis Soberanes, comp., México, 1994, Universidad Nacional Autónoma de México–Fondo de Cultura Económica, pp. 30 a 32.

De hecho las normas procesales actuales prevén este porvenir por la importancia a la prueba documental que se da en el Código Orgánico Tributario y Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, respectivamente:

Art. 260.- Pruebas admisibles.- **Son admisibles todos los medios de prueba** determinados en la ley, **excepto la confesión** de funcionarios y empleados públicos. Los informes que emitan las autoridades demandadas por disposición del tribunal, sobre los hechos materia de la controversia, no se considerarán confesión. **La prueba testimonial se admitirá sólo en forma supletoria**, cuando por la naturaleza del asunto no pueda acreditarse de otro modo hechos que influyan en la determinación de la obligación tributaria, o en la resolución de la controversia.

Art. 39.- Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en este juicio serán los mismos que establece el Código de Procedimiento Civil, **excepto la confesión judicial**, que no podrá pedirse al representante de la Administración; pero en su lugar, la parte contraria propondrá por escrito las preguntas que quiera hacer, las cuales serán sometidas en vía de informe, por las autoridades o funcionarios de la Administración, a quienes conciernan los hechos controvertidos.

- En general el proceso contencioso administrativo y tributario tiene una verdad de perogrullo referida al principio de buena fe y lealtad procesal, pues en cuestión de la prueba esta se presume válida mientras no se pruebe lo contrario, en relación a los actos y resoluciones de la administración pública, caso contrario el principio de reserva de ley y legalidad no tendría razón de ser.

BIBLIOGRAFÍA

- Francesco Carnelutti, “El juez”, en ¿Cómo se hace un proceso?, Monografías jurídicas No. 56, Colombia, 1997, Editorial Temis S.A.
- Piero Calamandrei, Proceso y democracia, trad. de Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, 1960, EJEA.
- Agustín Gordillo, “Las Tendencias actuales del derecho” en Tendencias Actuales del Derecho, José Luis Soberanes, comp., México, 1994, Universidad Nacional Autónoma de México-Fondo de Cultura Económica.
- Luis Marcelo de Bernardes, “El debido proceso”, en La Garantía Procesal del Debido Proceso, Aníbal Quiroga León comp., Perú, 1995, Editorial Cultural Cuzco S.A.
- Enrique Véscovi, Teoría General del Proceso, Editorial Temis, Colombia, 1999.
- Edgardo Villamil Portilla, Teoría Constitucional del proceso, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Santafé de Bogotá-Colombia, 1999.

La Continuidad en el Trabajo como Derecho Humano en la Agenda de Trabajo Decente en el Ecuador

*Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia.
Magistrado de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador*

1. ASPECTOS HISTÓRICOS EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

El derecho laboral registra en su evolución aspectos trascendentales, uno de ellos, el desarrollo organizativo internacional europeo y en ese marco su participación en la Primera Guerra Mundial (1914 – 1918), lo cual mereció el reconocimiento del bloque de países vencedores al denominárselos como: “los soldados de la retaguardia”.

Al terminarse la guerra, vencedores y vencidos buscaron acuerdos para prevenir futuras conflagraciones de orden mundial, ocasión en la que las organizaciones obreras de Europa cumplieron un rol importante en el proceso de negociación y suscripción del Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919. Participación obrera que explica las razones por las cuales en la Parte XIII, artículos 387 a 427 del Tratado en referencia, se incluyeron declaraciones laborales que a la postre generaron repercusiones de tal importancia que no se han debilitado con el paso del tiempo; y sirvieron de base para el desarrollo de los principios fundamentales que han regulado el derecho laboral, constituyendo como denomina la doctrina la “Primera Constitución Laboral Internacional”.

En el preámbulo de este Tratado, se declaró: “a) *Que la justicia social está reconocida como una condición de paz universal; b) Que existen condiciones de trabajo que implican para gran número de personas, la injusticia, la miseria y las privaciones, lo que engendra tal descontento, que la paz y la armonía universales son puestas en peligro*”¹; y, en el artículo 427 de la parte XIII, antes referida se estableció las bases del Derecho Internacional del Trabajo al señalar:

- “1° *El trabajo no debe ser considerado como una mercancía o como un artículo de comercio.*
- 2° *El derecho de asociación con vistas a todos los fines no contrarios a las leyes, lo mismo para los asalariados que para los patronos.*
- 3° *El pago a los trabajadores de un salario que les asegure un nivel de vida conveniente, tal como se lo comprende en su época y país.*
- 4° *La adopción de la jornada de ocho horas o de la semana de cuarenta y ocho como fin por alcanzar en todas partes donde no haya sido aún logrado.*
- 5° *La adopción de un descanso semanal de veinte y cuatro horas como mínimo, que, siempre que ello sea posible, deberá comprender el domingo.*
- 6° *La suspensión del trabajo de los niños y la obligación de establecer limitaciones en el trabajo de los jóvenes en ambos sexos, necesarias para permitirles continuar su educación y asegurarles su desarrollo físico.*
- 7° *El principio del salario igual, sin distinción de sexo, para un trabajo de valor igual.*
- 8° *Las reglas dictadas en cada país respecto de las condiciones de trabajo deberán asegurar un tratamiento equitativo a todos los trabajadores que legalmente residen en el país.*
- 9° *Cada Estado debe organizar un servicio de inspección, que comprenderá a las mujeres, a fin de asegurar la aplicación de las leyes y de los reglamentos para la protección de los trabajadores.”*²

Al pasar los años, en el decurso de la segunda conflagración mundial, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo cumplió su vigésima

¹ Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919. Preámbulo, p. 255.

² Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998.

sexta reunión, en donde se adoptó la Declaración de Filadelfia de 1944, en la que se reafirmaron los principios fundamentales constantes en el Tratado de Versalles, a consecuencia de lo cual se reiteró la proclama de que: El trabajo no es una mercancía, de la libertad de asociación para el progreso y de que la guerra contra la miseria requiere el continuo y concertado esfuerzo internacional. Expresaba que la paz definitiva sólo puede basarse en la justicia social; que todos los seres humanos, con independencia de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y el desenvolvimiento espiritual, con libertad, dignidad, seguridad económica y oportunidades iguales...”, dejando de este modo al mundo un legado histórico en la esperanza de que ese sueño sea respetado a futuro.

2. DECLARACIONES TRASCENDENTES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

2.1. Declaración de Filadelfia de 1944.

La OIT a pesar de las dificultades que generó la Segunda Guerra Mundial resolvió celebrar una asamblea especial en Filadelfia del 20 de abril al 12 de mayo de 1944, con la participación de 48 países en la que al término de las discusiones se hizo pública la conocida como Declaración de Filadelfia.

En esta declaración se reafirmaron los principios de que el trabajo no es una mercancía, el de la libertad de asociación para el progreso y de que la guerra contra la miseria requiere el continuo y concertado esfuerzo internacional. Se reiteró que la paz definitiva solo puede basarse en la justicia social; que todos los seres humanos, con independencia de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y el desenvolvimiento espiritual, con libertad, dignidad, seguridad económica y oportunidades iguales.

En esta conferencia se plantearon como aspiraciones, entre otras la de asegurar el empleo total; aumentar el nivel de vida; satisfacer la vocación y utilizar el mayor rendimiento; facilitar los cambios y traslados de trabajo; las jornadas y demás condiciones laborales adecuadas a una justa producción; el derecho a acuerdos colectivos y a cooperar en la dirección de trabajo; la extensión de las medidas sociales de seguridad; la protección de la vida y salud de los trabajadores; la protección de la infancia y de la maternidad; la nutrición y recreación; la igualdad educativa y de oportunidad vocacional.

Al concluir esta declaración, la Conferencia afirmó que los principios enunciados en ella son plenamente aplicables a todos los pueblos y que si bien en las modalidades de su aplicación hay que tener debidamente en cuenta el grado de desarrollo social y económico de cada pueblo, su aplicación progresiva a los pueblos que todavía eran dependientes a esa época han llegado a gobernarse por sí mismos.

2.2.- Declaración de la OIT de 1998.

En el año de 1998, la OIT a través de la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en la que se recuerda: “*a) que al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas; b) que esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización.*”; y sobre esta base:

*“Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.”*³

2.3.- Declaración de la OIT de 2008.

En el año 2008, la OIT adopta la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa en la cual se plantean cuatro objetivos estratégicos a través de los cuales se plasma lo que se conoce como el Programa de Trabajo Decente y que se resumen del modo que sigue:

³ Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, en Ginebra del 10 de junio de 2008.

“I. Alcance y principios: La Conferencia reconoce y declara que: A. En el contexto de cambios acelerados, los compromisos y esfuerzos de los Miembros y de la Organización para poner en práctica el mandato constitucional de la OIT, en particular mediante las normas internacionales del trabajo, y para situar el empleo pleno y productivo y el trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales, deberían basarse en los cuatro objetivos estratégicos de la OIT de igual importancia, a través de los cuales se plasma el Programa de Trabajo Decente y que pueden resumirse como sigue:

i) promover el empleo creando un entorno institucional y económico sostenible en cuyo marco:

- las personas puedan adquirir y actualizar las capacidades y competencias que necesitan para poder trabajar de manera productiva en aras de su propia realización personal y el bienestar común;
- todas las empresas, tanto públicas como privadas, sean sostenibles para hacer posible el crecimiento y la generación de mayores oportunidades y perspectivas de empleo e ingresos para todos; y,
- la sociedad pueda conseguir sus objetivos de desarrollo económico y de progreso social, así como alcanzar un buen nivel de vida;

ii) adoptar y ampliar medidas de protección social – seguridad social y protección de los trabajadores – que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales, con inclusión de:

- la ampliación de la seguridad social a todas las personas, incluidas medidas para proporcionar ingresos básicos a quienes necesiten esa protección, y la adaptación de su alcance y cobertura para responder a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y económicos;
- condiciones de trabajo saludables y seguras; y
- medidas en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esa clase de protección;

iii) promover el diálogo social y el tripartismo como los métodos más apropiados para:

- adaptar la aplicación de los objetivos estratégicos a las necesidades y circunstancias de cada país;
- traducir el desarrollo económico en progreso social y el progreso social en desarrollo económico;
- facilitar la creación de consenso respecto de las políticas nacionales e internacionales que inciden en las estrategias y programas en materia de
- empleo y trabajo decente; y
- fomentar la eficacia de la legislación y las instituciones laborales, en particular respecto del reconocimiento de la relación de trabajo, la promoción de buenas relaciones laborales y el establecimiento de sistemas eficaces de inspección del trabajo; y

iv) respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que revisten particular importancia, no sólo como derechos sino también como condiciones propicias, necesarias para la plena realización de todos los objetivos estratégicos, teniendo en cuenta:

- que la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva son particularmente importantes para permitir el logro de esos cuatro objetivos estratégicos; y
- que la violación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo no puede invocarse ni utilizarse de modo alguno como ventaja comparativa
- legítima y que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas.⁴

⁴ ÁVILA Santamaría, Ramiro, *El Neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Editores Alberto Acosta y Esperanza Martínez, Abya – Yala, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2011, p. 122.

Esta declaración tuvo como antecedente el Informe emitido por la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, del año 2004, en el que se precisa entre otros aspectos que el proceso de globalización debe tener como base un conjunto de valores compartidos lo que exige el cumplimiento del orden internacional y la búsqueda de un desarrollo económico basado en el respeto de los derechos humanos; en aquel informe se realizan una serie de propuestas y recomendaciones en pro de lograr una globalización en condiciones de justicia; así mismo el informe critica que la globalización se haya dado en un vacío ético donde la medida del éxito o fracaso de los mercados es la última, y frecuentemente, la única norma de comportamiento.

3.- TRABAJO DECENTE, CALIDAD DEL EMPLEO, ESTABILIDAD Y PROTECCIÓN

A partir del informe de la Comisión Mundial sobre la dimensión social de la Globalización del 2004 y con la declaración de la OIT en relación a la justicia social para una globalización equitativa los estados miembros de este alto organismo internacional asumen la responsabilidad de diseñar lo que por disposición de la indicada Declaración se conoce como el Programa de trabajo decente.

3.1.- Algunas nociones sobre trabajo decente.

El trabajo decente es un concepto que fue acuñado por Juan Somavía al momento que emitió su primer informe como Director General de la Organización Internacional del Trabajo en 1999, mediante el cual se establecen las características que debe reunir una relación de trabajo, acorde con los estándares laborales internacionales en donde el trabajo se realice en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, concepto éste, que surge como respuesta al deterioro de los derechos de los trabajadores que se registró mundialmente en la década del noventa, como consecuencia del proceso de globalización y la necesidad de atender la dimensión social de la misma.

En este sentido, cuando se planteó el concepto de trabajo decente, éste se orientó al cumplimiento de los objetivos estratégicos de la OIT que se resumen en los siguientes:

- a) La promoción de los derechos laborales;
- b) La promoción del empleo;
- c) La protección social contra las situaciones de vulnerabilidad;
- d) El fomento del diálogo social; y,
- f) Calidad del empleo.

Por tanto, cuando la OIT hace referencia a la calidad del empleo, asocia dos factores importantes; de una parte, la seguridad en el empleo, que en términos de derecho laboral se traducen en la estabilidad en el trabajo; y de otra, la protección social que deviene del trabajo.

De tal modo que, no es posible entender el trabajo decente si en esta concepción no se inscribe el derecho a la estabilidad de las y los trabajadores del mundo.

Por lo que, más allá de las distintas consideraciones y posiciones que se tenga en cada caso sobre la globalización, el trabajo decente resume las aspiraciones que tienen las personas durante su vida laboral, con respecto a las oportunidades de trabajo e ingresos, estabilidad familiar y desarrollo personal. Desde esta perspectiva el trabajo decente se convierte en un pilar importante en pro de la paz y la justicia social, en el intento de reducir la pobreza y el logro de un desarrollo equitativo, inclusivo y sostenible.

4.- NOCIÓN DE JUSTICIA SOCIAL

La idea central de la justicia social, se sustenta en la aspiración de las y los ciudadanos del mundo que se hallan en actual desventaja en el logro de igualdad de derechos y oportunidades, quienes realizan todos los esfuerzos para, en un ámbito de equidad, ser beneficiarias y beneficiarios del progreso universal en todos sus órdenes.

En el caso de Ecuador, al expedirse la Constitución de 2008, se establece que: “es un Estado constitucional de derechos y justicia...”, que a decir de Ramiro Ávila Santamaría, en esta clase de Estado “...todo poder, público y privado, está sometido a los derechos”⁵, con lo cual se genera una nueva concepción del Estado que diseña

⁵ ÁVILA Santamaría, Ramiro, *El Neoconstitucionalismo transformador*, el Estado y el derecho en

un modelo garantista que anula toda clase de normativa que no goce de legitimidad, por tanto, en esta clase de Estado los órganos de la administración pública y dentro de ellos los de la Función Judicial, deben responder y supeditarse a los alcances y contenidos de los derechos fundamentales, respetándolos y garantizándolos.

De tal modo que, en nuestro caso el valor de la justicia se relaciona con el que en la Constitución se denomina *sumak kamsay*, (buen vivir), conformado entre otros por los derechos al agua, a la alimentación, a un ambiente sano, a la comunicación, a la información, a la cultura, a la ciencia, al deporte, a la recreación, al tiempo libre, a la educación, al hábitat, a la vivienda, a la salud, al trabajo y a la seguridad social, cuyo acceso a esos derechos define en la práctica el concepto real de justicia social.

5.- EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL TRABAJO

Américo Plá Rodríguez, fue quien diseñó este principio al decir: “...el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, o sea, que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto, sino que dura en el tiempo. La relación laboral no es efímera sino que presupone una vinculación que se prolonga.”⁶

Cuando el tratadista uruguayo realizó este planteamiento se debatió sobre el peligro de que la continuidad en el trabajo podría encubrir ciertas formas de esclavitud, luego se advirtió que el peligro real era el inverso, a lo que el autor le denominó “... la inestabilidad que es sinónimo de inseguridad”.

En ese sentido, Mario De La Cueva, sostuvo de manera categórica que: “La estabilidad en el trabajo es un principio que otorga carácter permanente a la relación de trabajo y hace depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador y sólo excepcionalmente de la del patrono, del incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador y de circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación, que hagan imposible su continuación...”⁷. Criterio este, que complementa el de Américo Plá Rodríguez y que a pesar de corresponder a la década de los ochenta, se enmarcan en la propuesta contemporánea del concepto de trabajo decente.

la Constitución de 2008, Editores Alberto Acosta y Esperanza Martínez, Abya – Yala, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2011, p. 122.

⁶ Los principios del derecho del trabajo, Biblioteca de Derecho Laboral, p. 151.

⁷ DE LA CUEVA, Mario, El nuevo derecho mexicano del trabajo, Editorial Porrúa S.A, Cuarta Edición, México 1977, p. 219.

Es por tanto, que a partir de estos y otros criterios la doctrina ha desarrollado distintos mecanismos de protección contra el despido arbitrario, entre ellos y con mayor frecuencia la reparación de la terminación unilateral de la relación de trabajo a través de una indemnización económica; así como, el de la reinstalación o reintegro.

Con relación a la indemnización en caso de despido y el proceso de flexibilidad laboral, esta forma de reparación ha terminado por constituirse en un instrumento que se ha utilizado para dar por concluida la relación laboral, sin mayores inconvenientes para la parte empleadora y que al fin ha generado en las y los trabajadores situaciones de alto perjuicio, en tanto, de una parte, han perdido la posibilidad de continuar en el trabajo y con ello el tener un ingreso que permita cumplir su proyecto de vida, y de otra, el que para obtener tales indemnizaciones se tengan que someter a juicios laborales con una duración de tiempo que transgrede el principio de plazo razonable, concretándose por tanto en el mayor de los casos, que el pago de indemnizaciones en los casos de terminación de la relación laboral por despido intempestivo no son mecanismos adecuados de reparación.

En cuanto al reintegro, al menos en el Ecuador, no existe un ordenamiento jurídico que viabilice esta institución.

Sobre este aspecto, se recuerda que en el año 1982, la OIT, en un esfuerzo por proteger la terminación unilateral de la relación de trabajo, adoptó el Convenio 158, mediante el cual no se puede poner término a la relación de trabajo “a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad, su conducta, o que se halle basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.⁸

Este Convenio y los aspectos principales que lo definen, son un avance en la tutela del principio de continuidad en el trabajo, sin embargo, no alcanzan los márgenes de exigencia de la significación del trabajo decente.

⁸ Art. 4 del Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

6.- ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA

Sentis Melendo, sostiene que la verdadera significación del verbo probar se relaciona con la “verificación o demostración de autenticidad”, de ahí que, expresa que la prueba se relaciona con la “acción o efecto de probar”, lo que genera todo el proceso de la actividad probatoria.⁹

En ese sentido, la carga de la prueba como criterio tradicional, es la obligación que tienen las partes de proporcionar al proceso los elementos necesarios que permitan a juezas y jueces llegar a una convicción y se pronuncie en sentencia sobre los puntos controvertidos en el proceso. De ahí que, en el derecho procesal el principio general se basa en que quien alega un hecho debe probarlo; dicho de otra manera, cada cual prueba sus afirmaciones.

Sin embargo, en materia laboral, existen planteamientos en los cuales, sobre la base del principio indubio pro operario se realizan reflexiones que se alejan de los criterios tradicionales, así, Rubinstein sostiene: “No concebimos la vigencia de la justicia social en el proceso laboral cuando se intenta excluir el principio indubio pro operario en materia probatoria, ya que puede haber paridad en las distintas probanzas y entonces el juzgador debe recurrir a su aplicación, teniendo en cuenta que para rectificar desigualdades es esencial incorporar otras...”. En esa línea este autor, expresa que Eduardo J. Couture sostiene: “Debemos considerar que el indubio pro operario se fundamenta en la filosofía de la justicia social, y que, como hemos dicho, si bien es cierto que el principio pro operario es de naturaleza procesal, su proyección es de mayor amplitud, ya que se introduce en la problemática filosófica y social, para nivelar desigualdades...”.¹⁰

En el Ecuador, según el Art. 114 del Código de Procedimiento Civil, cada parte está obligada a probar los hechos que alega; y según el Art. 113 ibídem, es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el demandado. Sin embargo, la parte accionada no está obligada a producir prueba si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; sin

⁹ SENTIS Melendo, Santiago, La prueba, los grandes temas del derecho probatorio, Ediciones Jurídicas, Europa –América, Buenos Aires – Argentina, pp. 34-35.

¹⁰ SENTIS Melendo, Santiago, La prueba, los grandes temas del derecho probatorio, Ediciones Jurídicas, Europa –América, Buenos Aires – Argentina, pp. 34-35.

embargo, el demandado debe probar su negativa, si ésta contiene una afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada, es entonces, que si un empleador que ha sido demandado, ante la afirmación del trabajador de que ha sido despedido intempestivamente, al contestar la demanda niega haberlo despedido y al mismo tiempo afirma de manera explícita que el trabajador ha sido quien abandonó su puesto de trabajo, por tal afirmación se revierte la carga de la prueba, a consecuencia de lo cual le corresponde al demandado probar su afirmación relacionada con la acusación de abandono, con la cual se libera al trabajador accionante la de probar que fue despedido por su empleador.

Esta circunstancia, de orden procesal de un caso concreto de reversión de la carga de la prueba se da por excepción lo cual no resuelve sino en ciertos casos las dificultades que tienen las y los trabajadores para demostrar que la relación laboral ha concluido por decisión unilateral de los empleadores.

7.- DIFICULTADES REALES DE LAS Y LOS TRABAJADORES PARA APORTAR PRUEBA Y DEMOSTRAR QUE LA RELACIÓN LABORAL HA CONCLUIDO POR DECISIÓN UNILATERAL DE LA PARTE EMPLEADORA

La igualdad de las partes en el proceso es un principio que cobra fuerza y vigencia en el ámbito civil, en tanto que: “... su traslación al proceso laboral, sin reserva alguna, es violatoria del principio de la igualdad económica, que debe imperar en una sociedad justa y solidaria”¹¹

De ahí que, Rubinstein invocando a Radbruch, expresa que éste sostenía que: “La idea central en que el derecho social se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen; la igualdad deja de ser, así, punto de partida del derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico”¹²,

¹¹ SENTIS Melendo, Santiago, La prueba, los grandes temas del derecho probatorio, Ediciones Jurídicas, Europa –América, Buenos Aires – Argentina, pp. 34-35.

¹² RUBISTEIN, Santiago J, Fundamentos del Derecho Laboral, ob. cit., p. 3.

De todo ello, Santiago J. Rubinstein considera que las leyes procesales laborales deben incorporar el principio indubio pro operario, para aplicarlo en los casos de duda en cuanto a la valoración de las pruebas pero no para suplir omisiones de las partes en materia probatoria, con lo cual pone en evidencia que tales esfuerzos tienen límites profundos, que al final repercuten en contra de la parte más débil de la relación laboral.

El hecho real en la actualidad al menos en Iberoamérica es que las y los trabajadores que por su propia condición económica en los casos de terminación de la relación laboral de manera unilateral por la parte empleadora, no siempre tienen la posibilidad real de aportar medios probatorios en la actualidad que le permitan demostrar sus afirmaciones y por tanto al menos obtener una reparación a través de una indemnización.

8.- LA REVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA COMO MUESTRA DE UNA AUTÉNTICA TUTELA EFECTIVA PARA PROTEGER EL DERECHO A LA CONTINUIDAD EN EL TRABAJO EN EL MARCO DE UN PROGRAMA DE TRABAJO DECENTE

En aplicación de los objetivos estratégicos de la OIT y en la obligación de cumplir en cada estado nación, con un Programa de trabajo decente, en base a los cuatro objetivos estratégicos que se plantean en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa adoptada en el año 2008 y que entre otros aspectos se plantea la implementación de la calidad del empleo, misma que sólo se explica a través de mecanismos que generen una estabilidad y por tanto la continuidad de las y los trabajadores, lo cual sólo es posible lograrlo si en el caso de despido intempestivo, se revierte la carga de la prueba, de manera clara y precisa en los cuerpos jurídicos laborales, a consecuencia de lo cual por este principio correspondería a la parte empleadora probar que no despidió a la trabajadora o al trabajador, y por tanto, reintegrarlos a su puesto de trabajo, y si ello no es posible consignar los valores de las indemnizaciones que en cada caso corresponda por terminación de la relación laboral mediante despido intempestivo.

Por tanto, sólo la reversión de la carga de la prueba a la parte empleadora, en el ámbito laboral en los casos de despido intempestivo, respondería en las legislaciones laborales a los objetivos que persigue el principio del trabajo decente y que se

enmarca de manera real en el principio de justicia social y en el caso del Ecuador, en el concepto de Estado constitucional de derechos y justicia como dispone la Constitución de 2008.

Febrero de 2014.

La Historia Clínica como Medio de Prueba en Juicio

¹Dra. Gladys Terán Sierra

Previamente a hacer el abordaje del tema planteado, y dado el marco de este congreso internacional, la presente ponencia se la estructurará en dos partes; la primera en cuanto una breve aproximación al tema general de la “Responsabilidad Médica”, pasando por aspectos como la responsabilidad; el acto y la obligación médica; la responsabilidad médica y la *lex artis*; el deber de cuidado del profesional de la salud; la normativa en el caso ecuatoriano; y, una referencia y/o mirada desde el derecho comparado y las disposiciones legales de países iberoamericanos respecto a la responsabilidad penal del profesional de la salud. Dejando para la segunda parte el tema medular de la ponencia “La historia clínica como medio de prueba en juicio”, en donde se analizará la historia clínica, consideraciones generales, características, su valor probatorio, y se puntualizaran varias conclusiones.

¹ Magistrada de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Docente de la Universidad Cristiana Latinoamericana, Escuela de Derecho, Cátedra Código de Procedimiento Penal; y, de la Universidad de las Américas (UDLA) Cátedra Clínica Penal. Doctora en Jurisprudencia. Magister en Derecho Penal y Criminología por la Universidad Autónoma de los Andes (Ecuador). Diplomado Superior en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar; Postítulo en Derechos Humanos y Juicio Justo por la Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y Universidad Católica del Perú. Maestrante de Derecho Penal Internacional por la Universidad de Granada-España.

PARTE I

La Responsabilidad Médica

1.1. La Responsabilidad Médica

La responsabilidad en términos generales, la podemos entender como la capacidad que existe en toda persona para conocer el deber u obligación que asume como consecuencia de una acción u omisión realizada libremente, y de la cual debe responder y aceptar las consecuencias.

En el ámbito jurídico, la responsabilidad puede ser entendida como la transgresión, por acción u omisión, de un deber de conducta señalado en una norma jurídica, que importa una consecuencia de relevancia jurídica.

Abstrayéndonos, al caso concreto de la responsabilidad penal, esta es aquella que proviene de la comisión de un delito –modernamente llamado delito culposo– y que busca imponer un castigo de índole punitivo o sanción penal, al sujeto culpable del ilícito; la responsabilidad penal no es otra cosa que el estado de sometimiento en que se encuentra el individuo que ha tomado parte en la ejecución de un delito frente a la potestad punitiva estatal, y que se traduce en tener que soportar la aplicación de la pena prevista en la ley por la ejecución de ese hecho delictivo.

² Podemos entender por dolo, en términos generales, como la voluntad de ejecutar un comportamiento delictivo, de acción u omisión, de manera libre y con pleno conocimiento y conciencia de que ese proceder obedece a un hecho ilícito que es contrario a derecho; por consiguiente, cuando existe dolo en el obrar de una persona, estamos en presencia de un delito doloso.

Por culpa, podemos entender el ejecutar un comportamiento, de acción u omisión, que llega a constituirse en un ilícito penal, pero sin la voluntad ni la intención de causar una consecuencia lesiva; en otras palabras, existe una inobservancia e infracción al deber de cuidado necesario impuesto por las normas. La culpa conlleva para el sujeto que incurre en ella, el deber incumplido o inobservado de haber prestado atención a su entorno, de haber anticipado las eventuales consecuencias de sus acciones u omisiones, y de haber determinado el modo de realizarlas en función del riesgo que de ellas pudiese surgir, adoptando los resguardos necesarios para controlar o reducir el riesgo de daño para los bienes jurídicos. Por tanto, el necesario deber de cuidado que da lugar al surgimiento de la culpa, importa dos deberes insoslayables: un deber de previsión y un deber de precaución. Por consiguiente, cuando existe culpa en el obrar de una persona, estamos en presencia de un delito culposo, impropiaamente llamado cuasidelito.

Para que exista responsabilidad penal, el sujeto que participó en el hecho, eventualmente ilícito, debe haber incurrido en dolo o en culpa, condiciones *sine qua non* para que exista responsabilidad penal, es decir, si no hay dolo o culpa, no hay responsabilidad penal².

1.2. El Acto y la obligación médica

Según la Real Academia de la Lengua Española, la medicina es la ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano; por consiguiente, el acto médico será aquella actividad realizada por las personas, habilitadas legalmente, para prevenir, diagnosticar, tratar, y curar, las enfermedades del cuerpo humano, en la medida en que los conocimientos de su ciencia y los recursos humanos, científicos (medicamentos) y tecnológicos (instrumental) disponibles, así lo permitan.

El acto médico es “*aquel en que el médico actúa como profesional de la medicina en la prevención, promoción, recuperación y rehabilitación de la salud individual o colectiva, y mediante el que atiende y resuelve los problemas directos y derivados de la relación médico paciente.*”³; su naturaleza jurídica se origina en el acto médico, propiamente dicho, el cual debe ser realizado con ocasión de ejercer la profesión, es decir, no puede ser cualquier acto realizado por un médico, sino aquel en el que específicamente esté actuando como médico de lo contrario se le denominaría acto de función⁴.

El delito médico culposo, es el acto médico, de acción u omisión, que constituye un ilícito penal, pero que ha sido realizado sin la voluntad ni la intención de causar una consecuencia lesiva; en otras palabras, existe una infracción al deber de cuidado necesario impuesto por las normas.

El delito médico doloso, es el acto médico, de acción u omisión, ejecutado de manera voluntaria y conscientemente deseado, que importa una transgresión al ordenamiento jurídico.

³ GONZALES CÁSERES, Alberto: El Acto Médico en el Perú: Aciertos y Confusiones Conceptuales. En: Gestión Médica, Lunes 1 al domingo 7 de julio del 2002. p. 10

⁴ Ver GUEVARACHACABANA, Gamaniel. Acto Médico: Límites y Posibilidades. Actualidad Médica, Volumen 4 N° 3, abril 2002– diciembre 2002. pp. 54-62.

Este enunciado sostiene que la labor asistencial y curativa, la actividad más permanente y característica del médico, queda en segundo plano, precedido por otras modalidades de la profesión como las de directivo, autoridad, funcionario, etc; funciones que se desempeñan generalmente en despachos u oficinas, en las que el médico no interactúa con pacientes sino con sus pares o subalternos. Si nos atenemos a lo que está escrito, deberíamos considerar como acto médico, la decisión de un Director Ministerial médico aprobando una partida para instalar aire acondicionado en su despacho. Puede apreciarse que en el acto arriba mencionado no sólo no hay relación médico paciente alguna, sino que tampoco está vinculado o dirigido a la solución de algún problema de salud individual o colectiva. Es difícil considerarlo acto médico. En todo caso se puede proponer que se lo designe como acto de función médica.

El acto médico tiene cuatro características principales que lo distinguen: 1. La profesionalidad, sólo el profesional médico puede realizarlo; 2. Ejecución típica, se refiere a que su ejecución debe ser de acuerdo a la *Lex Artis*, es decir, sujeta a las normas de excelencia y calidad imperantes en ese momento; 3. Tener por objetivo la curación o rehabilitación del enfermo; y, 4. Licitud, concordancia con las normas legales existentes⁵.

En el ejercicio del acto médico, el profesional de la medicina, se obliga a emplear todos sus conocimientos y medios suficientes y disponibles de su ciencia y arte con el propósito de precaver, diagnosticar, tratar y curar una determinada enfermedad; por consiguiente, el médico contrae una obligación de medios, para el propósito encomendado, y no una obligación de resultado, por tanto, el objeto de la responsabilidad *médica* es una obligación de medios que contrae el facultativo por tanto su responsabilidad no puede darse en función del resultado; esta obligación de medios, tiene lugar en las distintas etapas del acto médico, ya sea en la etapa de diagnóstico de la patología, como en la de tratamiento médico, en la etapa del acto quirúrgico y en el pos operatorio del paciente.

Por ser la obligación que asume el médico una obligación de medios, la culpa consistirá en no haber empleado los medios suficientes con el propósito encomendado, el no haber sido diligente, prudente o hábil o no haber tomado todas las precauciones que hubieran evitado el daño, puesto que, por ejemplo, un error culpable en el diagnóstico normalmente influirá en el tratamiento médico, el cual, por lo mismo, importará a su vez un segundo equívoco, que generalmente será el que origine el delito culposo; de igual forma, pudiera darse el caso de un diagnóstico erróneo y un tratamiento acertado; de un diagnóstico erróneo no seguido de tratamiento; y, de un diagnóstico acertado seguido de tratamiento equívoco, por lo que en todos los casos que se presenten se debe probar la conducta imprudente contraria al deber objetivo de cuidado que se le era exigible al profesional médico.

⁵ Ver ORTÍZ CARVAJAL, Francisco. Responsabilidad Penal Médica. 2013. Chile. Disponible en www.monografías.com/trabajos63/responsabilidad-penal-medica-shtm

1.3 Responsabilidad Médica y *Lex Artis*

Empero, que el objeto de la responsabilidad médica que contrae el galeno, se trata de una obligación de medios; el médico debe atenerse y observar en todo momento la *lex artis*⁶, la cual en rasgos generales es la forma de proceder de un profesional idóneo, acorde con sus conocimientos, técnicas, e incluso costumbres que muchas ocasiones no están escritas pero que forman parte de su actividad profesional, que la ejerce con su título reconocido legalmente por los organismos universitarios acreditados, lo que le acreditan la formación y los conocimientos necesarios para su cabal ejercicio. La *lex artis*, en el caso de los delitos médicos culposos, ha sido empleada para referirse a aquella evaluación sobre si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento; por lo tanto, se juzga el tipo de actuación y el resultado que acorde a los medios empleados ha obtenido, para lo que se deberá tomar en cuenta además las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, y las circunstancias específicas de cada enfermedad y paciente.

Ahora bien, no hay que olvidar que el profesional de la medicina trabaja, según las circunstancias, sobre la base del denominado “riesgo permitido”, es decir, en cuanto a que si se debía correr ese riesgo como única forma de sanar o salvar al paciente, el cual perfectamente podría haberse realizado apegado a *lex artis* y dentro del marco deontológico correcto, sin embargo, el resultado fue de muerte o de lesiones para el paciente; si este resultado se presenta luego de ejecutar actos acorde a la *lex artis* y al deber objetivo de cuidado, su conducta será atípica; empero contrario a ello, quien actúa fuera de estas reglas y ejecuta conductas peligrosas que van a constituir infracciones al deber de cuidado y exceden este riesgo permitido, se configura la responsabilidad penal médica.

⁶ Locución latina que literalmente significa "ley del arte" o regla de la técnica de actuación de la profesión médica.

El profesional de la medicina, al igual que los de otras ramas del conocimiento, posee una compleja estructura teórica que se integra y asimila luego de muchos años de observaciones y estudios; esta estructura teórica debe plasmarse en resultados concretos a través del manejo de técnicas especiales, y quien aplica estas técnicas lo hace imprimiendo su sello personal, su característica individual. Estos tres aspectos integran el ejercicio médico: ciencia, técnica y arte.

La *lex artis* impone al médico ciertos deberes, como modalidad de exclusión del riesgo del error culposo, entre otros: tenemos: i) seguir los progresos de la ciencia, conocer los nuevos medicamentos y procedimientos quirúrgicos que superen a otros anteriores; ii) mantener una práctica profesional adecuada a los protocolos de actuación del caso en que le corresponda intervenir; iii) obedecer a las reglas generalmente admitidas por la ciencia y el arte de la salud especializada a la cual se dedica; iv) obrar con prudencia, recurriendo a la opinión de otros especialistas en aquellos casos dudosos y que puedan debilitar o exceder su juicio médico; v) conocer sus personales limitaciones frente al acto que habrá de realizar, a fin de excluir la eventual modalidad de culpa provocada por la impericia, pues solo reconociéndola y evitando una actuación en tal situación, podrá excluir un comportamiento criminal; vi) mantener una observancia de los reglamentos destinados a normar las acciones de salud, los protocolos médicos, quirúrgicos, etc.

La doctrina nos señala que para hablar de responsabilidad médica, se requiere de la existencia copulativa de cinco condiciones: 1. Que el autor sea médico cirujano o de otra de las calidades que señala la ley; 2. Que el autor del hecho se encuentre en ejercicio profesional; 3. Que su conducta cause daño a una persona; 4. Que haya actuado culpablemente; y 5. Que exista relación de causalidad entre el acto culposo y el daño resultante.

1.4. Deber de cuidado del profesional de la salud.

Los médicos son seres humanos, pueden fallar, es por ello que aparece el litigio de la responsabilidad médica, que no olvidemos, es un acto netamente profesional.

El paciente confía su vida y salud al médico, quien asume la obligación de usar su ciencia y arte, sus conocimientos, para curar, paliar y mejorar la calidad de vida de aquél, cuando no resulta posible su curación; en este marco el “deber de cuidado” del médico consiste en un actuar eficaz, eficiente y efectivamente, esto es, diligente, encaminado a la obtención del resultado debido, conforme a las normas del arte del curar (*lex artis*).

Ahora bien, el problema es que la actividad médica, por propia definición, resulta incierta, ya que actúa sobre bases probabilísticas y con fundamento en conocimientos que permanentemente se van actualizando y modificando; el error o evento adverso es parte inescindible de la tarea médica, ya que las variables que se presentan en dicha actividad son multifactoriales y aun cuando se haya realizado

todo aquello que la ciencia considera adecuado, el resultado puede no ser el esperado, ni el procurado, ni el querido; es por ello que debe considerarse que no todo error puede llegar a constituir una acción negligente, imprudente o imperita.

En Medicina, no basta la existencia de un error para afirmar la responsabilidad del profesional, sino que tal debe constituir un yerro que *“cayendo fuera del marco de lo opinable y discutible, sea grosero e inadmisibles por obedecer a una falta del saber mínimo”*.

La doctrina es uniforme en afirmar que no infringe el deber de cuidado, es decir, no actúa atípicamente, todo médico que se atenga a la *lex artis*, incluso cuando no logre alcanzar el fin curativo perseguido o aun cuando el paciente sufra un perjuicio. No se infringe el deber de cuidado cuando éste por las circunstancias particulares del caso, resulta de imposible cumplimiento.

El profesional médico debe atenerse y observar en todo momento la *lex artis*, cuyo contenido no está establecido en el Derecho Penal, sino que resulta del resorte exclusivo de las ciencias médicas, conforme los principios epistemológicos que la rigen, como quedó indicado.

1.5. Normativa en el caso ecuatoriano

El 10 de febrero de 2014, se publicó en el Registro Oficial ecuatoriano, el Código Orgánico Integral Penal, cuerpo legal en reemplazo de los anteriores (y aún vigentes por seis meses más) Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Código de Ejecución de Penas, y demás normativa penal dispersa; este nuevo cuerpo legal integral, crea las normas para garantizar fundamentalmente la vida de las personas, la seguridad ciudadana, eficiencia y eficacia en la administración de justicia y la lucha contra la impunidad; tipifica nuevos delitos en el Ecuador como femicidio, pánico financiero, sicariato, enriquecimiento privado no justificado, el homicidio culposo por responsabilidad profesional, entre otros.

El COIP, obedece a un cambio integral que se produce en razón de que el Ecuador mantiene un sistema penal que data de 1938, mismo que ha sido sometido a no

⁷ JANTUS, Pablo y Patricia QUIRNO COSTA. Homicidios, lesiones y abortos relacionados con el arte de curar. En GARAY, Oscar. Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal. Buenos Aires. La Ley. 2003. p. 1031-1110.

menos de 46 reformas, las cuales lejos de mejorar el esquema jurídico penal, han generado dispersión normativa, confusión e imprecisión al momento de aplicar dicho código; a esto se suman las más de 200 normativas no penales, que tipifican infracciones y sanciones que se hallaban dispersas en distintas materias como: régimen militar, policial, adolescentes, mujeres violentadas, tránsito, medio ambiente, drogas, tenencia de armas, entre otras; lo que repercute en la seguridad jurídica.

Por lo tanto, se da un cambio estructural de la normativa penal, hacia un nuevo modelo de justicia penal integral; acorde con los grandes avances constitucionales que ha logrado el país a partir de la Constitución del año 2008, con el cual se dio el gran cambio al Estado constitucional de derechos justicia y el paradigma del nuevo constitucionalismo; se han incluido tipos penales que permiten perseguir y sancionar nuevas modalidades delictivas.

En este marco, el nuevo COIP tipifica al homicidio culposo por mala práctica profesional y señala:

“Art. 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.- La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.

Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

- 1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.*
- 2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.*
- 3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.*
- 4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.”*

1.6. Disposiciones legales de países iberoamericanos respecto a la responsabilidad penal del profesional de la salud – Tipo Penal Especializado por Homicidio Culposo

PAIS	NORMATIVA	COMENTARIO
España	<p>(Código Penal) Art. 142</p> <p>1. <i>El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.</i> (...)</p> <p>2. <i>Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años.</i></p>	<p>Dentro del homicidio culposo se incluye la inhabilitación especial de 3 a 6 años cuando se trate de homicidio derivado de imprudencia profesional.</p>
Chile	<p>(Código Penal) Art. 490</p> <p><i>El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas será penado:</i></p> <p>1°. <i>Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importe crimen.</i></p> <p>2°. <i>Con reclusión o relegación menores en su grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito.</i></p> <p>Art. 491</p> <p><i>El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior.</i></p> <p>Art. 492</p> <p><i>Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, ejecutare u hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas.</i></p>	<p>Aborda la responsabilidad del profesional de la salud calificando varios tipos de culpa: imprudencia temeraria, negligencia culpable en el desempeño de la profesión y mera imprudencia o negligencia. En todos estos casos, la pena es la misma.</p> <p>De acuerdo al art. 56, la reclusión o relegación menor comprende una pena de 61 días a 3 años.</p>

<p>México</p>	<p>(Código Federal Penal) Art. 228 <i>Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso:</i> I. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y, II. Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos. Art. 229 <i>El artículo anterior se aplicará a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen a su tratamiento sin causa justificada, y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente.</i></p>	<p>El homicidio es penado con prisión por 12 a 24 años. Para los delitos culposos, se impondrá hasta la cuarta parte de la pena, es decir de 3 a 6 años de prisión</p>
<p>Colombia</p>	<p>(Código Penal) Art. 109° HOMICIDIO CULOPOSO <i>El que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa de veinte y seis punto sesenta y seis (26.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i></p>	<p>No existe un tipo penal especializado para la responsabilidad médica.</p>
<p>Argentina</p>	<p>(Código Penal) Art. 84 <i>Será reprimido con prisión de seis a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte.</i></p>	<p>Lo que se castiga es el actuar negligente, imprudente o imperito, así como aquel basado en la inobservancia de los reglamentos o deberes a cargo del profesional.</p>

<p>Costa Rica</p>	<p>(Código Penal) <i>Homicidio Culposo</i> Art. 117 <i>Se impondrá prisión de seis (6) meses a ocho (8) años, a quien por culpa mate a otro. En la adecuación de la pena al responsable, el tribunal deberá tomar en cuenta el grado de culpa y el número de víctimas, así como la magnitud de los daños causados.</i> <i>En todo caso, al autor del homicidio culposo también se le impondrá inhabilitación de uno (1) a cinco (5) años para el ejercicio de la profesión, el oficio, arte o la actividad en la que se produjo el hecho.</i></p>	<p>No existe un tipo penal especializado para la responsabilidad penal del profesional de la salud, se rige por el tipo penal general “homicidio culposo”.</p> <p>La sanción de inhabilitación para el profesional es de máximo de 5 años.</p>
<p>Perú</p>	<p>(Código Penal) Art. 111.- <i>Homicidio Culposo</i> <i>El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas.</i> <i>La pena privativa de libertad será no menor de un año ni mayor de cuatro años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y no menor de un año ni mayor de seis años cuando sean varias las víctimas del mismo hecho.</i></p>	<p>Contiene un tipo penal especializado para la culpa profesional.</p> <p>Cuando el homicidio culposo es cometido por inobservancia de las reglas de profesión, será penado con una pena de 1 a 4 años.</p>
<p>Paraguay</p>	<p>(Código Penal) Art. 107.- <i>Homicidio culposo</i> <i>El que por acción culposa causara la muerte de otro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.</i></p>	<p>No contiene un tipo penal especializado.</p>
<p>Bolivia</p>	<p>(Código Penal) Art. 260.- <i>Homicidio culposo:</i> <i>El que culpa causare la muerte de una persona, incurrirá en reclusión de seis meses a tres años.</i> <i>Si la muerte se produce como consecuencia de una grave violación culpable de los deberes inherentes a una profesión, oficio o cargo, la sanción será la de reclusión de uno a cinco años.</i></p>	<p>Tipo especializado para la grave violación culpable de los deberes inherentes a una profesión, con una pena de máximo cinco años de reclusión.</p>

<p>Uruguay</p>	<p>(Código Penal) <i>Art. 314. Homicidio culpable. El homicidio culpable será castigado con seis meses de prisión a ocho años de penitenciaría.</i></p> <p><i>La aplicación del máximo se considerará especialmente justificada –salvo circunstancias excepcionales– cuando de la culpa resulte la muerte de varias personas o la muerte de una y la lesión de varias.</i></p>	<p>No contiene un tipo penal especializado.</p>
-----------------------	--	---

(Fuente: tomado del Informe sobre responsabilidad penal médica en Ecuador. 21 de junio de 2013. elaborado por Pérez Bustamante & Ponce Abogados Cía. Ltda.)

PARTE II

La Historia Clínica como medio de prueba en juicio

El médico al ser abordado por su paciente, construye una relación interpersonal al momento en que éste le informa sus dolencias y el galeno se compromete a poner en práctica todos sus conocimientos, con la ayuda de diferentes técnicas científicas e instrumentos mecánicos, así como la participación de todo un equipo biomédico, para cumplir de manera eficaz, eficiente y efectiva su obligación de cuidado personal para con él; sin que con ello, implique, claro está, la garantía del éxito en su resultado; para ello, deberá advertirle previamente los riesgos que cada acto que realizará pueden producir y/o repercutir en la salud del paciente.

Dentro de la relación necesaria entre médico y paciente, aparece desde su inicio un deber del médico, que es el de elaborar la historia clínica, éste se convertirá en el mejor testimonio tanto para el médico como al paciente, de esta relación que nació con una dolencia; este documento denominado “historia clínica”, que junto con el análisis pericial se convierten en las dos principales pruebas de tipo documental y testimonial, a través de las cuales es posible determinar la responsabilidad penal médica por la violación de la regla de la *lex artis* así como de las causas reales del daño causado al paciente; pues con ella se podrá iniciar la investigación por el reclamo de un paciente o sus familiares quienes esperaron la atención de un profesional médico que iba a emplazar su capacidad profesional y el deber de cuidado que su profesionalismo le imponen, al momento de ejecutar un acto médico.

2.1. La historia clínica

1. “La historia clínica se configura como el documento médico—legal más importante, y en los supuestos de responsabilidad médica se convierte en un medio imprescindible y necesario para evaluar pericialmente la asistencia prestada a un paciente; por ello adquiere su máxima dimensión jurídica como medio de prueba. Su aportación al proceso cuando es requerida judicialmente, y con las debidas garantías, resulta fundamental para una adecuada substanciación de las actuaciones procesales.”⁸ Este documento es de propiedad del paciente y el médico que la elaboró se convierte en su depositario.

La historia clínica tiene doble importancia para el Derecho Penal, pues su elaboración constituye uno de los elementos de la *lex artis*; pero además los datos que en ella se inscriben, constituyen la prueba más directa sobre la forma como el profesional de la medicina, cumplió o incumplió con estas reglas, por cuanto en ella se consignan las actividades del médico o de su equipo, con la suficiente información que permitirá un análisis posterior, de darse el caso de un reclamo sea de índole civil, penal o de cualquier otra índole.

Desde el punto de vista dogmático, la historia clínica es una herramienta muy útil para la verificación de ciertos aspectos relacionados con la determinación de si con su conducta el médico creó un riesgo no permitido para la salud de su paciente; estos aspectos serían, por ejemplo:

La determinación de si el médico actuó dentro de la *lex artis* y si su conducta puede considerarse como incluida dentro del riesgo permitido.

La verificación de si la responsabilidad del médico puede calificarse como una imprudencia consciente, (culpa con representación) como una imprudencia inconsciente (culpa sin representación), o incluso como un evento de dolo eventual; para este fin se tendría que determinar la previsibilidad del riesgo de acuerdo a las anotaciones de la historia clínica; es por ello que este documento debe ser redactado de manera precisa, comprensible y completa; y,

⁸ SARRATO MARTÍNEZ, Luis. La Historia Clínica y su acceso con fines judiciales”. En Diario La Ley. Año XXIX. Número 6854. Viernes 4 de enero de 2008. España.

La determinación de si la conducta del médico constituyó una disminución o un aumento del riesgo para la salud del paciente.

Debemos tener en claro, que se deberá probar si existió o no una demora imputable a la institución que brinda asistencia de salud; o si la conducta del médico tratante no era condescendiente con la *lex artis*; por lo que todo esto, menoscabó la salud del paciente o se puso en riesgo su curación.

2.2. Consideraciones generales

La Real Academia de la Lengua Española, define a la historia clínica como: *“La relación de datos con significación médica referente a un enfermo, el tratamiento al que se le somete y a la evolución de su enfermedad.”*

Sintéticamente se la puede definir como: *“el instrumento mediante el cual el médico elabora el diagnóstico, fundamenta el pronóstico, y consigna el tratamiento y la evolución del paciente. Gramaticalmente el significado del vocablo “historia clínica”, conjuga la palabra historia como la narración verdadera de sucesos acaecidos, y la palabra clínica que significa “al lado” o “junto a la cama”.⁹*

La historia clínica debe ser considerada como una especie dentro del género denominado “documento clínico” que se encuentra compuesto por las constancias de los hospitales y de las entidades sanitarias, en la que se encuentran consignados todos los hechos y datos relevantes a la obligación profesional existente entre el paciente y el centro de salud o el médico.¹⁰

Es menester hacer un examen minucioso de su concepto, sus elementos estructurales y modo de elaboración; de tal suerte, que en los casos frente a los cuales se encuentran los peritos hoy en día, tenga una solución rigurosa y correcta, más si se le considera como un elemento probatorio en juicio.

⁹ GABROIS. La Historia Clínica. 2002. p. 81

¹⁰ RODRIGUEZ JORDAN en su obra Mala Praxis. 1998. p. 63, señala que también incluye, entre otros datos, las recetas médicas, los documentos administrativos, copias de los electros, el libro de guardia, de enfermería, de ambulancia, los informes de laboratorio, los registros radiológicos, tomográficos, farmacológicos, etc.

2.3. Características

En cuanto a las características y los elementos de los cuales se compone la historia clínica, tenemos: que se trata de un documento; que es esencialmente unilateral; que tiene firma; y, que es una fuente de información.¹¹

La historia, clínica es un documento, por su confidencialidad, de carácter privado, estará suscrita por servidores de la salud, sean públicos o privados. Cabe aclarar que de todos modos, en el caso de que la historia clínica ingrese al tráfico jurídico, siendo anexada a un expediente o proceso judicial, adquiere *ipso facto* el carácter de un elemento de convicción del que tendrán acceso, los sujetos procesales y la administración de justicia; perdiendo así su carácter de confidencial.

En cuanto al contenido de la historia clínica, y su división u orden en que debe ser elaborada, no existe un acuerdo general; sin embargo, el orden más usado sería con relación a la anamnesis (datos de filiación, motivos de la consulta, enfermedad actual, historia pasada, familiar y social); luego vendría el examen físico, que comprende el examen general, regional y especial; y por último, deben constar los exámenes complementarios, anexando además las notas de evolución, los partes quirúrgicos, las interconsultas, la explicación e información dada al paciente sobre su condición de salud y tratamiento; el consentimiento informado, siendo además importante las notas de enfermería.

Como podemos observar, contiene toda aquella información que da cuenta del estado en el que son atendidos los pacientes, de sus antecedentes clínicos, de sus alergias, contraindicaciones, operaciones o intervenciones quirúrgicas previas, de sus síntomas actuales, etc.; información que debe corresponder a la verdad, toda vez, que es con fundamento a dicho documento y en los datos proporcionados por el paciente, el médico hace su diagnóstico y ordena un determinado tratamiento o intervención clínica.

Cabe indicar, que la historia clínica, como documento, contiene información que le va a servir en un inicio, al fiscal, de considerarse que existe presunción de la existencia de un delito, para que pueda realizar las investigaciones y experticias del caso;

¹¹ RODRIGUEZ JORDAN. *Ob. Cit.* p. 66

por tanto es considerado como un elemento de prueba documental que evidencia la conducta, tanto del paciente, como del médico frente a diversas controversias y situaciones que puedan surgir en el futuro, como por ejemplo en un eventual litigio por casos de responsabilidad penal médica.

A manera de corolario, en esta parte, se puede señalar que bajo la óptica que queda indicada, la historia clínica se enmarca claramente dentro de la prueba documental, como medio probatorio, tanto desde el punto de vista general del derecho, como desde la óptica del derecho penal; empero, en el caso de la historia clínica – documento de especiales connotaciones e importancia probatoria en el ámbito médico–, la misma adquiere también una serie de elementos definitorios que pueden dividirse en dos partes a saber: aquellos que componen la sección administrativa y aquellos que componen la sección médico-clínica; en la primera están aquellos datos generales y de información no relacionada con el problema o situación médica, como por ejemplo datos del paciente, médico tratante, hora de consulta, lugar de consulta, etc.; –hay que reparar que a pesar de que estos datos sean administrativos, no por ello quiere decir que tengan menor relevancia a efectos de determinar la responsabilidad penal del médico, toda vez que contiene una cantidad de información valiosa– con relación a los aspectos médicos clínicos se encuentra el examen físico, los exámenes complementarios y las notas de evolución; todo lo cual deberá estar íntimamente relacionado para poder dar un diagnóstico y tratamiento.

2.4. El valor probatorio de la historia clínica

Al definir a la historia clínica como un documento, ello implica que sirve como medio para acreditar la relación establecida entre el médico y el paciente o entre la institución prestadora de servicios de salud y el paciente; por lo tanto, en este sentido, se configura como medio de prueba, no sólo del nacimiento y existencia de esa relación, sino también del desenvolvimiento o desarrollo de la misma, porque en ella deben consignarse en forma íntegra, cronológica y oportuna el diagnóstico, el tratamiento, los procedimientos médicos, las prescripciones y en general todo dato de la evolución del paciente y de la rehabilitación de la enfermedad; es por ello que como quedó indicado, en la historia clínica se deben describir todos los aspectos referentes al diagnóstico y la atención; pues lo que allí queda plasmado es el reflejo de la actividad médica y, lo allí no consignado, se presume no realizado, aunque pueda ello desvirtuarse al demostrarse por otros medios probatorios que sí se ha efectuado.

Una cuestión medular en materia de responsabilidad penal médica, es precisamente la relativa al valor probatorio que se le debe dar a la historia clínica dentro de un proceso judicial; debemos recordar, que el juez es un especialista en Derecho, que conoce la ley, más no la materia médica, que por tanto el trabajo de los sujetos procesales es demostrarle que existe una víctima que ha sufrido un daño y que este es producto de la acción u omisión de los prestadores de servicios de salud; esto podrá probarse principalmente con la historia clínica y la pericia médica; por ello, y dado que este es el tema principal de la presente ponencia, es menester hacer el abordaje y/o puntualización de ciertos aspectos generales, así:

- La historia clínica tiene una importancia primordial –pero no única– en el esclarecimiento de procesos de responsabilidad médica, no solo penal, sino también de índole civil, contenciosa administrativa, etc.

La historia clínica solía ser el documento probatorio por antonomasia, en materia de responsabilidad médica¹²; esta afirmación era corroborada por todos los sectores de la doctrina que, no obstante, advertían que la historia clínica no podía ser tenida por el único documento y medio de prueba para demostrar que una persona había incurrido en responsabilidad penal por la comisión de una conducta tipificada por el ordenamiento jurídico penal.

- Dado los principios de oralidad, contradicción e inmediación, en virtud de los cuales todos los elementos de prueba que pretenden hacerse valer dentro del juicio oral penal, deben ser practicados, sustentados y contrastados de forma verbal; deviene como consecuencia, que el valor probatorio de la historia clínica actúa condicionada a la valoración, explicación y análisis que hagan de ella los peritos que sean interrogados y conainterrogados en la audiencia del juicio, en conjunto con el análisis y valoración que se haga de los otros documentos que sirvan para demostrar la responsabilidad penal o la inexistencia de la misma.
- En cuanto a una ineficacia probatoria de la historia clínica, existen corrientes doctrinarias que afirman que no es un elemento probatorio idóneo ya que es elaborado por la persona inculpada de mala praxis, que por tanto no reflejaba finalmente la verdad de los hechos allí consignados; es por ello, que se

¹² RODRIGUEZ JORDAN. Ob. Cit. p. 61

la debe tomar como un documento base para el inicio de la investigación y posterior enjuiciamiento del responsable; a la que se deberán sumar el resto de investigaciones y pruebas practicadas.

- El contenido de la historia clínica, nunca podrá ser probatoriamente analizado sin la concurrencia de otros elementos procesales de convicción.

Si bien la historia clínica por lo general es uno de los documentos fundamentales que contribuyen a demostrar la tipicidad a o atipicidad de la conducta del médico, empero no puede convertirse en la única prueba dentro de un proceso judicial; el juez debe estudiar la responsabilidad del médico a la luz de otros medios y elementos probatorios, que incluso pueden entrar en contradicción con los plasmado en este documento; en dichos casos el juez debería ponderar las pruebas que le hayan sido presentadas en juicio, y decidir de acuerdo con un análisis jurídico basado en los criterios de peritos, médicos y profesionales de la salud, que tengan un conocimiento serio y profundo sobre los temas debatidos y que hayan sido presentados y sustentados en audiencia pública, bajo el principio de contradicción.

Es así que la actividad del perito será la de encontrar la existencia de un resultado no esperado en la atención médica de un paciente, y para ello es de suma importancia el expediente clínico y los documentos médico legales, que puedan llegar a evidenciar que el procedimiento y su actuación fue idónea y de acuerdo a la *lex artis*

- Otro tema que entra en juego en la historia clínica es aquel que tiene que ver con la titularidad, archivo custodia, derecho y/o deber de conservación de la misma.

Para SERRANO ESCOBAR, la historia clínica es un documento sujeto a reserva, pero debe ser conservado por los médicos e instituciones asistenciales; reconociendo por otro lado que la valoración médica, el diagnóstico y el tratamiento son producción intelectual del profesional de la medicina y como tal tiene derecho de propiedad sobre este tipo de reflexiones que son producto de su conocimiento.¹³

Por su parte RODRÍGUEZ JORDÁN señala que: *“tanto los pacientes como los médicos tienen derecho a poseer copias certificadas de sus historias clínicas, y los centros de salud*

¹³ SERRANO ESCOBAR. Responsabilidad Médica. 2009. p. 99

la obligación de otorgarlas, quedando el instrumento original en el establecimiento el que, a su vez, tendría el deber de custodiarlo...”¹⁴

Ahora bien cabe precisar que una cosa es el derecho de titularidad material que se deriva de la elaboración de la historia clínica, en sí mismo, por parte del médico, y otra cosa es el derecho de consulta o habeas data que asiste al paciente como derivación del contenido del documento.

- En cuanto a la naturaleza jurídica de la historia clínica, hay que autores que señalan que se trata de una fuente de prueba, más no de un medio probatorio¹⁵.

En esta línea, la historia clínica es un elemento material probatorio y no un medio de prueba; pues, únicamente en el momento en que ella es introducida en la audiencia oral de juicio en el proceso, es que adquiere fuerza probatoria; no se trata de un medio de prueba en sí, toda vez que el medio de prueba por excelencia dentro de un proceso penal acusatorio es el testimonio, pues a través de él se acreditará o desacreditará este documento; pues sin ello, no tendría, por sí solo, ningún valor probatorio.

En este contexto, vale decir, que la historia clínica es el documento fundamental para el establecimiento del “diagnóstico médico” más no de la responsabilidad médica; como decía Pascal “...la mayoría de los errores del médico se deben, no a un mal razonamiento sobre los síntomas mal recogidos, sino a un buen razonamiento sobre los síntomas mal recogidos”.

2.5. Conclusiones

A manera de corolario, cabe puntualizar que:

- La historia Clínica visto como documento es un continente que tiene como contenido un acto declarativo o representativo que expresa hechos jurídicos y su esencia para el derecho es precisamente su destino de servir como prueba.

¹⁴ RODRIGUEZ JORDÁN, Ob. Cit. p. 97

¹⁵ Ver RODRIGUEZ JORDÁN. Ob. Cit. pp. 74, 75

- En cuanto a su existencia, validez y eficacia, de la historia clínica, como medio probatorio documental, debe ser concebida como una cosa o un objeto, con aptitud representativa o declarativa, formado mediante un acto humano; debe representar un hecho que tenga una significación probatoria.
- La importancia como prueba documental, de la historia clínica, reside en el carácter permanente de la representación de los hechos que contiene, sea ello con la finalidad de dar nacimiento a una relación jurídica, o de servir de prueba acerca de su existencia, en un momento ulterior.
- La historia clínica no es el simple relato de hechos, es un acto médico documental, que para ser elaborada idóneamente se requiere experiencia y conocimiento tanto científico como previsional, en la medida en la que el médico debe poner en práctica la teoría, midiendo las consecuencias que puedan conllevar una acción diagnóstica o terapéutica. Es por ello que se exige que los galenos conozcan y aplique bien los conceptos básicos, para que en el ejercicio de su profesión eviten incurrir en desaciertos.
- En los procesos de responsabilidad, por el acto médico, la historia clínica se constituye en un elemento importante sobre el cual el Fiscal ordena una serie de actos probatorios, que van desde la experticia pericial médica hasta la solicitud de informes, versiones o declaraciones del personal médico y administrativo interviniente en el acto, para llegar a formular cargos, de considerar que existe presunciones del delito y de responsabilidad penal, y finalmente acusar ante el órgano jurisdiccional.
- Al ser un documento que da origen a una investigación de la que dependerá el inicio del proceso penal o en su defecto el archivo; es importante que el profesional médico la elabore de manera adecuada y pulcra, inteligible cuidando cada uno de los aspectos técnicos y administrativos, evitando tachones o enmendaduras y menos añadiduras, lo que coadyuvará a una fácil exploración y averiguación de los hechos ocurridos y los actos ejecutados.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- BARRERA TRUJILLO, Miuller. *La historia Clínica como medio probatorio documental*. Perú.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Jurídico Especial*. 1993.
- CHACON PINZON. *Responsabilidad Médica*. 2004. (citado por LOMBANA VILLALBA, Jaime. *Derecho Penal y Responsabilidad Médica*).
- GABROIS. *La Historia Clínica*. 2002. (citado por LOMBANA VILLALBA, Jaime. *Derecho Penal y Responsabilidad Médica*).
- GONZALES CÁSERES, Alberto: *El Acto Médico en el Perú: Aciertos y Confusiones Conceptuales*. En: *Gestión Médica*, Lunes 1 al domingo 7 de julio del 2002.
- GUEVARA CHACABANA, Gamaniel. *Acto Médico: Límites y Posibilidades*. *Actualidad Médica*, Volumen 4 N° 3, abril 2002- diciembre 2002. Perú.
- JANTUS, Pablo y Patricia QUIRNO COSTA. *Homicidios, lesiones y abortos relacionados con el arte de curar*. En GARAY, Oscar. *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal*. Buenos Aires. 2003.
- LOMBANA VILLALBA, Jaime. *Derecho Penal y Responsabilidad Médica*. Edit. Universidad del Rosario. Colombia 2007.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. *Especial Estudio de la “lexartis ad-boc” en la función médica*”. *Actualidad Civil*. 1986-1, 1697-1709.
- ORTÍZ CARVAJAL, Francisco. *Responsabilidad Penal Médica*. 2013. Chile.
- PÉREZ BUSTAMANTE & PONCE ABOGADOS Cía. Ltda. *Informe sobre responsabilidad Penal Médica en Ecuador*. 2013.
- RODRIGUEZ JORDAN. *Mala Praxis*. 1998. (citado por LOMBANA VILLALBA, Jaime. *Derecho Penal y Responsabilidad Médica*).
- SARRATO MARTÍNEZ, Luis. *La Historia Clínica y su acceso con fines judiciales*”. En Diario La Ley. Año XXIX. Número 6854. Viernes 4 de enero de 2008. España.

- SERRANO ESCOBAR. *Responsabilidad Médica*. 2009. (citado por LOMBARNA VILLALBA, Jaime. *Derecho Penal y Responsabilidad Médica*).

Sistemas Probatorios en los Procesos de Niñez y Adolescencia

Dra. María del Carmen Espinoza

1. INTRODUCCIÓN

Resulta conveniente como preámbulo al tema central de la presente ponencia, contextualizar y analizar las diferentes etapas por las que ha transitado la normativa que regula a la infancia y adolescencia, tanto a nivel internacional, cuanto a nivel del ordenamiento jurídico interno.

Normativa que a partir de finales de los 80 e inicios de los 90, ha colocado al derecho y a diferentes disciplinas, en el reto “no menor” de abandonar concepciones construidas sobre la base de una idea de “incapacidad” o de las “carencias” de los menores de dieciocho años, para adoptar una visión liberadora de aquella, tratando a la niñez y adolescencia como personas titulares de todos los derechos; que por decir lo menos, sería la única epistemología posible en los tiempos “modernos” que atraviesa la humanidad.

Así entonces, el presente trabajo realizará una referencia y análisis de la transformación que ha sufrido la concepción del derecho de la niñez y adolescencia en las últimas décadas; además, se trazará una prospección y descripción de la vasta e inacabada teoría de la prueba como parte esencial de la teoría del proceso, para finalizar abordando algunas reflexiones sobre el complejo y sinuoso campo de la justicia penal aplicada a adolescentes que cometen infracciones calificadas en la ley como delitos.

2. DEL PASO DE LA SITUACIÓN IRREGULAR A LA PROTECCIÓN INTEGRAL

2.1. La doctrina de la situación Irregular.

En el ámbito del derecho de la infancia en América Latina, han existido diferentes y bien marcadas etapas, que se distinguen por algunas reformas legales.

Según Emilio García Méndez, existen dos grandes etapas; la una, comprendida entre 1919 a 1949, en el que se introduce por primera vez el criterio de especificidad del derecho de menores, trayendo de suyo –en el ámbito institucional– una justicia para menores. La otra etapa puede decirse que inicia a partir de 1989, luego de diez años de debates y trabajos previos sobre la Convención de los Derechos del Niño (en adelante la Convención), que finalmente se aprueba por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, como un instrumento normativo destinado a conseguir el bienestar de niño/as y adolescentes, en tanto verdaderos sujetos de derechos.¹

A partir de la Convención, surgen algunos cambios importantes desde el derecho hacia la realidad. Para tratar de explicar esta proposición, iniciaremos echando mano de un enfoque “sustancialista”, que tiene por característica principal la defensa del antiguo régimen jurídico, justificando esta posición a través de lo que denominan condiciones materiales determinantes, como por ejemplo la pobreza.

Desde esta perspectiva, se instaura –previa la Convención–, ideas fundamentalistas, tales como: “mientras no se elimine la pobreza, las reformas legales en el derecho de menores, no tendría sentido alguno”, posición que además de contribuir a la estabilidad del *status quo*, olvida y desprecia el carácter pedagógico y transformador del derecho, en cuanto instrumento vivo que rige a la sociedad y limita el poder.²

¹ Emilio García Méndez, “Infancia Ley y democracia: una cuestión de justicia” en Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, edit., *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia*, 05.02.14, en http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/6_libro18.pdf

² *Ibidem*. Entiéndase que la pobreza constituye uno de los mayores males de la niñez y adolescencia en el mundo, sin embargo, su erradicación corresponde principalmente a políticas de Estado, en tanto que el derecho además de contribuir jurídicamente con este propósito, tiene como principal obligación la de regular la situación de la niñez y adolescencia desde el punto de vista de los derechos humanos en búsqueda de lograr su bienestar desde la dignidad, y no cayendo en un falso “realismo” como defensa del *status quo*.

Quienes mantenían esta posición sustancialista, defendían el paradigma de la situación irregular de la niñez y adolescencia, paradigma que tiene como eje principal de su concepción a la dicotomía: compasión–represión, trayendo como consecuencia una mutación del sentido de justicia a piedad; políticas públicas paternalistas y asistencialistas, más no estructurales, sociales e institucionales; pedagogías pensadas desde el poder de autoridad, etcétera, hasta llegar a relativizar normativamente una serie de violaciones a la dignidad y derechos de la infancia y adolescencia.³

Entre los rasgos característicos de esta concepción y su correspondiente “ley de menores”, tenemos los siguientes: i) un sistema de justicia defensor de criterios criminológicos y de la actividad punitiva del estado en contra de los adolescentes considerados como “peligrosos” para la sociedad; ii) la utilización de un argumento tutelar, por el cual se dejan de reconocer los derechos de los adultos a la niñez y adolescencia; iii) un sistema judicial que acoge como autoridad al juez de menores –con amplia recepción en América Latina– aplicando políticas sociales, y concentrando en su autoridad funciones de padre, juez, defensor, decisor... además de amplias potestades para decidir qué es “lo mejor” para los niños, actividad que se superpuso a las funciones propias de la actividad jurisdiccional.⁴

Sumado a esto, las leyes existentes en esta materia bajo el paradigma de la “situación irregular”, sirvieron de sustento para recrear una suerte de excepcionalidad de derechos y garantías para la infancia, que se encontraban consagradas en las Constituciones de los estados y que pertenecen a todos los seres humanos.⁵

2.2 La Doctrina de la Protección Integral.

Como antagonista del paradigma de la situación irregular, se encuentra la doctrina de la protección integral, recogida de forma amplia en la Convención. El cambio sustancial de paradigma se produjo al reivindicar –término más adecuado que reconocer– a la infancia y adolescencia como sujetos de todos los derechos que les corresponden a los adultos.

³ *Ibídem.*

⁴ Mary Beloff, “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar” en Unicef, *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1, 06.02.14, en http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf

⁵ Emilio García Méndez, *op. cit.*

Bajo esta perspectiva de sujetos de derechos, la Convención avanzó en pro de configurar unos derechos especialísimos para la infancia en respeto a su dignidad: condición previa y fundante del ejercicio de otros derechos.

Emitir un concepto de protección integral es una tarea aún inacabada, pues nos encontramos en constante búsqueda de mejores estándares que se adecuen al respeto de la dignidad de niños/as y adolescentes. Claro está que si pretendemos definir protección integral, ésta *significaría protección de los derechos*.⁶

En este sentido, protección integral es una noción en permanente construcción, lo que nos permite –y obliga–, en pro de mejorar la calidad de vida y participación de la infancia en la vida social, echar mano de instrumentos internacionales como son: Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices Riadh) e instrumentos internacionales que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución⁷ (art. 424 inc. 2 CRE), normas que integran el bagaje jurídico que debe servir de sustento para la interpretación de la Convención, y así lo ha establecido el Comité sobre los Derechos del Niño de la ONU.⁸

2.2.1 El nuevo derecho instituido a partir de la Convención.

Sin embargo de la apertura del concepto de protección integral, no cabe duda alguna sobre el nuevo derecho instituido a partir de la Convención, pues constituye un giro radical de paradigma, en cuanto la lógica de sistémica vulneración de derechos de la infancia que imperaba en el derecho de “menores”.⁹

Así entonces, resulta necesario y obligatorio para los Estados partes de la Convención, adecuar el ordenamiento interno a los preceptos internacionales que

⁶ Mary Beloff, op. cit.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Ana María Figueroa, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Juvenil” en Unicef, Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes: conceptos: seguimiento de la aplicación de la convención sobre los derechos del niño, conceptos, debates y experiencias en justicia penal juvenil, 06.02.14, en http://www.unicef.org/argentina/spanish/Cuadernillo_Justicia_Penal_Juvenil.pdf

⁹ Término utilizado por el paradigma de situación irregular como minimizador de la persona.

consagran una gama de derechos especiales para la infancia –además de los que corresponden a todos los ciudadanos/as– en consonancia con el principio de responsabilidad de los Estados.

En esta línea, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1998, el Ecuador impone un cambio radical en la forma de interacción y participación de la niñez y adolescencia al interior de la sociedad y con el Estado, estableciéndose por primera vez a la ciudadanía como parte de todos los ecuatorianos y ecuatorianas y como tales, titulares de todos los derechos establecidos en la Constitución.¹⁰

Lo dicho constituye un hito importante de doble rostro; por un lado, se considera a la ciudadanía como parte intrínseca a todo ser humano dentro de un territorio, identidad social; y, por otra parte, la ciudadanía como condición de goce y ejercicio de derechos,¹¹ autonomía y capacidad propia, lo que significaría una participación activa de los ciudadanos/as en la vida del Estado, que desenvuelven su actividad en torno a un conjunto de reglas que incluyen derechos y obligaciones, dejando de lado la anticuada concepción de relacionar a la ciudadanía únicamente con el derecho al sufragio.

Ahora bien, la Convención recogió una gama de valores, principios, y derechos, algunos de ellos deben ser comentados –en razón de su importancia y trascendencia–, tales como: autonomía progresiva del niño (art. 5); no separación del ámbito familiar (art. 9); derecho a ser escuchado en todos los asuntos que le incumban (art. 12) el cual constituye un principio de construcción de la subjetividad del niño en tanto tiene voz y acarrea el deber de ser escuchado; libertad de expresión (art. 13); derecho a la identidad (arts. 7 y 8), principio de no discriminación (art. 2), principio de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, e interés superior del niño (art. 3), entre otros.

Cumpliendo con la obligación internacional de recoger estas directrices normativas, –además de formar parte de nuestro ordenamiento jurídico–, el Ecuador ha compatibilizado su derecho interno en esta materia, con la entrada en vigencia del Código de la Niñez y Adolescencia.

¹⁰ Artículo 13 de la Constitución Política del Ecuador de 1998.

¹¹ La Constitución vigente del Ecuador, avanza en este sentido; y, en su artículo 9, establece la titularidad de los derechos reconocidos en la constitución a todos los extranjeros en territorio ecuatoriano.

Este cuerpo legal recepta varios de los principios descritos en el Título II, denominado principios fundamentales, entre los más importantes, encontramos el de: igualdad y no discriminación (art. 5) interculturalidad (art. 7), corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia (art. 8), desarrollo progresivo (art. 13), interés superior del niño (art. 11). Como vemos, se ha cumplido la obligación normativa del Estado ecuatoriano, de adaptar y desarrollar legislativamente los preceptos establecidos en la Convención.

2.2.2 Problemas que plantea la aplicación de la Convención.

De otro lado, existe un problema escasamente discutido, y que es de ineludible pronunciamiento, no con un afán de solución, más, sí como una posibilidad de identificar *uno de los problemas*, vinculados con la falta de aplicación de la Convención.

Este problema radica, en que por la generalidad que naturalmente revisten los enunciados de la Convención, su contenido engloba un sinnúmero de vaguedades e indeterminaciones, que requieren de una especial hermenéutica para dotar al instrumento de operatividad jurídica y de una eficacia compatible con el interés de bienestar e igualdad que persigue la Convención.¹² Por mencionar algunas de las indeterminaciones de las que hablamos, podemos encontrar: el principio de interés superior, bienestar, desarrollo del niño...

Sin embargo, si bien es cierto que existe este problema de indeterminación de la Convención, de ninguna manera puede justificarse su inaplicación; al contrario, al ser un instrumento internacional de derechos humanos,¹³ conlleva un compromiso y una difícil pero no irrealizable tarea, encaminada a eliminar esas incertidumbres, teniendo para ello que observar los principios de interés superior y de desarrollo progresivo de los derechos.

Por otra parte, es importante señalar que el paradigma de la protección integral, no solo concierne a juristas (fiscales, defensores, jueces/as); pensarlo sería un grave error. De la necesidad de interdisciplinariedad y coordinación entre el derecho y la pedagogía, psicología, trabajo social, y de la interacción entre éstas y sus profesionales, depende gran parte del proyecto que apuesta por una sociedad

¹² Ana María Figueroa, op. cit.

¹³ Ver artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador.

democrática, inclusiva y participativa de niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos; por tanto, visibles a una sociedad que empieza a reaccionar a partir de este reconocimiento, en tiempo presente y no futuro, en el desafío de *construir la historia desde la perspectiva de las personas sin poder y diversas, que sigue siendo una tarea pendiente*.¹⁴

2.3 Principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes.

Mención aparte merece este principio “estructurante”¹⁵ y fundante no solo del derecho de la Niñez y Adolescencia, sino de todo el ordenamiento jurídico de un país. Este principio no se encuentra exento de una amplitud e indeterminación, así como de un gran espacio por explorar, pues su interpretación no es, ni ha sido uniforme.

Miguel Cillero Bruñol, expresa que el interés superior del niño –pese a reconocer la amplitud del principio– “es la plena satisfacción de sus derechos”.¹⁶ Esta premisa que contiene un vasto y profundo significado ético–jurídico, tampoco nos ayuda *prima facie* a encontrar un contenido más específico, para lo cual y, siguiendo al autor, delinaremos algunas funciones y características del principio de interés superior.

2.3.1 Funciones y características peculiares.

Éste constituye un principio jurídico garantista que obliga a toda autoridad pública y a las instituciones estatales, en la medida que las políticas públicas deben estar diseñadas estructuralmente, entre tantas otras: a la prevención de la delincuencia juvenil, erradicación del trabajo infantil, mejorar la educación, salud preventiva e integral... la producción normativa NO debe atentar o retroceder los derechos consagrados en la Convención, y las decisiones judiciales deben estar dirigidas a la satisfacción de los derechos.

¹⁴ Eduardo Galeano, *Las venas abiertas de América Latina*, citado por Ramiro Ávila Santamaría, “De Invisibles a sujetos de derechos: una interpretación desde El Principio”, en Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, edit., *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia*, p. 184.

¹⁵ Término utilizado por Miguel Cillero Bruñol, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño” en Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, edit., *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia*, 02-05.02.14, en http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/6_libro18.pdf

¹⁶ *Ibidem*

Así por ejemplo, el autor referido manifiesta:

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.¹⁷

Entre otro de los rasgos que podemos delinear del principio que tratamos, es que *su contenido alude a todos los derechos y a los específicos de la infancia y adolescencia*; por tanto, el ejercicio hermenéutico que ha de darse al “interés superior” es aquel que conjuga de forma sistémica todos los derechos que le pertenecen. Lo que trae como consecuencia que este principio se erige en fuente interpretativa transversal de todo el ordenamiento jurídico.

En cuanto a las características que emanan de este principio, tanto la doctrina especializada, cuanto un alto Tribunal de Justicia Constitucional, como la Corporación Colombia señalan que:

[...] el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.¹⁸

De lo cual –sin pretender caer en una redundancia–, podemos concluir en algunos aspectos de vital importancia. El interés superior del niño es: i) de carácter heurístico, porque es capaz generar en su desarrollo nuevas ideas; ii) garantía de límite y vínculo del accionar público; iii) permite resolver conflictos entre derechos,

¹⁷ *Ibídem.*

¹⁸ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° T-408-95.

a través de una ponderación, en la que el interés superior y la atención prioritaria¹⁹ de los niño/as y adolescentes juega un peso –a priori– mayor, por lo que el ejercicio ponderativo y la resolución o respuesta a posteriori, debe contener los argumentos que demuestren la pertinencia de una u otra decisión, sobre la base de una justificación o motivación razonada; y, finalmente iv) es condición para la plena satisfacción de otros derechos.

Una de las mayores aportaciones que ofrece el principio interés superior, es de carácter político –además de jurídico–, en la medida que *supone una transferencia de poder* hacia las nuevas generaciones²⁰ en muestra de reconocimiento hacia la libertad de construcción de autonomía, en contraposición a la relación de dominio/autoridad (padres, profesores, guías, etc.), de la lógica: adultos decisores de qué es lo mejor para los niños/as y adolescentes.

Lo manifestado debe entenderse dentro de un marco de razonabilidad y de acuerdo al grado de evolución de las facultades de cada niño/a y adolescente, para lo cual, la educación e interacción de padres a hijos debe ser de doble vía, y no únicamente la imposición del lenguaje discursivo de los adultos.

Finalmente, debemos concluir manifestando que el principio del que tratamos, es de vertiente irrigadora de todo el ordenamiento jurídico, institucional y social de un país, que supone la adecuación de toda la actividad estatal y social, a la plena satisfacción de los derechos de la infancia y adolescencia, así como el aseguramiento de la participación, en función de su autonomía propia para discernir acerca de sus derechos e intereses, y su comprensión sobre el sentido ético de la vida como componente importante del libre desarrollo de la personalidad.

2.4 La Teoría de la Prueba en procesos de Niñez y Adolescencia.

Tratándose de la teoría general de la prueba, varios autores han propuesto la necesidad de reformular los principios que disciplinaban a la prueba en general para adaptarlos a los procesos constitucionales contemporáneos. La razón de lo

¹⁹ Artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador.

²⁰ Eduardo Bustelo Graffigna, “Infancia en Indefensión” en en Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, edit., *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia*, 04-07.02.14, en http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/6_libro18.pdf

manifestado, encuentra sustento porque en los procesos ordinarios se ventilan intereses netamente particulares, en tanto que, en los procesos constitucionales si bien existe un interés privado, la preeminencia del interés público es incuestionable.²¹

Teniendo en cuenta esta premisa, y sabiendo que el reconocimiento y consagración del principio de interés superior tiene como uno de sus orígenes, el paso de considerar los intereses de niños/as y adolescentes como asuntos netamente privados, a concebirlos como asuntos *públicos*,²² se vuelve necesario discutir sobre nuevas o matizadas reglas probatorias que regenten la prueba en los procesos que conciernen a esta materia.

Circunscritos en este contexto, se desarrollará el presente tópico, sin dejar de lado como punto necesario de partida las tradicionales concepciones de la teoría de la prueba, que obviamente serán ajustadas a las consideraciones antes descritas.

La importancia que reviste la prueba dentro del proceso en general y del juicio en particular, ha sido motivo de múltiples y de añejas producciones literarias, cuyos principales enunciados nos servirán para realizar una aproximación de aquellas reglas e ideas, hacia un derecho de la niñez y adolescencia coherente con la epistemología o teoría de la protección integral.

2.4.1 Definiciones acerca de la prueba.

A continuación analizaremos algunos aspectos y definiciones que atañen a la prueba en general:

En cuanto al concepto de prueba, Eduardo Couture, propone una definición desde el sentido procesal y manifiesta que [...] la prueba es la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación²³ Así mismo, el autor sostiene que la prueba es un método, tanto

²¹ Angélica Porras Velasco, "La prueba en los procesos constitucionales: aproximaciones a los principales retos en el caso ecuatoriano" en Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, edit., *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo 2, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, p. 39-40.

²² Miguel Cillero Bruñol, op. cit.

²³ Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 215.

de averiguación como de comprobación, cuya diferencia radica en que mientras la averiguación es procura de algo, generalmente hechos como sucede en materia penal; la comprobación supone la corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones expuestas en juicio.²⁴

En esta misma línea, Francesco Carnelutti, en lo que respecta al objeto de la prueba, sostiene en una de sus primeras obras (*Lezioni di dir. proc. civ.*) que aquello a ser objeto de *comprobación* por parte del Juez, son las afirmaciones alegadas por las partes. Sin embargo, en una obra posterior (*Sistema*) el propio autor manifiesta que el objeto mediato de la prueba es el hecho, mientras que el objeto inmediato es la *verificación* de la afirmación, lo que significa que el concepto de prueba ha sufrido una desvinculación de la estreches del proceso civil.²⁵

Alsina por su parte sostiene que solo los hechos pueden ser probados y no las afirmaciones, pues incluso en el caso de pretender probar la verdad o falsedad de éstas, quien busque este cometido deberá recurrir necesariamente a los hechos.²⁶

Confirmando esta posición, Taruffo es contundente en señalar que: *el hecho es el objeto de la prueba* o su finalidad fundamental; advirtiendo también que el hecho cobra una significativa relevancia en un contexto jurídico, pues de lo que se trata, es probar un “X hecho alegado” al interior de un proceso judicial, lo que evidencia la íntima relación que existe entre hecho-derecho, sintetizando este vínculo así: “[...] es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye el hecho”²⁷

Reforzando este criterio Juan Igartua Salaverria sostiene que, “[...] Probar un hecho implica convalidar en base a los datos probatorios disponibles, una de las hipótesis referentes a aquel hecho. [...]”²⁸ Quiere decir, que para argüir como verdadera una hipótesis y convertirla en tesis, *ésta debe ser probada y racionalmente justificada.*

²⁴ *Ibídem*, p. 215-216

²⁵ Giacomo P. Augenti, “Apéndice” a la obra de Francesco Carnelutti, *La Prueba Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1955, p. 226-227.

²⁶ Hugo Alsina, *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. III. Buenos Aires, Ediar, 1961, p. 239, citado por Angélica Porras Velasco “La prueba en los procesos constitucionales: aproximaciones a los principales retos en el caso ecuatoriano”, *op. cit.* p, 41.

²⁷ Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2005, p. 89-92.

²⁸ Juan Igartua Salaverria, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima, Temis, 2009, p,55

2.4.2 El valor de la verdad en el razonamiento probatorio.

Como quiera que fuese, y sin pretender soslayar la importancia de la discusión, lo que parece mucho más destacable, es que en la actualidad y tratándose de asuntos de interés público, la verdad –formal– es el ideal regulativo de la actividad probatoria; “[...] la verdad judicial es sustancialmente probabilística [...] en el sentido de que, [...] la verdad probable es una consecuencia del empleo de criterios desprovistos de necesidad lógica [...]”²⁹, que es precisamente lo que caracteriza al razonamiento probatorio y se expresa a través de la justificación motivada de la decisión. Es en este sentido que el valor de la verdad es relativo bajo la noción de probabilidad, relacionada con el grado de confirmación que las pruebas sean capaces de atribuir a los enunciados fácticos, los hechos del pleito como verdaderos o falsos.

Ahora bien, es necesario distinguir que la verdad que se persigue y consigue a través de la actividad probatoria en un juicio, no se compadece fielmente con los hechos efectivamente acaecidos en el pasado, pues la verdad que se obtiene en un juicio, siempre dependerá del acervo probatorio presentado por las partes, sometido a interpretación y valoración; por tanto, el juzgador fallará siempre sobre pruebas lo más próximas posibles a los hechos que han sucedido en la realidad material.

Sumado a esto, el derecho, a diferencia de otras ciencias, es un campo en el que, por las reglas de la prueba, deben excluirse del análisis para la toma de la decisión, algunos medios que incluso aporten a la dilucidación de la verdad material, como por ejemplo, grabaciones secretas que violenten la intimidad de una persona (art. 76.4 CRE); por tanto, existen determinados valores y principios de fuente constitucional y convencional, que se encuentran por encima de un medio probatorio.

Lo dicho cobra mucha mayor fuerza, si sostenemos que las reglas probatorias en niñez y adolescencia, tienen como propósito lograr la protección de los derechos; ya que, y según lo analizado, las normas que regulan la actividad probatoria tienen como una de sus finalidades, la de distinguir en función del derecho que está en discusión, cuál medio ha de ser aceptado y cuál excluido del acervo probatorio a valorar por el juzgador.³⁰

²⁹ *Ibídem*, p. 57-59.

³⁰ Michele Taruffo, *La Prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 319, citado por Jordi Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 28.

Entonces, algunos hechos debidamente acreditados en juicio (verdad material), pueden ceder frente a valores considerados superiores como la identidad, la libertad individual, la intimidad, *más* si tenemos en cuenta, que el principio de interés superior actúa como eje sobre el cual gira el desenvolvimiento del proceso y la consecuente decisión de la autoridad.

Para explicar de mejor manera lo manifestado, presentamos el siguiente caso tratado en sede Constitucional ante la Corporación ecuatoriana. El artículo 236 del Código Civil, establece un plazo para que el marido realice la reclamación de paternidad en contra del hijo concebido dentro de matrimonio; mandato reforzado por el 241 *ibídem*.³¹ Estas disposiciones fueron acusadas por visos de inconstitucionalidad, bajo el argumento de que existe una prueba científica de ADN con certeza del 99%, que determina en la realidad la paternidad biológica de una persona, por lo que mal se podrían imponer plazos para el ejercicio de reclamación de paternidad.

La Corte dentro de sus argumentos recurrió a la Convención, y principalmente sostuvo que esas disposiciones lejos de ser inconstitucionales, constituyen fuente de *preservación* de la identidad de un niño, puesto que el fuerte sentido intrínseco que tiene el derecho de identidad, se extiende hacia las relaciones educativas, el entorno social y familiar, espacios como el barrio, parques; por lo que, eliminar la identidad de un niño, causaría un ambiente de incertidumbre que no podría aceptarse desde el derecho constitucional.³²

³¹ Art. 236.- Toda reclamación del marido contra la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días, contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto.

La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que, por parte de la mujer, ha habido ocultación del parto.

Si al tiempo del nacimiento se hallaba el marido ausente, se presumirá que lo supo inmediatamente después de su vuelta al lugar de la residencia de la mujer; salvo el caso de ocultación, mencionada en el inciso precedente.

Art. 241.- Ninguna reclamación contra la paternidad del hijo concebido dentro de matrimonio, ora sea hecha por el marido, o por otra persona, tendrá valor alguno, si no se interpusiere en tiempo hábil, ante el juez, el cual nombrará curador al hijo que lo necesitare, para que le defienda. La madre será citada, pero no obligada a parecer en juicio.

No se admitirá el testimonio de la madre que, en el juicio sobre la paternidad del hijo, declare haberle concebido en adulterio.

³² Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, caso N° 0006-2008-DI, de 08 de junio de 2009.

2.4.3 Reflexiones generales sobre la prueba en el procedimiento oral.

Por otra parte, de lo que no cabe discusión alguna, es que la prueba protagoniza al interior del proceso varios papeles, puede ser considerada como un procedimiento, medio o resultado. Por el primero, por ser parte del proceso en juicio; por el segundo, por cuanto es el conjunto de elementos (peritajes, declaraciones, documentos) de los que se sirven las partes y el juez para formar convicción; y finalmente resultado, en cuanto la decisión a la que llega el juzgador es sobre la base de lo acreditado a través de los dos anteriores.³³

Tratándose de procesos de alimentos por ejemplo (arts. 34 y 37 CNA), se ha establecido a la oralidad como sistema imperante que rige el procedimiento en esta clase de juicios, en donde la prueba primero debe ser anunciada por las partes procesales y posteriormente actuada en una única audiencia.

A este respecto, es sabido que la oralidad junto con la contradicción y la inmediación, forman una tricotomía indisoluble. Ahora bien, una vez adoptado este sistema probatorio, cabe diferenciar dos momentos en los que se desenvuelve el contradictorio: en la prueba propiamente dicha (ya formada) y en la formación de la prueba. En donde, uno u otro momento –dependiendo del medio probatorio utilizado por las partes–, el juzgador debe garantizar que las partes puedan efectivamente ejercer el contradictorio, puesto que la contradicción constituye un elemento de control plural de las pruebas, garantizándose así la imparcialidad.³⁴

Con respecto a la inmediación, se debe tener cuidado, en cuanto no debemos invocarla para economizar el razonamiento probatorio, pues puede usarse el argumento de inmediación para arbitrariedades. Algunos tribunales de justicia en las sentencias analizadas en relación a este tema, han expresado lo que sigue:

[...] la convicción que, a través de la inmediación, forma el tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son

³³ Angélica Porras Velasco, "La prueba en los procesos constitucionales: aproximaciones a los principales retos en el caso ecuatoriano", op. cit. p. 41.

³⁴ Juan Igartua Salaverría, op. cit., p. 73-75.

expresables a través de la motivación [...] esta Sala carece de posibilidad de modificar una decisión sobre los hechos *fundada en la impresión* obtenida por el Tribunal de instancia directamente de las declaraciones prestadas en el plenario³⁵.

La intermediación es solo un medio y no un método por el que se adquiera el conocimiento, por tanto, la argumentación sobre la valoración de las pruebas se hace necesaria y no se puede obviar su razonamiento, bajo el pretexto de que no fue practicada a su presencia, o usando la frase “valoración conjunta de la prueba”, sino individualizando cada una de ellas y expresando el valor y peso que se les otorga, en cumplimiento del deber de motivación, seguridad y expectativa de satisfacción de las partes en cada resolución. En palabras de Juan Igartua, la sentencia debe ser informativa y argumentativa, ya que debe informar fielmente sobre los elementos probatorios producidos en el proceso y que son relevantes para la decisión, como precondition para la racionalidad de la motivación.³⁶

2.4.4 El principio dispositivo en la actividad probatoria.

De otro lado, uno de los más importantes principios que informan a los procesos en justicia ordinaria, es el principio dispositivo, por el que en “Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las *pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.*”³⁷

Se ha convertido en una práctica judicial generalmente aceptada, en ciertas materias del quehacer jurisdiccional, la tesis por la que el principio dispositivo transforma al juez en un mero espectador en la producción de la actividad probatoria, así como del proceso en general; olvidándose de la facultad otorgada por el art. 130.10 del COFJ, –ordenar las pruebas necesarias en la búsqueda de la verdad–; tratándose de casos de niñez y adolescencia – que como ya se dijo – son asuntos de interés público, el principio dispositivo debería gradualmente verse reducido, en tanto el juez se transforma por el principio de interés superior, en garante y protector de estos derechos.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo Español (STS 12 de febrero de 1993 y 2039/2001), citadas por Juan Igartua Salaverría, op. cit. p. 85,86.

³⁶ Juan Igartua Salaverría, op. cit., p. 105-110.

³⁷ Artículo 19, inc. primero del Código Orgánico de la Función Judicial.

Lo dicho cobra mucho mayor sentido, si tomamos en cuenta que los elementos probatorios aportados por las partes, no siempre suelen ser coherentes con alcanzar la verdad, mas, sí con los intereses de cada sujeto procesal; por tanto, permitirle al juez paliar esta estrechez probatoria en función de la protección integral del niño/a o adolescente, no solo que sería lo correcto como práctica jurisdiccional legal, sino además que, una decisión así construida tendría un carácter legítimo relevante en observancia de la Convención y la Constitución.

Finalmente, creemos que el uso apropiado y mesurado de esta facultad, ceñida al enunciado de la norma orgánica, no afectaría en forma alguna la imparcialidad del juzgador/a, puesto que el derecho a la contradicción con el que cuentan los sujetos procesales, no se vería reducido, al contrario, podría ser mejorado esclareciendo los puntos débiles del contradictorio; y en último término, la finalidad de este accionar del juez, es la protección de los derechos de los menores de dieciocho años.

3. ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

3.1 Sobre la responsabilidad

La doctrina de la protección integral, ha dado un nuevo enfoque sobre la adecuación de los actos de los y las adolescentes considerados en la legislación penal como delitos. Pues, al ser titulares de todos los derechos –además de unos específicos–, *esta titularidad acarrea consigo responsabilidad*, de hecho así lo reconoce la Convención a lo largo de todo su contenido (específicamente el art. 40).

Responsabilidad penal que podría ser leída como garantía de una ciudadanía plena y de un sistema democrático que funciona sin exclusiones.³⁸ De ahí que se sostenga que la inimputabilidad de los menores de dieciocho años no significa ausencia de responsabilidad, sino que *no sean sometidos a un proceso penal de adultos* y a sus consecuentes castigos punitivos de la ley penal general.³⁹

³⁸ Mary Beloff, "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericano" en UNICEF, *Justicia y Derechos del Niño Número 3*, Buenos Aires, 2001, p. 27-28, 26.02.14., en http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos3.pdf

³⁹ *Ibidem*. p. 26

En este contexto, en el derecho comparado, sistemas jurídicos como el de Alemania, se enmarca dentro de lo que en la doctrina se conoce como Derecho Penal Especial de Autor. En materia de adolescentes infractores, se apuesta por la *sustitución del derecho penal* retributivo e intimidatorio, por un derecho penal juvenil propio, con orientación preventiva y no punitiva; dirigido a la reeducación y resocialización.

Destaca como especial característica, la consideración de circunstancias particulares y concretas que rodean al caso al momento de la imposición de *medidas* socioeducativas adecuadas; en este derecho, lo que importa no es el hecho realizado, cuanto la personalidad del infractor y las circunstancias presentes en su vida. La responsabilidad jurídico-penal del sujeto, está basada en su desarrollo moral y madurez mental, capacidad de entendimiento y voluntad en la comisión del hecho, en la medida suficiente que le permita discernir entre lo justo e injusto de su conducta y actuar en esa comprensión; la responsabilidad esta basada en la progresividad de la capacidad en relación a la madurez biológica-genética, y no solo la legal codificada.

En lo tocante al ordenamiento interno, la Codificación de la Niñez y Adolescencia de nuestro país, en coherencia con lo establecido por la Convención en su art 40, en tratándose de adolescentes infractores, a partir del Libro IV, el legislador ha instituido un sistema especializado de justicia basado en principios y garantías, que tienden a fomentar tanto la responsabilidad cuanto el cuidado y bienestar de las personas que se encuentren en conflicto con la ley penal.

3.2 Principios y garantías.

Entre los principios y garantías establecidos por el legislador, —rectores de la administración de justicia especializada de la niñez y adolescencia— tenemos: el de humanidad en la aplicación del derecho, el de equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia (art. 256 inc.2 CNA); y en las disposiciones generales encontramos: el de legalidad (art. 308), como eje transversal que rige tanto el establecimiento de responsabilidad del acto considerado en la ley penal como delito, cuanto la medida a adoptar como consecuencia de la infracción. Así también se erigen en pilares sustanciales de justicia juvenil, la proporcionalidad (art. 319), inimputabilidad (art. 305), presunción de inocencia (art. 311); estableciéndose además una serie de garantías procesales en la tramitación de las causas, como el derecho a ser escuchado, que constituye un verdadero derecho de participación en los asuntos que incumben a los adolescentes y que deberán ser observados por la autoridad jurisdiccional.

Por otra parte, el establecimiento de responsabilidad de un adolescente sobre el cometimiento de un acto tipificado en la ley penal como delito, no merece un castigo contemplado en la ley penal, esto en coherencia con el mandato de inimputabilidad penal de los adolescentes (art 305), pues la consecuencia jurídica del establecimiento de responsabilidad, según la legislación actual, acarrea la imposición de una medida socio educativa.

3.3 Finalidad de las medidas socioeducativas.

El legislador ha establecido como finalidad de las medidas socio-educativas, la integración social del adolescente así como la reparación o compensación del daño causado y la reparación integral de la víctima (arts. 369 y 78 de la CRE). Se establecen para el efecto 10 medidas de diferente grado de severidad en orden ascendente, hasta llegar a la más grave por el cometimiento de actos sancionados en la ley penal con reclusión o aquellos actos considerados muy graves, que es la privación total de libertad del adolescente.⁴⁰

Ahora bien, este ordenamiento jurídico y panorama garantista promovidos por la Convención, la Constitución de la República, y el CNA, se ven invadidos y excedidos en algunos momentos, por un discurso político altamente punitivo o castigador, originado a partir de una compleja realidad social que enseña índices cada vez más altos de delincuencia/violencia juvenil.

En este contexto, adquiere un papel protagónico en la sociedad, “[...] conceptos como el de peligrosidad y alarma social, que no corresponden a fenómenos fácticos empíricamente contrastables, sino que forman parte del universo de las percepciones subjetivas, zona en la que los discursos mediáticos tienen un elevado nivel de incidencia.”⁴¹

Así las cosas, en la realidad y en la conciencia social se va elaborando la idea sobre la problemática de la “seguridad ciudadana”, que trae de suyo el clamor popular

⁴⁰ Existen variaciones en cuanto la aplicación de esta medida, en tratándose de si los adolescentes son mayores o no de 14 años, así como del tipo de infracción penal cometida, para ello, ver artículo 369 del CNA.

⁴¹ Susana Falca y Fabián Piñeyro, “Peligrosidad, ese cuerpo extraño al derecho y a la justicia”, en UNICEF, *Justicia y Derechos del Niño, Número 11*, Chile, 2009, p. 248, 26.02.14, en http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_Derechos_11_web.pdf

de endurecimiento de penas, mayores sanciones/castigos para los adolescentes, más centros de internamiento... en este sentido, los adolescentes dejan de ser personas de atención prioritaria y de responsabilidad estatal, familiar y social, para transformarse en “sujetos peligrosos” para la sociedad, cobrando vida el derecho penal del enemigo.

Resulta curioso que el discurso de peligrosidad y la idea de seguridad ciudadana, sean tan gravitantes para abordar el tema de justicia juvenil, soslayando cuestiones dolorosas y profundas que marcan la vida de las personas, y que pueden ser la causa de alteraciones de la conducta que devienen en actos reñidos con la ley, como son: la pobreza, la violencia intrafamiliar y social, la migración, el abandono, el trabajo infantil, la explotación, educación, salud, alimentación, violación sistemática de sus derechos, en fin, la lista sería interminable si tomamos en cuenta la realidad de muchos sectores marginales.

Son estos temas sobre los que el Estado debe encargarse a través de la implementación de políticas públicas, que basadas en la prevención, aborden esta problemática social y familiar, como un deber ético y jurídico; además de promover la rehabilitación, integración y reinserción social de los adolescentes en conflicto con la ley, comprometiendo en este propósito, a la sociedad y la familia en cumplimiento de su deber de protección y fiscalización social, en consonancia con el principio de corresponsabilidad.

Caso contrario, si prima la lógica delito–delincuente, el resultado es del todo obvio: “leyes punitivas” para adolescentes en conflicto con la ley, y la consecuente aplicación por parte de juzgadores de la “mano dura” del estado en contra de los “peligrosos delincuentes juveniles.” Presión social y política a la que el Estado no puede ceder, porque de manera especial los derechos de este género, se desarrollan en forma progresiva, siendo inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que afecte de alguna manera el ejercicio real de los derechos reconocidos.⁴²

No se puede entonces seguir pensando que al aplicar mano dura a estos conflictos, se va a solucionar el delito;⁴³ más aún si tomamos en cuenta lo que explica el

⁴² Ver Art. 11.8 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁴³ Ana María Figueroa, op. cit. p. 31

profesor Nils Christie, sobre la *inexistencia* del delito, quien sostiene que únicamente lo que existe, son los actos; y, estos reciben diferentes significados en diversos contextos sociales y culturales, hasta atribuir a unos actos la etiqueta de delito; concluyendo que los “[...] actos no son, se construyen; la gente no es, se hace [...]”⁴⁴

Aunado a lo anterior, debemos considerar también que la pena como tal no tiene como fin cerrar heridas causadas por un acto reprochable, como tampoco tiene por finalidad restablecer la paz social, por lo que creemos, que en la forma como se encuentran configuradas las medidas socioeducativas, son coherentes con el garantismo que propugna la Convención, si lo que buscan es lograr la integración social del adolescente y la reparación o compensación del daño producido por la infracción.

3.4 Normas de procedimiento y principios aplicables.

En cuanto a las normas de procedimiento y principios aplicables, es importante señalar algunos aspectos relevantes. Si bien es cierto, la normativa del CNA permite la supletoriedad (arts. 3 y 45), no es menos cierto que existe un mandato por el cual no se puede a pretexto de supletoriedad violentar principios específicos de la infancia y adolescencia, particularmente el mandato constitucional por el que se dispone el desarrollo normativo de *procedimientos especiales* para el caso de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección, esto en íntima relación con lo analizado en líneas anteriores sobre el significado de inimputabilidad, que no entraña ausencia de responsabilidad, mas, si exige un procedimiento específico distintito al de adultos.⁴⁵

Ante esta situación, no se puede violentar el procedimiento aplicando normas extrañas a la racionalidad propia de este derecho, como son las contenidas en la ley adjetiva penal, usando como argumento para justificar esta práctica, la supletoriedad de las normas, que solo cabe en los casos de remisión expresa previstos en la ley.

⁴⁴ Nils Christie “El delito no existe” en David Baigún, et al, *Estudios sobre justicia penal: homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, p. 555-557.

⁴⁵ Ver art 81 de la Constitución de la República.

En este contexto, a manera de corolario, podemos decir que la normativa referente a la toma de medidas socioeducativas, así como las garantías procesales, se encuentran correctamente concebidas desde las especiales condiciones de la adolescencia; sin embargo debemos denotar una problemática que ha sido poco discutida y que la dejamos planteada por no ser el tema central de esta exposición, cual es la aplicación de normas del derecho penal de adultos a procesos de adolescentes, ante la carencia de un derecho propio y especial, que viene siendo una exigencia desde la ratificación de la Convención, que no obstante el tiempo transcurrido, sigue figurando como compromiso pendiente.

BIBLIOGRAFÍA:

- Augenti, Giacomo, “Apéndice” a la obra de Francesco Carnelutti, *La Prueba Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1955, p. 226-227.
- Beloff, Mary, “Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericano” en UNICEF, *Justicia y Derechos del Niño, Número 3*, Buenos Aires, 2001, 26.02.14., en http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos3.pdf.
- ----- “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar” en Unicef, *Justicia y Derechos del Niño, N° 1*, 06.02.14, en http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf.
- Bustelo Graffigna, Eduardo, “Infancia en Indefensión” en en Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, edit., *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia*, 04-07.02.14, en http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2012/07/6_libro18.pdf.
- Christie, Nils, “El delito no existe” en David Baigún, et al, *Estudios sobre justicia penal: homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005.
- Cillero Bruñol, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño” en Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, edit., *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia*, 02-05.02.14, en http://www.justicia.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2012/07/6_libro18.pdf.

- Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- Falca Susana, y Piñeyro, Fabián, “Peligrosidad, ese cuerpo extraño al derecho y a la justicia”, en UNICEF, *Justicia y Derechos del Niño, Número 11*, Chile, 2009, 26.02.14, en http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_Derechos_11_web.pdf.
- Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- Figueroa, Ana María, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Juvenil” en Unicef, *Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes: conceptos: seguimiento de la aplicación de la convención sobre los derechos del niño, conceptos, debates y experiencias en justicia penal juvenil*, 06.02.14, en http://www.unicef.org/argentina/spanish/Cuadernillo_Justicia_Penal_Juvenil.pdf.
- García Méndez, Emilio, “Infancia Ley y democracia: una cuestión de justicia” en Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, edit., *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia*, 05.02.14, en http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/6_libro18.pdf.
- Igartua Salaverría, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima, Temis, 2009.
- Porras Velasco, Angélica, “La prueba en los procesos constitucionales: aproximaciones a los principales retos en el caso ecuatoriano” en Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, edit., *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Tomo 2*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2005.

NORMATIVAS

- Código Civil.
- Código de la Niñez y Adolescencia.
- Código Orgánico de la Función Judicial.
- Constitución Política de la República de Ecuador de 1998.
- Constitución Vigente de la República de Ecuador.
- Convención de los Derechos del Niño.

La Prueba Documental y Pericial y Laoralidad en el Proceso Contencioso Tributario

Rodrigo Patiño Ledesma

RESUMEN

“...Establecemos como premisa, que la prueba documental, resulta ser la más importante, cuando no, la única que tiene incidencia en el proceso contencioso tributario, entendida ella, como la evidencia o testimonio material de un hecho o acto realizado tanto por el sujeto pasivo de la relación jurídica tributaria en el cumplimiento de sus obligaciones para con el Estado, cuanto por la administración tributaria en el ejercicio de sus facultades legales, evidencia que se registra en instrumentos de información que tienen como soporte medios físicos documentales o electrónicos (libros contables, balances, facturas, notas, contratos, registros magnéticos), que por un lado hacen viable la prestación impositiva mediante la declaración y pago del tributo; y, por otro, el control del cumplimiento adecuado de esa prestación, mediante el ejercicio de las facultades administrativas que le permiten verificar que ella se cumpla en la medida legal...”

1. ANTECEDENTES

Para tratar el tema propuesto, resulta necesario el análisis previo de los fundamentos constitucionales que garantizan el derecho a la prueba y el principio de la oralidad en el proceso.

Partimos de la consideración respecto a que dentro de los derechos fundamentales que están consagrados en nuestro ordenamiento constitucional, se incluyen el de la prueba, como uno inherente a la persona, de aplicación directa, y justiciable, manifestada en la facultad que tienen quienes intervienen en un proceso judicial, de utilizar todos los medios e instrumentos posibles para generar evidencia, que permita al juzgador formarse un criterio objetivo sobre la verdad de los hechos controvertidos, hechos que constituyen los presupuestos de las pretensiones y excepciones de las partes y del interés en disputa.

La prueba, permite vincular a la actividad procesal, con el derecho subjetivo y objetivo que es materia de la controversia, y en esa función de relación, la garantía del debido proceso constituye la condición para la legitimidad de la resolución que pueda emitir el juez respecto a la realidad jurídica y fáctica de una controversia; por tanto, la prueba constituye una parte esencial del derecho al acceso a la justicia, de allí que su materialización requiera de la tutela judicial efectiva, plasmada en la actividad del juzgador de proveer su admisión sin más limitaciones que las señaladas en la Ley, de practicarla conforme al pedido de las partes y respetando los principios de libertad probatoria, igualdad y contradicción; y finalmente, de valorarla en su decisión para determinar a quién corresponde el derecho o interés perseguido que motiva el proceso. Esta exigencia, está consagrada en los artículos 75 y 76 numeral 7, de la Constitución de la República. (Constitución de la República del Ecuador, 2008) Bajos esos conceptos, el derecho de toda persona de presentar pruebas y a controvertir las que se aleguen en su contra, tiene también relación con la exigencia de una respuesta motivada del juez sobre el asunto en discusión.

Resulta importante señalar este antecedente para afrontar el análisis del principio de la oralidad, mismo que está directamente relacionado con la tarea de construir un sistema procesal que asegure la aplicación de este fundamento constitucional en la materia probatoria, a través del cual haga posible no solo la agilidad y transparencia del proceso probatorio, sino la inmediación como instrumento de libre valoración, para cumplir con el mandato contenido en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República, (Constitución de la República del Ecuador, 2008) que establece que en la sustanciación de todos los procesos, en todas las materia, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo el sistema oral, lo que implica que para cumplir este mandato imperativo, la oralidad tendría que aplicarse como regla general en todos los procedimientos, sin excepción alguna; y que dentro de cada juicio, la etapa de prueba no está excluida de su aplicación, dado que la exposición verbal sobre los elementos que presentan como sustento de sus pretensiones y

excepciones, permiten mayor contacto del juez con la realidad que genera la controversia y el conocimiento directo de los hechos e instrumentos que justifican su existencia y que son presentados por las partes que intervienen en él, argumentando los motivos o razones que se desprenden de tales hechos, como presupuestos de su interés probatorio, para conformar la convicción judicial.

La oralidad en el proceso no es un tema nuevo, ha sido parte de la historia de la administración de justicia, así se desprende del criterio emitido por el más importante propulsor de sistema oral, el maestro Chiovenda, que señala: “... *la experiencia sacada de la historia nos permite agregar, sin titubeos, que el proceso oral es, con mucho, el mejor de los dos y el que más conviene a la naturaleza ya las exigencias de la vida moderna, ya que sin comprometer en nada, antes bien garantizando el acierto intrínseco de la decisión, proporciona esta con mayor economía, sencillez y celeridad.*” (Chiovenda, 1934) sin embargo el mismo autor reconoce que, por la complejidad de los procesos que provienen de las relaciones patrimoniales de los particulares entre sí y de los ciudadanos con el Estado, así como de la naturaleza técnica de los trámites judiciales actuales, no es posible concebir un proceso puro, esto es, exclusivamente oral o exclusivamente escrito, y recomienda encontrar un término medio que posibilite una coexistencia o complementación armónica del elemento escrito y del oral, que desemboque en un proceso mixto, pues asegura, que resulta difícil imaginar un proceso oral que no admita la existencia de actos escritos.

De lo que se trata, más bien, es de otorgarle al elemento escrito el sitio que le corresponde en el proceso, pues en mayor o menor grado las controversias judiciales se tramitan en forma oral y escrita, y su naturaleza depende de la prevalencia que tenga en el proceso un elemento sobre el otro y principalmente las circunstancias y materia que en él se discuten, lo que implica que la oralidad no es un instrumento procesal que debe aplicarse indiscriminadamente y con un mismo criterio para todos los casos, puesto que en la realidad existen controversias donde la técnica de la oralidad resulta adecuada para procurar la eficiencia del proceso y otras en la que su sola aplicación, sin un análisis razonado y sin un adecuado sistema de dirección y manejo de la prueba, puede generar complicaciones que limiten el cumplimiento de los fines del proceso y afecten a la eficiencia de la administración de justicia, generando decisiones inexactas o superficiales.

Me refiero en particular a los procesos contenciosos tributarios, en los que, las situaciones objetivas y jurídicas que se discuten son por su naturaleza complejas y requieren de especial y particular dedicación en su análisis, ya que no se trata de

circunstancias financiero–contable comunes, sino de someter esos hechos económicos a calificaciones jurídico–tributarias, para determinar y cuantificar los presupuestos del hecho generador, los sujetos de la obligación, las bases imponibles y tipos impositivos, con la circunstancia adicional, que en el ámbito procesal la jurisdicción contenciosa tributaria es general y no específica o limitada a un solo asunto de resolución, como en las demás materias del derecho privado o incluso del público; pues propende que la administración de justicia, dentro de un mismo proceso, no solo cumpla el rol de controlar la constitucionalidad y legalidad de las manifestaciones de la función administrativa, incluso sin que la parte los haya solicitado (artículo 273 inciso segundo del Código Tributario), (Código Tributario, 2005) sino también, el de atender el conjunto de pretensiones deducidas por los contribuyentes que, en su mayoría, se refieren a varias situaciones de impugnación vinculadas con cada uno de los tributos en uno o más periodos determinados; (así para citar algunos casos, en renta la problemática de costos y gastos, retenciones, procedencia de deducciones, criterios de registros contables, validez de los documentos que justifican costos o gastos etc.; en el Impuesto al Valor Agregado (IVA), contenido formal de las facturas, montos de retención, créditos tributarios) lo que hace necesaria la existencia de una regulación procesal que modele un sistema probatorio específico, en donde la prueba instrumental y pericial requiere de reglas propias que posibiliten su análisis, el ejercicio pleno de la contradicción, no solo en cuanto a la forma y contenido de documentos e informes, sino a los procesos de revisión y revaloración de los criterios emitidos por la administración respecto a esos instrumentos o en su caso sobre el contenido de las experticias, y en donde el debate oral no es suficiente, sin la referencia exacta y objetiva del contenido documental.

La particularidad del proceso contencioso tributario, radica en la existencia previa de actos de la Administración Tributaria, que se materializan en el denominado expediente administrativo que concluye con la resolución o decisión, cuya incidencia en el proceso posterior resulta sustancial por varios aspectos que, a nuestro entender, se relacionan con los siguientes situación jurídicas:

1.- Los actos de determinación tributaria constituyen manifestaciones unilaterales que establecen la existencia de un hecho imponible, que proviene de la verificación y composición del tributo correspondiente y se sustentan sobre prueba documental que recaba la Administración, como forma de fundamentar la legitimidad del acto administrativo a dictarse.

2.- El objeto de la acción contenciosa, tiene un carácter revisor de la actuación administrativa en su conjunto, esto es, del antecedente que consta en el expediente formado y del acto o resolución emitida, cuya validez está condicionada al cumplimiento de las garantías del debido proceso en su realización; por lo tanto, ese expediente constituye prueba en el trámite judicial y debe someterse al debate contradictorio.

3.- La actuación administrativa tiene como fundamento y límite, los documentos que sustentan la actividad económica de los contribuyentes, por lo que los actos que de esa actuación emanan, han de ser consecuencia de los hechos registrados y verificados por la autoridad competente, en esa razón, dada la objetividad y contenido de la información detalles hechos son susceptibles de percepción directa. Sin embargo su condición probatoria está referida a situaciones de formalidad, juicios de valor o calificaciones jurídicas respecto a los datos en ellos constantes.

4.- En el procedimiento contencioso el expediente administrativo es, en sí mismo, el instrumento sobre el que se desarrolla la pretensión impugnatoria del contribuyente, al tiempo que constituye la prueba para la defensa sus derechos; en tanto que para la administración demanda, se configura como el instrumento material, a través del cual legitima su actuación bajo la presunción de legalidad que prima en todos los actos del poder público.

5.- Consecuentemente el objeto de la prueba en el ámbito contencioso tributario presenta particularidades propias, pues está referida de manera sustancial a los fundamentos jurídicos y a los hechos que sustentan la decisión adoptada por la administración que se considera ha causado perjuicio al contribuyente.

Bajo este análisis, los documentos contables y sus respaldos, constituyen los únicos instrumentos idóneos para la constatación de las relaciones jurídicas tributarias y conforman los fundamentos de un proceso contencioso, por ello cuando hablamos de oralidad, no podemos suponer siquiera, que al aplicarla, se relegue a un segundo plano el contenido probatorio de una documentación que ha sido constituida de manera previa, tanto por el sujeto pasivo de la relación jurídica tributaria, que registró en ellos los resultados de sus actividades económicas, (contabilidad, facturas y documentos de respaldo) para cumplir con su deber de contribuir presentando su declaración de impuestos; cuanto por la administración, que en el ejercicio de su potestad determinadora, cuenta no solamente con la información que le proporciona el declarante, sino además, con una serie de instrumentos y

medios legales para obtener indagación adicional, de su base de datos, del propio contribuyente o de terceros, mediante actos administrativos que aseguran en forma directa y confiable (Inspecciones contables, requerimientos de información,) para ejercerá de cuadamente el control del cumplimiento de las obligaciones tributarias del sujeto determinado.

La problemática y soluciones parciales que se plantean en este trabajo, se orientan a proponer mecanismos o medios procesales que posibiliten a las partes en litigio, esto es a la Administración Tributaria y a los Contribuyentes, como a los jueces, disponer de un régimen que permita la presentación admisión y valoración libre y crítica de la prueba en materia tributaria, dentro de un sistema oral, de forma que conjugue y armonice la expresión verbal con el acervo documental y la tarea pericial.

En ese propósito haremos una relación sucinta de la importancia de la prueba documental y Pericial:

2. LA PRUEBA DOCUMENTAL EN MATERIA TRIBUTARIA

Establecemos como premisa, que la prueba documental, resulta ser la más importante, cuando no, la única que tiene incidencia en el proceso contencioso tributario, entendida ella, como la evidencia o testimonio material de un hecho o acto realizado tanto por el sujeto pasivo de la relación jurídica tributaria en el cumplimiento de sus obligaciones para con el Estado, cuanto por la administración tributaria en el ejercicio de sus facultades legales, evidencia que se registra en instrumentos de información que tienen como soporte medios físicos documentales o electrónicos (libros contables, balances, facturas, notas, contratos, registros magnéticos), que por un lado hacen viable la prestación impositiva mediante la declaración y pago del tributo; y, por otro, el control del cumplimiento adecuado de esa prestación, mediante el ejercicio de las facultades administrativas que le permiten verificar que ella se cumpla en la medida legal; así se entiende la gestión determinadora regulada por los artículos 68 y 87 del Código Tributario, (Código Tributario, 2005) cuyo objetivo es establecer la real situación patrimonial, económica y financiera de los contribuyentes, aplicando para ello un conjunto de técnicas de auditoría, las que por disposición legal, han de considerar como elemento básico su contabilidad, que se configura en un conjunto de instrumentos conformados por libros, comprobantes, registros, y más documentos soporte, que le permiten conocer, captar, organizar y registrar los

movimientos mercantiles de una empresa para generar un informe que se refleje en el acto de determinación.

Todo ello lleva a concluir que la prueba documental en el procedimiento contencioso tributario es fundamental, por las siguientes razones:

1.- Porque las gestiones de la Administración Tributaria, tanto en los actos de fiscalización, determinación y recaudación de los tributos, así como en el resto de las actuaciones administrativas relacionadas con las facultades legales de resolución de reclamos y sancionatoria, se promueven y desarrollan por escrito, aunque esa constancia se conserve en documentos electrónicos o desmaterializados; así establece la norma del artículo 81 del Código Tributario, y de manera específica, en relación con actividad de determinación del tributo, esa condición constituye un deber que tiene el carácter sustancial, por la garantía de la seguridad jurídica y de los derechos del contribuyente, a quien se le ha de comunicar por ese medio, todos los resultados que obtenga en el ejercicio de esa facultad; pero además, el deber se extiende a la obligación de sustentar los resultados determinativos en la comprobación directa de los hechos generadores de la obligación tributaria constante en la contabilidad y sobre la base de los documentos, datos o informes que se obtenga del sujeto pasivo intervenido, responsables o terceros.

Por tanto la constancia documental y contable del sujeto pasivo es el soporte de la determinación, solo por excepción y en aquellos casos en los que, de la información obtenida, no sea posible establecer la existencia y cuantía de la obligación, se utilizarán las presunciones taxativamente previstas en la Ley, y aún en esos supuestos, los antecedentes de la presunción, se han de basar en hechos, circunstancias o indicios debidamente documentadas y comprobadas, con lo que se elimina cualquier intento de arbitrariedad, es decir que la administración solo puede acudir a la determinación sobre base presunta como última medida, cuando se encuentra impedida de conocer de forma cierta la materia determinable, conforme establecen los artículos 24 y 25 de la Ley de Régimen Tributario Interno. (Ley de Régimen Tributario Interno, 2004)

2.- En lo que corresponde a los sujetos pasivos de la obligación, todas las actuaciones relevantes de las actividades económicas vinculadas con los hechos generadores de los tributos, han de registrarse en documentos que deben ser aportados, o al menos exhibidos por estos a la autoridad tributaria y que además han de reunir los requisitos formales reglamentarios para sustentar los costos o gastos.

3.- En igual categoría se encuentra los documentos electrónicos como instrumentos se registran en distintos dispositivos, que según nuestra legislación, cualquiera sea su soporte tecnológico, tienen la validez y eficacia de un documento físico original, siempre que quede garantizada su autenticidad integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales, tales como la seguridad de los datos de carácter personal, la constancia fehaciente de la recepción, y del contenido delo comunicado, aspectos que, por sí mismos, crean un grado de certeza y seguridad entre las partes que intervienen en la relación jurídica.

En materia tributaria cada vez es más frecuente y común, que declaraciones, pagos, envíos de información, anexos y otros documentos que tienen relación con las obligaciones de los contribuyentes, se registran vía electrónica, en esa razón los datos en ellos establecidos, tienen la misma eficacia jurídica de los que se registran por escrito en un formulario o papel y constituyen prueba de la existencia naturaleza de la voluntad de las partes que se han sometido y aceptado a esa forma de conservar los hechos provenientes de la relación tributaria. De lo que se infiere su importancia pues en la actualidad, múltiples manifestaciones de las relaciones que se establecen en el ámbito de las obligaciones impositivas, se sustentan y se prueban con los soportes electrónicos.

En concreto entonces, el objeto de la prueba en materia tributaria constituye los hechos debatidos por las partes, sea respecto a la validez de los documentos físicos o electrónicos que sustentan las cargas impositivas, a sus formalidades, o, a la naturaleza jurídica de su contenido

3. LA PRUEBA PERICIAL

Constituye un complemento necesario de la prueba documental, y es en la actividad probatoria del proceso contencioso tributario, un medio de demostración relevante, cuya finalidad se orienta a contar con el aporte de conocimientos de expertos o técnicos, para verificar la validez, naturaleza, características o contenido de los documentos físicos o electrónicos.

La importancia de su aporte procesal se debe a que proviene de personas ajenas al proceso y a las partes que en el intervienen, y que acorde al contenido de la disposición judicial, analizan y cotejan los instrumentos que constituyen la materia del litigio, emitiendo opinión fundada sobre la interpretación y apreciación de los

mismos, a fin de formar la convicción del juzgador respecto a los elementos fácticos que no puede apreciar por sí mismo, en unos casos, porque su formación jurídica no alcanza a ámbitos puramente contables o económicos, y, en otros porque la carga procesal le impide dedicarse por entero a constatar personalmente la extensa documentación que referida a la contabilidad del sujeto pasivo y a la que integra el expediente administrativo, es parte del proceso.

La pericia tributaria, como prueba tiene al menos tres situaciones conflictivas que requieren ser tratadas en una reforma procesal: La primera sobre la exigencia legal del artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria en materia tributaria, respecto al objeto de dictamen y su naturaleza. El consejo de la Judicatura, inscribe y registra peritos en relación con el título profesional, para el ámbito de este análisis, economistas, contadores, ingenieros comerciales, formación profesional que no siempre garantiza el conocimiento y rigor técnico de un experto en la materia, por lo que es necesario, para que se ofrezca un servicio de mayor calidad, se integre una nómina de especialistas en materia tributaria, con personas que justifiquen su solvencia, posean experiencia y especialidad, a fin de que se constituyan en verdades auxiliares de la justicia y a través de sus informes permitan esclarecer los asuntos controvertidos de forma que ayuden efectivamente en la toma de decisiones, transmitiendo sus conclusiones de modo claro y conciso en la audiencia en la que se ratifique y debata el contenido del informe. El segundo aspecto y más complejo aún, corresponde al contenido de la experticia, dada la naturaleza jurídica de los hechos tributarios. (Código de Procedimiento Civil, 2005)

El principio general sostiene que el perito ha de emitir su opinión sobre los hechos, y no puede referirse en ningún caso al Derecho; pero como habíamos señalado, en materia tributaria, son los registros constantes en los documentos los que generan los conceptos jurídicos de hecho generador, materia gravable, determinación de la base imponible, cuantía de la prestación impositiva, contenido de los documentos que justifican gastos y costos, etc. La calificación legal de esos documentos, su valoración económica y sustento contable, constituyen los temas sobre los que discrepan las partes dentro del proceso, siendo indudable, que esa naturaleza normativa, afecta a los hechos y su cuantificación, y en la realidad se constituyen en asuntos que un perito especializado no puede soslayarlos en su deber de percibir la verdadera esencia de los temas sobre los que tiene que dar su opinión y motivar adecuadamente el resultado de sus conclusiones.

De otra manera cómo puede el perito explicar, por ejemplo, la existencia real de ingresos que se establecen como no realizados, gastos no aceptados, o considerados como no deducibles, por la administración bajo invocación de criterios legales o reglamentos.

De lo que se deduce que hay temas de derecho, que no puede soslayar un informe pericial, y la opinión sobre ellos, puede resultar orientadora respecto a un tema concreto, por ello bajo el entendido que opinar no es juzgar, es valedera la opinión que el perito formule sobre asuntos de derecho, relacionadas en concreto con las circunstancias específicas de la experticia, tanto más que es el juez el que ha de valorar la procedencia o no del juicio emitido en el informe, a sabiendas que no está vinculado a los resultados del informe, y será quien, al momento de resolver verifique si esa opinión es coherente con la circunstancias y documentos analizados y con las disposiciones invocadas.

Añadimos que las normas de información financiera que dirigen la actividad económica, tienen sustento jurídico, y obligan a los contribuyentes a ajustar los sistemas contables y registros a sus disposiciones, y que consecuentemente el perito está en la obligación de informarse las declaraciones presentadas y documentación que justifica su liquidación, sea justa o no a esas reglas; y, la tercera, está enlazada a la independencia e imparcialidad de los peritos que actúan en el ámbito tributario, una situación corresponde a aquellos expertos que habiendo sido sorteados por el sistema informático implementado por el Consejo de la Judicatura, tienen que realizar su trabajo bajo la prestación económica u honorarios que deben de ser cubiertos por una de las partes, existiendo comúnmente una tendencia a favorecer a quien le paga, circunstancia que es difícil de controlar, pero al menos será menester que vía regulación, se impida que los peritos pacten sus honorarios directamente con las partes y sea el Juez en todos los casos los que los fije; y otra, reside en la aplicación normativa del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil que autoriza a las partes de mutuo acuerdo elegir el perito o solicitar que se designe a más de uno para la diligencia, acuerdo que es obligatorio para el juez, lo que en la realidad ocasiona la presentación de dos informes que presentan conclusiones opuestas y a veces contradictorias. Se sugiere en este punto eliminar la posibilidad que las partes sugieran peritos, y que su designación se someta únicamente al procedimiento establecido en el Reglamento que para el efecto ha emitido el Consejo de la Judicatura.

Concluimos sobre este tema, reiterando lo dicho respecto a los dos medios de prueba analizados, que se constituyen en los elementos probatorios sustanciales en

el proceso tributario, sin embargo aclaramos que ninguno de ellos tiene un valor preferente, ni excluye la admisibilidad de otros, que por la naturaleza del litigio pueda acreditar el derecho de las partes, y que para el caso, la prueba pericial es un instrumento de apoyo a la comprensión de los hechos constantes en los documentos, pero su verdadero valor se sustenta en la garantía de imparcialidad y objetividad de los peritos.

4. ¿ES POSIBLE LA ORALIDAD EN EL PROCESO TRIBUTARIO?

Las afirmaciones respecto a que la naturaleza del proceso tributario se sustenta en la impugnación que plantean los contribuyentes sobre a los actos emanados de la Administración Tributaria que gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y que los documentos que los contienen constituyen prueba que tiene calidad de instrumento público, así como la observación que provienen de la experiencia procesal respecto de la complejidad de los asuntos que se plantean en los juicios contencioso-tributarios y la abundante documentación que en ellos se presenta, así como lo es la prueba para acreditarlos, han llevado a sostener que es inapropiado o por lo menos genera dudas respecto a la eficacia de la aplicación de la oralidad en el procedimiento contencioso tributario.

Quienes así argumentan, lo sustentan señalando que las fuentes o medios de los que hacen uso las partes en el proceso para formar la convicción del juez, se asientan sobre hechos materiales, en los que la constancia escrita es definitiva y no admite interpretaciones que requieran de explicaciones o debates verbales, porque los datos y cifras en ellos establecidos, reflejan por sí mismos la verdad de esos hechos.

Pese a las circunstancias expuestas y precisamente en relación a ellas, es que se la constitución ha planteado la exigencia de un sistema procesal que corrija los errores del vigente, predominantemente escrito, lento, formalista, que permite a las partes a su arbitrio, extenderlo indefinidamente mediante incidentes, réplicas y contrarréplicas, sistema que no aporta a la modernización, oportunidad y eficiencia de la administración de justicia, y en el que es necesario un cambio, que a mi criterio permita combinar el sistema vigente con la aplicación de la oralidad, que contribuye a la modernización de la justicia y la oportuna tutela de los derechos de los ciudadanos que acceden a su administración.

Un sistema oral que desde la perspectiva tributaria, se ha de definir y aplicar respecto de la forma como se desarrollan las fases del proceso, y no en relación con la referencia y contenido de los medios de prueba que se pueden aportar en él, puesto que, tanto los documentos escritos o electrónicos, como los informes de los peritos, con la oralidad no es que desaparecen o pierden su eficacia, más bien, en todas las materias y en todos los procesos,— y con mayor incidencia el tributario como hemos sostenido—, constituirán siempre instrumentos válidos para lograr la convicción judicial respecto a un asunto en conflicto, con prescindencia de la forma del sistema que se adopte, escrito, oral o mixto, pero partiendo de la misma premisa, que plantea la indiscutible eficacia probatoria de los instrumentos públicos en los cuales se materializa la relación tributarias, habrá de señalar, que esa eficacia no puede servir únicamente al fin que cada una de las partes pretende al presentarlos, sino que el documento ha de ser sometido a la inmediación y contradicción para que el juez y la contraparte, tengan pleno conocimiento de su naturaleza y contenido, pero también sobre las razones y fundamentos que motivan la pretensiones probatorias que justifican su presentación, pues no es lo mismo, que el juez al momento de resolver conozca un documento reproducido en el proceso, que ese mismo documento se lo presente directamente en una audiencia, luego de un debate con plena contradicción de las partes, permitiéndole la real percepción de los hechos en él contenidos.

En esa razón, la reforma procesal que adopte la oralidad como sistema, en materia tributaria, ha de entenderse, que las constancias procesales formales o físicas, se han de someter a una regulación específica, respecto de la forma en que ellas se han presentar para ser admitidas, a un sistema de debate, que posibilite una práctica probatoria mucho más flexible y espontánea, que genere el verdadero sentido de la actividad demostrativa, revalorice su calidad y certeza y además, sin que se cambie el objeto de la prueba o su contenido, elimine las contradicciones escritas respecto a ellas, que solamente favorecen a dilatación de los trámites, y haga efectiva la inmediación directa del Juez y la contradicción de las partes en el mismo acto, para cumplir con los principios de la justicia, celeridad, publicidad, concentración, inmediación, como medios para hacer efectiva la tutela judicial en garantía de la seguridad jurídica.

Consecuentemente, en este trabajo se sostiene que una adecuada reforma procesal, hace no solo posible, sino necesaria y procedente la aplicación de la oralidad en el proceso tributario y para ello se plantean algunas propuestas generales que podrían ajustarse a los modelos introducidos en el régimen penal y laboral ecuatoriano, y que están en concordancia con lo que se ha de entender por el principio

de intermediación; esto es, que las actuaciones procesales deben efectuarse en su totalidad con la intermediación del juez y el contacto directo de éste con los sujetos intervinientes en el proceso, lo que permite al juzgador el conocimiento pleno, no solo de las pretensiones y excepciones planteadas por las partes, sino de manera especial, de los hechos que constituyen la materia de esas pretensiones. Para cumplir ese propósito es necesario implementar un sistema de audiencias en todas las etapas del proceso, en las que el Tribunal intervenga directamente para procurar, mediante la intermediación y contradicción, un equilibrio razonable para garantizar la igualdad procesal y la independencia judicial. Con estos criterios la sugerencia se orienta a definir un proceso de sustanciación de las causas tributarias, en base a las siguientes fases o etapas:

4.1. La de conocimiento de la acción.- En ella, el sujeto pasivo de la relación jurídica tributaria que se considere afectado por un acto o decisión emanada de la administración tributaria, presentará su demanda impugnándolo ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario, en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente al de la notificación del acto o resolución de que se trate. El escrito de demanda para su procedencia y aceptación, deberá reunir los requisitos que establece la Ley. En el mismo escrito se enumerará y detallará cada una de las pruebas que justifican la pretensión, incorporando todos los documentos, que sirven de sustento al acto impugnado, así como aquellos que se aporten en función de demostrar sus pretensiones. Igual exigencia ha de cumplirse en caso de requerir la participación de un perito. En este supuesto el juez dispondrá su designación conforme al procedimiento electrónico aleatorio.

4.2. Audiencia de contradicción y saneamiento del proceso.- Con la demanda y la documentación anexa, y la designación del perito si fuera del caso, se citará al demandado señalando día y hora, para la audiencia de contestación a la demanda, en la que la autoridad administrativa demandada deducirá las excepciones atinentes a su defensa, objetará lo que considere pertinente de la prueba presentada y ofrecerá la suya. La audiencia se cumplirá dentro de los quince días posteriores a la citación, a fin de que el demandado tenga el tiempo suficiente para apreciar la diversas circunstancias de hecho y de derecho de la pretensión, confrontarla con la realidad fáctica que proviene de los documentos que sustentan el acto o actos administrativos cuestionados.

Dentro de esta audiencia, se plantearan también todas las cuestiones que pueden obstaculizar el conocimiento del fondo del asunto, incidentes, nulidades, cuestiones

concernientes a la admisibilidad y validez del proceso—competencia, jurisdicción, capacidad, legitimación, representación, conexidad, litispendencia y cosa juzgada, entre otras. De producirse y demostrarse una circunstancia que afecte a la validez procesal, se resolverá de manera inmediata declarando la nulidad.

El perito designado será convocado y participará en esta audiencia a efectos de conocer los requerimientos que formulen las partes para la elaboración de su informe, así se facilita su contacto inmediato y directo con el juez y las partes en litigio, y el conocimiento completo y cabal de los asuntos sobre los que se realizará la experticia. En relación a la complejidad de la materia sobre la que deberá emitir el informe pericial, se le concederá un término de hasta sesenta días para su elaboración, cumplido se lo presentará por escrito al Tribunal.

4.3. Audiencia de debate de prueba.- Contestada la demanda, de no existir prueba pericial, absueltas las cuestiones previas si fueren del caso, se convocará a la audiencia de debate de prueba en el término de ocho días posteriores a la fecha en la que se contestó la demanda.

De haberse presentado informe pericial, el Juez dispondrá que se notifique a las partes procesales con su contenido y en la misma providencia convocará a la audiencia de debate, en un plazo que no excederá de quince días y que será señalado de acuerdo a la complejidad y extensión del informe.

La ausencia injustificada del accionante a la audiencia se entenderá como desistimiento de la pretensión, ordenándose el archivo del Proceso y la ausencia del Procurador designado por la Administración demandada, como allanamiento a los fundamentos de la demanda, en cuyo caso se emitirá la sentencia que corresponda.

4.3.1 Desarrollo de la audiencia.- Las partes en el orden señalado, esto es, primero el actor y luego el demandado, presentarán y sustentarán la naturaleza probatoria de los documentos anexados a la demanda y la contestación, independientemente de la condición de medios físicos, informáticos o de otra naturaleza, sean estos emitidos por el contribuyente o por la Administración Tributaria, además podrán ofrecer nuevas pruebas. A continuación el juez dispondrá, en el orden que corresponda, que ejerzan el derecho a la contradicción debatiendo las pruebas presentadas, respecto a su condición, validez legal, eficacia y naturaleza. Se admitirá la réplica.

Concluido el debate sobre la prueba documental, el Juez, en presencia de la partes, pedirá al perito que sustente verbalmente el contenido del informe presentado, para su presentación podrá servirse de medios audiovisuales.

Concluida la exposición del perito, las partes realizarán las preguntas que consideren necesarias y pedirán las aclaraciones y ampliaciones sobre cualquier punto de la pericia incluyendo las conclusiones. El Juez igualmente podrá preguntar al perito y requerir las explicaciones que considere necesarias.

En el caso que la ampliación del dictamen demande de un examen adicional del perito para su pronunciamiento, el Juez podrá suspender la audiencia para su realización, suspensión que no podrá exceder en ningún caso de diez días, reanudada la audiencia el perito presentara la ampliación requerida la que igualmente será sometida a debate.

En el caso que el perito no concurra a la audiencia ampliatoria, el juez previo acuerdo de las partes podrá disponer que se prescinda de la ampliación, o en su caso, del informe emitido en su totalidad. En este evento el Juez comunicará el particular al consejo de la Judicatura para que se proceda a sancionar al perito incumplido. De considerar las partes como indispensable el informe pericial para sus intereses probatorios, el Juez designará un nuevo perito, para que elabore el informe con sustento en los mismos requerimientos planteados al perito cesado y dentro del término que será fijado para el efecto. El nuevo informe será sometido a debate conforme al procedimiento señalado en este numeral.

5. AUDIENCIA DE SENTENCIA

En los asuntos que se refieran a temas de puro derecho, o en aquellos procesos en lo que se planten pretensiones cuyos medios probatorios son de actuación inmediata. Cumplida la audiencia de prueba, se emitirá verbalmente la sentencia, misma que será notificada por escrito dentro de los tres días posteriores. Este procedimiento se aplicará en los juicios de prescripción, caducidad de la facultad determinadora, silencio administrativo, excepciones al procedimiento coactivo, de impugnación multas administrativas y clausuras.

En tanto en los procesos cuyas situaciones fácticas sean complejas, y el Tribunal para emitir su pronunciamiento requiera del análisis y revalorización de la prueba de

los informes y más documentos que determinan la obligación tributaria, concluido el debate probatorio, convocará a audiencia dentro de treinta días posteriores para la lectura de la sentencia. Se contará con un día adicional por cada cien fojas. Mientras transcurre este término las partes podrán solicitar Audiencia para presentar sus alegatos.

6. RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES

6.1. En el estado actual de transformación jurídica, en el que no se puede evadir el mandato constitucional de la oralidad, no es discutible siquiera la viabilidad práctica, conveniencia y oportunidad de implementar la oralidad. Pero para introducir el sistema es necesario propiciar también una reforma de carácter estructural que incluya no solo el elemento material que resulta indispensable:

Dotación de medios e instrumentos adecuados a los operadores de justicia, salas de audiencias, sistemas modernos de registro y conservación de las intervenciones de la partes y peritos; sino de manera fundamental, el recurso humano, pues no solo que se precisa de un mayor número de jueces, sino que ellos deben estar capacitados adecuada y suficientemente, tanto en los fundamentos de los principios que motivan la oralidad, cuanto en su nuevo rol activo y directo en el proceso, para hacer efectiva la inmediación.

6.2. La oralidad como sistema, en materia tributaria, debe ser concebida desde el reconocimiento de la existencia, eficacia y primacía de la prueba documental y escrita, en esa razón la reforma ha de referirse no a la variación o cambio en el sistema probatorio, que por la naturaleza de las relaciones jurídico tributarios, es inadmisibile, sino respecto de la forma en que esas pruebas documentales se han de presentar para ser admitidas y valoradas.

6.3. Hay que admitir que la implementación del sistema oral no significa bajo ningún concepto prescindir de la constancia escrita que garantiza precisión, seriedad y seguridad, el cambio se ha concebir a través de mecanismos procesales que permitan simplificar, precisar y clarificar los hechos materiales a través de la intermediación judicial. De allí que se plantea en este trabajo que la fase inicial del proceso se ha de materializar en forma escrita, demanda y contestación, al igual que el informe pericial, que las pruebas escritas o documentales, mantienen su condición original, pero han de ser debatidas en el periodo correspondiente, al igual que todas

las actuaciones de los jueces tanto en los asuntos de trámite como en sus decisiones y resoluciones.

7. REFERENCIAS

- Chiovenda. (1934). *Principii di diritto processuale civile*.
- *Código de Procedimiento Civil*. (2005). Ecuador: Registro Oficial N°11 Suplemento N° 58 de fecha 12-jul-2005.
- *Código Tributario*. (2005). Ecuador: Registro Oficial N° 9 Suplemento 38 de fecha 14-jun-2005.
- *Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Ecuador: Registro Oficial N° 0 Suplemento N° 449 de fecha 20-oct-2008.
- *Ley de Régimen Tributario Interno*. (2004). Ecuador: Registro Oficial N° 26 Suplemento 463 de fecha 17-nov-2004.

TRIBUNA

El Régimen Penal de la Propiedad Intelectual desde la Perspectiva del Código Orgánico Integral Penal

Dr. Ms. Marco Maldonado Castro¹

Dra. Lorena Castellanos Peñafiel

1. LINEAMIENTOS DEL RÉGIMEN PENAL QUE ESTABLECE LA NORMATIVA INTERNACIONAL

Las directrices que determinan los distintos niveles de protección de los derechos de propiedad intelectual que los estados deben incluir en la normativa interna (escenarios administrativo, civil y penal), en cumplimiento de las obligaciones que adquieren, están previstas en los instrumentos internacionales —que, en casos como el ecuatoriano, adquieren rango de ley y, por sus características peculiares, ocupan un lugar infraconstitucional y supralegal en el ordenamiento jurídico interno—² que regulan, ya sea de modo general o exclusivo, las modalidades en que

¹ Abogado y Doctor en Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, Magíster en Gerencia Educativa y Especialista en Gestión de Procesos Educativos de la Universidad Central del Ecuador, Magíster y Especialista Superior en Derecho Procesal de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede-Ecuador. Juez provincial de la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Docente de la Universidad Central del Ecuador de las cátedras de Código de Procedimiento Penal y Práctica Penal. Facilitador del Consejo de la Judicatura en programas de capacitación para los diferentes operadores del sistema de administración de justicia. Expositor y conferencista nacional e internacional.

² Los tratados y convenios internacionales ratificados en materia de propiedad intelectual, así como el soft law sobre la materia, se ajustan a la prescripción del artículo 425 de la Constitución.

se manifiestan tales derechos: el derecho de autor y derechos conexos, la propiedad industrial y las variedades vegetales.

Así, en alusión puntual a los procedimientos penales, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio –ADPIC–, que es una norma de contenido global, establece los lineamientos eje para la estructuración del catálogo de delitos que lesionan la propiedad intelectual; su artículo 61 contempla, pues, la posibilidad de que, manejando sus márgenes de discrecionalidad en la producción legislativa, los países miembros establezcan procedimientos y sanciones penales “*al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial.*”³

El mismo artículo esclarece que estos mecanismos pueden comprender “*la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias* suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente.”⁴ Y, además, que, cuando proceda, entre ellos es factible incluir medidas tales como “*la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercancías infractoras y de todos los materiales y accesorios utilizados predominantemente para la comisión del delito.*”⁵ Con todo, la disposición en referencia no restringe, sino que deja a criterio y decisión de los estados miembros, la opción de extender la aplicación de los procedimientos y sanciones penales a otros casos de infracción de los derechos de propiedad intelectual, en particular cuando se cometan con *dolo* y a *escala comercial*.

Por otra parte, en el contexto del Sistema Andino de Integración -SAI-, en función del cual se ha avanzado hacia la armonización normativa en el ámbito de la propiedad intelectual para los estados miembros –Ecuador, Colombia, Perú y Bolivia–, únicamente la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, contiene una norma relativa a los recursos de índole penal. En efecto, el artículo 257 de la Decisión determina que los países miembros pueden aplicar procedimientos y sanciones penales para los casos de *falsificación de marcas*. Pero, en cambio, las Decisiones 351 y 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que fijan el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos y el Régimen Común de Protección de los Derechos de

³ Énfasis añadido.

⁴ Énfasis añadido.

⁵ Énfasis añadido.

los Obtentores de Variedades Vegetales, respectivamente, no contienen regulación alguna al respecto.

El escenario jurídico descrito pone de relieve, entonces, que la fijación de estándares base en las normas internacionales no es óbice para que cada estado ejerza la potestad de armar su esquema penal sustancial, con sujeción a su propia realidad, necesidades y expectativas, así como de llevarlo a la práctica mediante el respectivo proceso y la adopción de las políticas públicas necesarias. Según se vio, el cuadro puede ser amplio, si se decide añadir tipos, o, bien, mínimo, si se opta, más bien, por limitar el listado a la inclusión de dos únicos supuestos de hecho: la falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio y la piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial.

Sobre esto último, vale mencionar que, con oportunidad de las prescripciones especiales relacionadas con las medidas en frontera, el ADPIC explica el alcance de las situaciones hipotéticas *in comento*, a fin de que sean entendidas desde el lenguaje de tipificación de cada país, cuando describe la forma en que deben ser interpretadas, tanto por las autoridades administrativas cuanto por los órganos judiciales de los países miembros, en los casos concretos.

De esa forma, emplea la expresión *mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas* para referirse a “cualesquiera mercancías, incluido su embalaje, que lleven puesta sin autorización una marca de fábrica o de comercio idéntica a la marca válidamente registrada para tales mercancías, o que no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales de esa marca, y que de ese modo lesione los derechos que al titular de la marca de que se trate otorga la legislación del país de importación.”⁶ Y, en igual lógica, utiliza el enunciado *mercancías pirata que lesionan el derecho de autor* con el propósito de hacer alusión “cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en el país de producción y que se realicen directa o indirectamente a partir de un artículo cuando la realización de esa copia habría constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación del país de importación.”⁷

⁶ Artículo 51, nota al pie 15, literal a), del ADPIC.

⁷ Artículo 51, nota al pie 15, literal b), del ADPIC.

En cuanto a los dispositivos de sanción, la guía de regulación que mantiene el ADPIC también es clara, en la medida en que sugiere el manejo judicial de las siguientes penas aplicables de acuerdo a la gravedad del ilícito: la prisión, las sanciones pecuniarias con efecto disuasivo, la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercancías infractoras y de todos los materiales y accesorios utilizados.

Ahora bien, un acercamiento a la experiencia ecuatoriana permite constatar que, lejos de la actual orientación neoconstitucional hacia lo mínimo, las regulaciones penales en materia de propiedad intelectual hasta hace poco respondían a un catálogo amplio. Ciertamente, antes de la emisión del Código Orgánico Integral Penal –COIP–, la ley destinaba todo un capítulo, artículos 319 a 331,⁸ a la identificación de los hechos punibles y sus sanciones y lo hacía extendiendo el espectro de tipificación por sobre la línea base que fijan las normas internacional y comunitaria; es decir, a la falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio y la piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial –que figuran, por cierto, con un importante grado de detalle, a través de *subtipos* o *tipos secundarios* derivados del principal, que inclusive son reiterativos⁹–, el articulado agregaba supuestos de hecho relativos a las demás manifestaciones de la propiedad intelectual.

Así, en la ley se podían encontrar varias regulaciones penales que, por un lado, involucraban a varias modalidades de la propiedad industrial, tales como: las patentes, los dibujos o modelos de utilidad, los esquemas de trazado o topografías,¹⁰ las marcas notorias y de alto renombre,¹¹ las indicaciones geográficas,¹² los secretos comerciales, los secretos industriales, la información confidencial,¹³ los nombres comerciales y las apariencias distintivas;¹⁴ y que, por otro, insertaban, también, a los derechos del obtentor de variedades vegetales¹⁵, aunque de manera residual si

⁸ Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual, Libro IV De la Competencia Desleal, Capítulo III De los Delitos y de las Penas.

⁹ Para el caso de las marcas, véanse los artículos 319, literales f), g), h) e inciso final, 320, numerales 2 y 3, 321, 322 y 323 de la Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual; y, para el del derecho de autor y derechos conexos, los artículos 324 y 325 de la misma ley.

¹⁰ Véanse el artículo 319, literales a) y b) (patentes), c) (dibujos y modelos industriales), e) (esquemas de trazado o topografías), de la ley en estudio.

¹¹ Aplica contenido de la referencia xi.

¹² Ver artículos 319, literal h) e inciso final, y 320, numerales 2 y 3, de la Ley.

¹³ Artículos 320, numeral 1, de la Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual y 361 del Código Penal.

¹⁴ Revisar artículo 321 para nombres comerciales y apariencias distintivas.

¹⁵ Artículo 319, literal d), de la precitada ley.

se compara el texto que los refiere con el que se usa para las otras dos clases de derechos. Incluso, era posible ubicar un tipo penal que reprime la obstaculización, incumplimiento o impedimento en la ejecución de una providencia preventiva o cautelar en procesos que se sustancien por la presunta afectación de cualquiera de los derechos de propiedad intelectual.¹⁶

Sin embargo, ahora, una vez vigente el COIP, al quedar derogadas, todas estas regulaciones quedaron por fuera del ordenamiento jurídico ecuatoriano; en la actualidad, entonces, únicamente se mantiene una regulación ampliada sobre la falsificación de medicamentos, un tema que se relaciona solo de manera tangencial con la propiedad intelectual. De ese modo, el COIP deja de lado importantes obligaciones adquiridas por el país en el marco de las relaciones internacionales sobre propiedad intelectual, pues ha dejado por fuera del régimen penal a las dos figuras mínimas que todo Estado debe sancionar con la normativa que opera dentro de este régimen: la falsificación de las marcas de fábrica o de comercio y la piratería de derecho de autor a escala comercial.

Esa es la razón de que, precisamente a escaso tiempo de que ha entrado en rigor el COIP, ya existe una propuesta de reforma que busca corregir esta falencia y, con ello, que el Estado ecuatoriano cumpla sus compromisos jurídicos en el ámbito del comercio internacional de bienes y servicios, en el que la protección de la propiedad intelectual es un aspecto estratégico y de alta importancia para el desarrollo económico del país. Así, se incorporarían, nuevamente, al régimen penal los tipos penales destinados a sancionar la falsificación de marcas de fábrica y comercio, así como la piratería de derecho a escala comercial.

La propuesta que envió el Ejecutivo a la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional plantea que para el primer caso se aplique una pena consistente en multa de entre 500 y 500 000 dólares, mientras que en el segundo supuesto una pena de multa de entre 500 y 200 000 dólares.

En lo que respecta a las sanciones, las regulaciones penales del sistema ecuatoriano manejaban, hasta hace poco, dos esquemas que, con sustento en el criterio de rango, combinaban las penas de prisión y multa; la distinción entre uno y otro, sin embargo, resulta sutil, poco técnica y hasta confusa.

¹⁶ Artículo 326.

El primero, que preveía prisión de tres meses a tres años y multa de USD. 1,314.45 a USD. 13,144.50, estaba dirigido a los delitos con los que puede resultar afectada la mayoría de expresiones de propiedad industrial, los derechos que asisten a los obtentores de variedades vegetales y el derecho de autor y derechos conexos (artículos 319, 320, 323 y 324). Y, el segundo, menos severo, que establecía prisión de un mes a dos años y multa de USD. 657.22 a USD.6,572.25, se encaminaba a la represión de otras conductas, un tanto diferentes de las insertas en el contexto del primer esquema, que abarcaban categorías tales como nombres comerciales, marcas, productos falsificados, derecho de autor y derechos conexos y ejecución de medidas preventivas o cautelares (artículos 321, 322, 325 y 326).

En ambos cuadros, la pista de cada artículo estaba dada para que el órgano judicial competente aplicara la multa *en consideración al valor de los perjuicios ocasionados*, adicional a que, como es obvio, la determinación del período de prisión se produzca en relación proporcional con la gravedad del ilícito; la razón es que en estos puntos recaería el efecto disuasivo de las penas. Pero, además, la sanción de tipo mixto que preveía la legislación se complementaba con el comiso de todos los objetos que hubieren servido, en forma directa o indirecta, para la comisión del delito.¹⁷

Con la actual propuesta, en cambio, la clave del régimen penal en este punto estaría determinada únicamente por la imposición de una multa, como único mecanismo disuasivo de las conductas lesivas a la propiedad intelectual. Por el momento, el análisis se concentrará en la viabilidad de aceptar la propuesta de manejar una pena consistente en multa de entre 500 y 500 000 dólares (para el caso de falsificación de marcas de fábrica y comercio), mientras que en el segundo supuesto una pena de multa de entre 500 y 200 000 dólares (para la piratería lesiva a gran escala de derecho de autor).

2. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES SOBRE DERECHO PENAL MÍNIMO Y PROPIEDAD INTELECTUAL

Ahora bien, la Constitución, en su artículo 322, parte de un reconocimiento general de la propiedad intelectual, de acuerdo con las condiciones que señale la ley,

¹⁷ Artículo 330 de la Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual y artículos 51 y 65 del Código Penal.

para desarrollar de manera específica, en otras disposiciones, varios de sus componentes y vínculos; así, el contenido de la norma suprema incluye referencias explícitas a derechos que se generan a partir de la cultura, la ciencia, la capacidad creativa, la innovación, los saberes ancestrales, la biodiversidad y los recursos naturales¹⁸. Esto no deja lugar a la duda sobre si se trata, en verdad, de un bien jurídico susceptible de tutela constitucional, pero, en cambio, sí despierta varias inquietudes sobre el alcance que debería tener ese resguardo a la hora de activar la justicia penal.

Y ello en la medida en que, al igual que garantiza la propiedad intelectual, la norma constitucional reconoce los derechos de libertad y de protección, de cara al funcionamiento de un sistema procesal que actúa, o debería actuar, como un mecanismo de realización de la justicia en todos los ámbitos de la vida social; desde esta visión, el hecho de que la seguridad jurídica y el debido proceso formen parte del listado de derechos fundamentales, con un desarrollo positivo mejorado y a tono con las proyecciones modernas de derechos humanos, resulta esencial para la cabida práctica del principio establecido en el artículo 76, numeral 6, según el cual “la ley establecerá la debida *proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones* penales, administrativas o de otra naturaleza”¹⁹.

Al conectar este principio con las regulaciones penales que el sistema ecuatoriano prevé para el tratamiento de los delitos que se cometen contra la propiedad intelectual, se puede inferir, fácilmente, que, en buena parte, el esquema que se aplicaba —o, mejor dicho, estaba vigente— es extraño al actual marco constitucional y, por tanto, a los ejes sustanciales del derecho penal mínimo porque, en suma, el catálogo de delitos hoy derogado no respondía a una relación proporcional entre infracción y pena y, en idéntica lógica, la tipificación de las conductas tampoco era coherente con la gravedad de la infracción, ni aún con la auténtica naturaleza jurídica de esta clase especial de propiedad.

En realidad, la propiedad intelectual constituye un derecho de índole patrimonial y, con excepción de la piratería y la falsificación de signos distintivos —que son capaces de ocasionar impactos colaterales lesivos a la salud o a la seguridad alimentaria, por citar tan solo un par de ejemplos—, la mayoría de conflictos que se derivan de su

¹⁸ Artículos 21 a 25, 377 a 380, 385 a 388, 395 a 415 de la Constitución de la República del Ecuador.

¹⁹ Énfasis añadido.

afectación giran alrededor de intereses particulares, vinculados con la titularidad del derecho, mas no a asuntos de interés público o social.

A lo dicho habría que añadir que la estructuración de cada tipo rebasaba las líneas programáticas establecidas en el contexto del artículo 61 del ADPIC y está pensada en función de una óptica poco técnica, ya que, a más de que las infracciones se habían tipificado en forma confusa y a veces repetitiva, se manejaba un tratamiento penal excesivo a una clase de problemas que, salvo supuestos excepcionales, podrían resolverse -y de forma satisfactoria- únicamente a través de las vías administrativa, civil o contencioso administrativa e incluso mediante la utilización de los métodos alternativos de solución de controversias, según las circunstancias del caso concreto determinen la factibilidad o no de que opere la figura de la transacción.

Por ello, justamente, con el proceso de elaboración del COIP se pretendió superar esta situación de incoherencia constitucional y legal, a partir de la incorporación de un esquema punitivo mejorado para el tratamiento penal de la propiedad intelectual. Sin embargo, en la práctica, esta pretensión excedió la intención inicial de constitucional el régimen penal de los derechos de propiedad intelectual, pues, al eliminar todas las conductas penales que se encontraban tipificadas en la ley, se dejó sin piso la sanción penal de todas aquellas acciones contrarias a la tutela de la creatividad, innovación e investigación. Ahora, la solución está afinada en la reforma al COIP, que se ajustaría a la exigencia mínima que establece el Acuerdo sobre los ADPIC y que impediría que las conductas erosivas de la originalidad queden en la impunidad.

3. FALSIFICACIÓN Y ADULTERACIÓN DE MEDICAMENTOS O DISPOSITIVOS MÉDICOS

En términos generales, la tipificación que establece el COIP para el delito de falsificación y adulteración de medicamentos puede considerarse adecuada y completa, en la medida en que se maneja un esquema de responsabilidad gradual, de acuerdo a la complejidad y gravedad de la conducta realizada, que concuerda con la imposición de penas coherentes con esa graduación.

Así, la falsificación y adulteración de medicamentos o dispositivos médicos (importación, producción, fabricación, comercialización, distribución o expendio) se sanciona con una pena privativa de la libertad de 3 a 5 años. Por otra parte, el ex-

pendio o despacho de medicamentos caducados, que ponga en peligro la vida o la salud de las personas, se sanciona con una pena privativa de la libertad de 6 meses a 2 años, así como con la inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio por 6 meses.

Y, finalmente, es significativo el avance normativo que se tiene en el último inciso del artículo 217, pues, por primera vez, se establece que tiene responsabilidad penal una persona jurídica implicada en la comisión de este delito, en cuyo caso la sanción consiste en la imposición de una multa de 30 a 50 salarios básicos unificados del trabajador en general.

Ahora bien, uno de los grandes problemas que ha incidido e incide en el combate del problema de medicamentos falsificados está en la falta o escasa información con que cuentan las autoridades. Los mecanismos de control que aplica el Estado en cuanto se refiere al ingreso y salida de mercaderías al y desde el Ecuador, así como el destino ulterior de este flujo en los países vecinos, ha experimentado mejoras significativas en los últimos años, en que las autoridades han modernizado los servicios de aduana, transporte, logística y operaciones de seguimiento.

Sin embargo, el contrabando continúa siendo una práctica difícil de erradicar y combatir, sobre todo en las áreas de frontera, porque las redes delincuenciales han sabido adaptarse a los cambios implementados en materia de control, gracias a su contacto con sectores informales de la economía y a su funcionamiento que pervive gracias a que la lógica del bajo precio facilita la acogida de productos falsificados por el fácil acceso que se tiene a ellos.

Existe una relación sumamente estrecha entre medicamentos y propiedad intelectual. Desde el año 1998, en que entró en vigencia, los artículos 342 y 343 de la Ley de Propiedad Intelectual instituyeron en el país la figura de la “medida en frontera”, que puede definirse como aquel dispositivo legal que faculta a la autoridad aduanera a impedir el ingreso o salida de mercancías que puedan afectar, de cualquier manera, cualquier tipo de derecho de propiedad intelectual protegido por el Estado ecuatoriano.

Gracias a la activación de este mecanismo, desde el año 2009 el Ecuador realiza un control importante sobre el tipo de mercancías que ingresan o salen del país, mediante el aforo físico, que es un procedimiento en el que interviene personal capacitado en materia de falsificaciones y analiza, por muestreo, los productos que

están en contenedores en la espera de su nacionalización o, bien, de su exportación. Si, realizada la inspección respectiva, se determina la falsificación de la mercancía u otro tipo de actividad ilegal, se reporta la novedad a la autoridad competente a fin de que el trámite se detenga y se inicien las investigaciones a las que hubiera lugar.

Cuando el asunto solo implica afectación de derechos de propiedad intelectual, de forma previa al envío del caso a la fiscalía, el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual debe pronunciarse confirmando o revocando la medida en frontera adoptada por la autoridad aduanera. Pero, si se está frente a un caso de falsificación de medicinas, que ya implica un problema de salud pública, no solo que la medida debe ser confirmada sino que, inmediatamente, la fiscalía debe activar su función de investigación.

En el mismo año 2009, como parte de una investigación académica sobre los delitos de propiedad intelectual, en el que se expuso un paneo estadístico del tema, durante la recopilación de información se conoció un caso que reportó la aduana sobre una medida en frontera que se adoptó para impedir que ingrese al país un cargamento de productos farmacéuticos cuyo principio activo era el sildenafil, que es aquel a partir del cual se prepara el medicamento conocido comercialmente como Viagra.

Adicional a este caso, entre los años 2005 y 2009, la INTERPOL ha liderado una importante operación en la región sudamericana, con el fin de combatir los delitos de propiedad intelectual, que se denomina JUPITER y que, dado el éxito alcanzado, se replicó en los dos años siguientes. Como parte de ese trabajo, se logró identificar el problema de medicamentos falsificados, aunque sin mayores datos, así como la procedencia de ciertos insumos, las rutas del flujo de estos productos ilícitos, las prácticas delictivas y modos en que actúa la delincuencia organizada en este tipo de delitos.

Pese a que el problema de medicamentos falsificados y adulterados aún requiere mayor investigación, el informe final de 2011²⁰ ofreció algunos detalles de gran relevancia con respecto a los aspectos que la autoridad debería tener en cuenta en cuanto a la falsificación de productos para diseñar y ejecutar sus políticas públicas:

²⁰ La información fue compartida solo para uso de autoridades de gobierno. Se realiza esta cita únicamente por tratarse de un ejercicio académico.

- Los productos falsificados ofrecen cada vez mayor diversidad y presentación atractiva.
- Casi el 70% de productos falsificados provienen de Asia, aunque ya se está poniendo en evidencia una producción creciente de este tipo de artículos a nivel local.
- Se trata de delitos transnacionales y realizados por grupos de crimen organizado porque el proceso de su elaboración y comercialización involucra a más de una jurisdicción.
- El robo de material de producción en las industrias legales (envases, sellos, etiquetas) facilita la elaboración de productos falsos.

CONCLUSIONES

Existen experiencias previas de cooperación regional e internacional en cuanto a la investigación de delitos transnacionales y delincuencia organizada. En el caso ecuatoriano, al igual que en la mayoría de países vecinos, se han implementado cambios institucionales en la Fiscalía y Policía Nacional destinados a una mejor cobertura estatal en el control y seguimiento de esta clase de infracciones; de igual modo, se han emprendido procesos de reforma legal profunda y se han mejorado los modelos de gestión del sistema de administración de justicia.

Pero, pese a ello, la falsificación y adulteración de medicamentos farmacéuticos continúa siendo un reto en el ámbito de la prevención, combate e investigación. Al respecto es preciso reconocer que los operativos realizados en el Ecuador y a nivel regional e internacional, con la colaboración de la INTERPOL, han generado resultados iniciales positivos y alentadores porque, ciertamente, constituye un buen punto de partida el hecho de que en la actualidad se tenga conocimiento de la complejidad del problema y de las diversas estrategias que se ponen en práctica a la hora de fabricar e incorporar al mercado productos falsos con alto riesgo de daño para la salud pública.

Lo fundamental es, entonces, que, al tratarse de un delito de naturaleza transnacional, en el que intervienen organizaciones delincuenciales organizadas, las autoridades mantenga como una de sus prioridades la cooperación en la investigación de estas infracciones; a partir de ello se facilita la capacitación de alto nivel y aprendizaje de nuevas técnicas de investigación para los operadores de justicia

y autoridades administrativas y eso, sin duda alguna, incide en la forma en que el Estado asume su responsabilidad en la prevención, investigación y procesamiento penal de este tipo de conductas.

El Acceso a la Justicia Ambiental en el Ecuador

*Dr: Carlos Ramírez Romero
Presidente de la Corte Nacional de Justicia*

La importancia del Derecho Ambiental y su objeto de estudio, el (medio) Ambiente y/o la naturaleza resultan indiscutibles; tanto es así, que incluso existe consenso sobre su importancia. Expresión de ese consenso a nivel de cada país, es por ejemplo que tanto las Constituciones como las legislaciones infraconstitucionales prevean normas específicas para su regulación, prevención o precaución; algo similar ocurre en el orden internacional, donde por ejemplo la Organización de Naciones Unidas ha establecido un Programa para el Medio Ambiente; y a nivel regional, la Organización de Estados Americanos apoya la implementación de políticas y proyectos sobre desarrollo sostenible, recursos hídricos, cambio climático, gestión de riesgo, biodiversidad, entre otros.

De ello se deriva que el Derecho Ambiental se presente en la sociedad actual como un tema de particular importancia; es más, los sistemas jurídicos articulan un conjunto de técnicas, reglas e instrumentos jurídicos con la finalidad de lograr la protección del ambiente tanto para bienestar de los propios seres humanos como para la preservación de especies¹.

¹ Silvia Jaquenod, *El Derecho ambiental y sus principios rectores* (Madrid: Dykinson, 1991), 351.

Contemporáneamente, el Derecho Ambiental es una materia que experimenta una ruptura con los esquemas tradicionales, puesto que presenta una hibridación por sus contenidos de naturaleza descodificante y mutante; sus implicaciones son tan amplias que abarcan «lo público y lo privado, lo penal y lo civil, lo administrativo, lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición que se adopten nuevas características»². Se articula así, un complejo conjunto de disposiciones jurídicas, denotando que el ambiente demanda para su protección de normas carácter interdisciplinar que se condicionan e influyen recíprocamente en el ámbito de todas las ramas jurídicas y científicas existentes.

1. DERECHO Y JUSTICIA

El Derecho es una de las formas más evolucionadas de convivencia social. Más, el derecho no es solamente un conjunto de normas, si no ante todo, el derecho es la expresión (jurídica) de una realidad sociológica, política, jurídica, cultural; es la forma de vida que exige la convivencia de personas en una sociedad donde gobiernan las normas más no el arbitrio humano. De ello precisamente se deriva la importancia de comprender el “contexto” en el que existen las normas jurídicas.

De otro lado está la justicia que tiene una relación indiscutible con el Derecho, pues la justicia se presenta como un *valor* de las personas y de la sociedad misma; además debe tenerse en cuenta que “el concepto de justicia se halla cargado de una fuerte emotividad [...] la justicia mide la adecuación de una norma o del conjunto del sistema a un orden normativo distinto del Derecho, pero íntimamente relacionado con él [...]”³.

Como la justicia no puede sujetarse a lo que cada uno considera «ideal y adecuado», la sociedad ha establecido normas para convertirlo en un tema objetivo, pretendiendo evitar la arbitrariedad en la que –indudablemente– puede incurrir la subjetividad humana; además de que así se garantiza a todas las personas condiciones mínimas de seguridad. Pero, ni el derecho puede imponerse, ni la justicia

² Ricardo Lorenzetti, *Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*, (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995), 483.

³ Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del Derecho* (Madrid: Trotta, 2005), 95.

establecerse por sí misma sino a través de unos agentes (los jueces) que integran una Función del Estado. El ejercicio de la jurisdicción implica no sólo el juzgar sino también hacer ejecutar lo juzgado, lo que significa que se autoriza incluso el ejercicio de la fuerza, pero no fuerza de cualquier tipo, sino de una fuerza justificada y legítima; teniendo presente que “[e]s la fuerza esencialmente implicada en el concepto mismo de la *justicia como derecho*, de la justicia en tanto que se convierte en derecho [...]”⁴.

De conformidad con el Art. 168.3 de la Constitución «ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria», de ahí que la justicia se administra a través de los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial; sus titulares –los jueces– deben resolver los conflictos pero no con sujeción a su arbitrio sino aplicando la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley (Art. 172 CRE); de esa forma se garantiza la paz, la seguridad y la convivencia armónica en sociedad.

2. LA FILOSOFÍA DE LA CONSTITUCIÓN 2008

El último proceso constituyente del Ecuador, terminó con la promulgación de la Constitución que se encuentra vigente desde octubre de 2008. El ambiente y la naturaleza ocupan un lugar destacado en la misma, tanto que, en algunos aspectos se presentan innovaciones de gran rigor. Para evidenciarse las implicaciones de la Constitución en materia de ambiente y naturaleza, hay que adelantar que presenta dos facetas complementarias: el derecho al ambiente sano y los derechos de la naturaleza.

2.1. El derecho a un ambiente sano.

La Constitución de la República reconoce este derecho en los artículos 14 y 66.27; el primero reconoce el «derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*», el segundo artículo, entre los derechos de libertad en lo fundamental reitera tal contenido, agregando que el derecho al ambiente sano conlleva que sea «libre de contaminación y en armonía con la naturaleza».

⁴ Jacques Derrida, *Fuerza de Ley. El fundamento místico de la Autoridad*, (Madrid, Tecnos, 1ra edición, 2da reimpresión., trad. Adolfo Barberá y Patricio Peñalver, 2002), 17.

Adicionalmente existen otras normas que se relacionan con el derecho al ambiente sano: el artículo 27 vincula el desarrollo de la educación al respeto al «medio ambiente sustentable», el artículo 385 lo establece como condición para el desarrollo del sistema nacional de ciencia y tecnología; el artículo 32 lo relaciona con el derecho a la salud; el artículo 83.6 lo establece como deber de los ciudadanos; el artículo 276.4 comprende como uno de los objetivos del régimen de desarrollo; el artículo 391 lo posiciona en el ámbito de la movilidad humana. El artículo 395 establece cuatro principios ambientales; y, el artículo 396 da normas de sentido cautelar y reparador en relación con el ambiente.

En la faceta del derecho al ambiente sano, el constituyente mantiene una posición más –en sentido matizado– tradicional, esto es, los sitúa en la lógica de los derechos de tercera generación que se encuentra reconocido en varios ordenamientos jurídicos⁵. La concepción del derecho al ambiente sano trata de prevenir, cuidar o proteger el ambiente para el «bienestar de la persona»; es decir, el fundamento de la protección al ambiente es la persona, más no se considera al ambiente en sí mismo. La doctrina identifica claramente este aspecto al expresar: “al establecer que es un derecho de “toda persona” se trata de un derecho subjetivo general”⁶.

⁵ El derecho al ambiente sano resulta una de las perspectivas más admitidas en las Constituciones de muchos países. Así, por ejemplo el artículo 225 de la Constitución Política de la República Federal de Brasil, reconoce el derecho de la población «a un medio ambiente ecológicamente equilibrado» concebido como un «bien de uso común del pueblo», siendo «esencial para una sana calidad de vida» e imponiendo al Poder Público y la ciudadanía el deber de «defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras». También la Constitución Política de Colombia en sentido similar –aunque no precisamente igual– reconoce éste derecho en el artículo 79; como lo hace el artículo 4 inciso 5 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos; el artículo 50 de la Constitución de Costa Rica; el artículo 18 de la Constitución Política de la República de Panamá; el artículo 42 de la Constitución de la Federación de Rusia y el artículo 45.1 de la Constitución Española. También en la doctrina se reflexiona sobre el derecho al ambiente sano: Jaume Vernet y Jordi Jaria, “El derecho a un ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el Derecho Internacional”, *Teoría y realidad constitucional* (España, No. 20, 2007), 513-533. En Ecuador véase Gonzalo Varillas y Danilo García, *El derecho a un ambiente sano* (Quito: Corporación de Gestión y Derecho Ambiental, 2007), 10-11.

⁶ María del Carmen Carmona Lara, *Derechos en relación con el medio ambiente* (México: Cámara de Diputados/UNAM, 2000), 10. En esa misma línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo Español: “Como el artículo 45 de la Constitución reconoce a «todos» el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, estableciendo, además, el deber de los poderes públicos de proteger, defender y restaurar el medio ambiente, negar la legitimación de [un ciudadano para demandar] es negar lo evidente. Y este Tribunal considera oportuno recordar una vez más -como ya hizo en sentencia de 9 de mayo de 1986- que los preceptos contenidos en el capítulo tercero del Título I de la Constitución, pese a girar bajo la rúbrica de «principios

Aunque el constituyente conserva mucho del tradicional derecho a un ambiente sano, se incluyen también algunas innovaciones. Una de las principales, es que tal derecho es un medio para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay* “cuyo contenido no es otra cosa que la ética –no la moral individual– que debe regir la acción del estado y conforme a la que también deben relacionarse las personas entre sí y en especial con la naturaleza. No se trata del tradicional *bien común* reducido o limitado a los humanos, sino del bien de todo lo viviente (si se prefiere se diría hoy respeto a la *biodiversidad*) incluyendo por supuesto a los humanos, entre los que exige complementariedad y equilibrio, no siendo alcanzable individualmente”⁷. Esta concepción está íntimamente ligada con la siguiente.

2.2. La naturaleza como sujeto de derechos.

En el Preámbulo de la Constitución ya se posiciona el tema de la «naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia». El constituyente expresa la decisión de construir «Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*». El artículo 10 en su inciso segundo, al establecer los principios de aplicación de derechos dispone que la naturaleza será titular de los derechos que reconoce la Constitución.

La Constitución en el Capítulo séptimo, bajo el epígrafe “*Derechos de la naturaleza*”: reconoce a «la naturaleza o Pacha Mama, [como el lugar] donde se reproduce y realiza la vida» que tiene «derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos» (Art. 71 CRE). Se reconoce también «derecho a la restauración», como obligación independiente que tiene el «Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados» (Art. 72); y se dispone que «El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que pueda conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales» (Art. 73).

rectores de la política social y económica» no constituyen meras normas programáticas que limiten su eficacia al campo de la retórica política o de la inútil semántica propia de las afirmaciones demagógicas”: Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia 2645/1989, de 29 de abril.

⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, “La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia”, Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011), 20.

Que el constituyente haya reconocido a la naturaleza derechos es un tema de gran trascendencia, debido a que lo considera un ente importante en sí mismo, y por lo tanto merecedora de protección, por lo que al situarla como titular de derechos le otorga igual status que a las personas. Aunque la innovación más importante es lo referente a los derechos de la naturaleza, se ha dicho que el introducir el derecho al ambiente sano como presupuesto del buen vivir constituye también un aspecto relevante.

Que el preámbulo, y luego el artículo 71 de la Constitución utilice las palabras naturaleza y Pachamama demuestra que el constituyente no concebía el tema en sentido uniforme sino diverso; de ahí que “el reconocimiento de esos derechos [de la naturaleza] inevitablemente obliga a recordar las perspectivas llamadas “biocéntricas” [...] El reconocimiento de valores intrínsecos en el ambiente es uno de los puntos centrales, y con ello se busca romper con la postura antropocéntrica [...]”⁸.

En que la Constitución contenga una filosofía biocéntrica implica la adopción de “un nuevo paradigma conceptual”⁹ que se orienta a innovar las posturas convencionales respecto de la naturaleza y las personas; siendo por lo tanto, que el reconocimiento vanguardista de la naturaleza como sujeto de derechos no solo intenta la protección de la naturaleza para el bienestar de las personas sino que sienta las bases para un cambio en la forma de concebir y entender el desarrollo de la vida en su conjunto.

Así en razón de la filosofía biocéntrica, lo que existe en la tierra ya no puede, ni debe considerarse un objeto, bienes o servicios; no puede mirarse a la naturaleza en función de la utilidad que representa para el ser humano sino que “pone énfasis en valorar todas las formas de vida, tanto humanas como no-humanas”¹⁰. Por ello es importante destacar que la legislación ambiental tiene importancia global frente a problemas que no tienen fronteras como: la extinción de especies, cambio climático, contaminación transfronteriza. Si bien existen diferencias entre una (ambiente) y otra faceta (naturaleza), el carácter complementario de ambas:

⁸ Eduardo Gudynas, “La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador” Revista de Estudios sociales (Bogotá: No. 32, abril de 2009), 38.

⁹ Andrés Borja Ortiz, “Derechos de la Naturaleza”, en Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano (Quito: IREDH, julio de 2009), 125.

¹⁰ Eduardo Gudynas, “Las senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica”, Tabula rasa (Bogotá: No. 13, julio-diciembre de 2010), 50.

[...] el contenido de los derechos reconocidos constitucionalmente a la naturaleza [pero] diferenciándolos de los derechos ambientales, para lo cual es necesario partir de una lectura concienzuda de todo el articulado constitucional, al punto de ser capaces de distinguir que la protección generada mediante el *derecho ambiental* hace que los titulares de éstos derechos (y sus garantías) seamos las personas y no la naturaleza. Así, en el caso del derecho ambiental, aunque se generan obligaciones a favor de la naturaleza, en todo caso el derecho ambiental tiene por objeto precautelar derechos humanos, pues las personas son quienes tienen el derecho (y necesitan) vivir en un ambiente sano y equilibrado.¹¹

Como el Derecho es una herramienta importante como medio para la consecución de la justicia, las normas ambientales son de particular relevancia para protegerlo. El tema tiene mayor trascendencia, si tenemos presente que los fallos en justicia ambiental no se quedan en la solución del conflicto o la reparación de los daños de los agraviados individualmente, sino que más allá de ello se garantiza a las generaciones presentes y futuras el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza; pero no sólo eso, sino que permite conservar especies, plantas, el agua como parte de un sistema del que las personas formamos parte. El derecho vale en cuanto se haga efectivo; y, para ello existen los órganos jurisdiccionales.

3. PRINCIPIOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008

La Constitución ecuatoriana contiene algunos principios relacionados con ambiente y la naturaleza. En primer lugar, se determinan explícitamente cuatro principios ambientales conforme lo dispuesto por el artículo 395:

- 1.- *Modelo de desarrollo sustentable*, esto es, que el desarrollo debe sujetarse a condiciones ambientalmente equilibrada, respetuoso de la diversidad cultural, conservando la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

¹¹ Julio Marcelo Prieto, *Derechos de la naturaleza. Fundamentos, contenido y exigibilidad jurisdiccional* (Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 87.

- 2.- La *transversalidad de las políticas de gestión ambiental* siendo obligatorio su cumplimiento en todo el territorio nacional «por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas».
- 3.- La *garantía de la participación activa y permanente* de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades en actividades que generen impacto ambiental tanto en su planificación, ejecución y control.
- 4.- *Indubio pro natura*, por el cual «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».
- 5.- Se constitucionaliza la *responsabilidad objetiva* por daños ambientales (Art. 396 inc. 2). La reversión de la carga de la prueba, esto es al gestor de la actividad le corresponde demostrar la inexistencia del daño (397.1).

Responsabilidad significa «la obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro cualquier pérdida o daño que se hubiere causado a un tercero»¹²; este concepto nos lleva al daño, así como también a la reparación. El daño genera en la persona una reacción derivada de la propia naturaleza humana, desde los inicios de la humanidad la persona ha experimentado reacción frente a las afectaciones, por ello se ha dicho:

El dolor gobierna soberanamente el sentimiento jurídico del hombre primitivo. La injusticia es apreciada no según su causa, sino según su efecto; no según las circunstancias relativas a la persona del autor sino desde el ángulo de la víctima. La piedra lo ha golpeado, él siente el dolor y el dolor lo empuja a la venganza. Cuando la pasión es excitada no importa mucho que sea la intención o la negligencia o aun el azar que haya conducido la mano que ha causado el mal. La pasión impone la expiación aun del inocente¹³.

El daño en materia ambiental es un asunto de gran trascendencia no sólo en el Ecuador sino a nivel internacional. El constituyente ha establecido la responsabilidad ambiental objetiva debido a que el sistema de responsabilidad instituido en

¹² Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (París: Librería de Rosa, Bouret y C, 1851), 1440.

¹³ Rudolf von Ihering, *Études Complémentaires de l'Esprit de Droit Romain. De la Faute en Droit Privé* (París: 1880), 10.

el Código Civil ecuatoriano resulta insuficiente para enfrentar los daños; pues el artículo 2214 del Código Civil establece una responsabilidad individual y personal por daños derivados de acciones u omisiones propias: «El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito»; también existe responsabilidad por daños causados por las personas que están a su cargo, cuidado o dependencia (Art. 2220), o de las cosas que son de su propiedad (Art. 2223) o de las cuales se sirve (Art. 2228). Todos éstos presupuestos constituyen un sistema tradicional de responsabilidad, en el que son indispensables tres presupuestos o elementos: 1. Un daño o perjuicio, material o moral. 2. Una culpa, demostrada o preexistente. 3. Un vínculo de causalidad entre el uno y el otro.

El artículo 2229 del Código Civil –aunque con una redacción no muy técnica, y claro está desfasada de la actualidad– contempla otro sistema de responsabilidad, al precribir; «Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta». Nótese que, más allá de reiterar la malicia, en este artículo el legislador no usa exclusivamente la culpa como fuente de responsabilidad sino la “negligencia”; pero más aún, el catálogo establecido por el legislador lleva a pensar que su pretensión era, no reiterar un sistema que ha desarrollado en artículos precedentes sino establecer aquello que la doctrina ha identificado como régimen de responsabilidad por actividad riesgosa; prueba de ello es que en el numeral 5 hable de la obligación de reparar por artículos u objetos que presenten defectos de elaboración o construcción; o el provocar combustiones o explosiones, debiendo tenerse presente que este catálogo se ha establecido únicamente a título ejemplificativo, más no taxativo.

De ahí que el tema de la responsabilidad objetiva en materia ambiental en el Ecuador tenga su antecedente más representativo en la teoría de la actividad riesgosa, acogida hace algunos años por la jurisprudencia de la entonces Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en año 2002, precisamente en daños relacionados con actividades petroleras:

Mayoritariamente se considera la necesidad de la culpabilidad como una exigencia de justicia con respecto al responsable. Pero como la carga de la prueba de la culpa resulta en la mayoría de los casos casi imposible o muy difícil para la víctima, se consideró la necesidad de revertir la carga de la prueba, en el sentido de que quien utiliza y aprovecha la cosa riesgosa es al que le corresponde demostrar que el hecho

dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad exclusiva de la propia víctima. En otras palabras, se estableció la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño. [...] la producción, industria, transporte y operación de sustancias hidrocarbúricas constituyen, a no dudarlo, actividades de alto riesgo o peligrosidad [...] el principio *onus probandi incumbit actori*, 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. [...] 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 víctima¹⁴.

Así la Sala de Casación Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia condenó a PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROINDUSTRIAL y PETRO PRODUCCIÓN a reparar daños a una comunidad producto de derrames petroleros. Claro está que el sujeto de protección jurídica no era la naturaleza en sí misma, pero constituye un importante precedente en materia probatoria; además la sentencia dispuso la remediación del entorno natural afectado, entre los que consta el Río Teone de Esmeraldas.

Con la vigente Constitución, en el año 2012 la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, al conocer un recurso de apelación en un proceso de acción de protección, ha expuesto lo siguiente:

Los accionantes no debían probar los perjuicios sino que el Gobierno Provincial de Loja tenía que aportar pruebas ciertas de que la actividad de abrir una carretera no afecta ni afectará el medio ambiente. Sería inadmisibles el rechazo de una acción de protección a favor de la Naturaleza por no haberse arrojado prueba, pues en caso de probables, posibles o bien que puedan presumirse ya provocado un daño ambien-

¹⁴ Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sala de Casación Civil y Mercantil, Recurso de Casación No. 31-2002. Registro Oficial No. 43, de 19 de marzo de 2003.

tal por contaminación, deberá acreditar su inexistencia no sólo quien esté en mejores condiciones de hacerlo sino quien precisamente sostiene tan irónicamente que tal daño no existe. La inversión de la carga de la prueba, en materia de justicia ambiental es admitida por algunos sistemas jurídicos de países como Brasil, Chile, Costa Rica, Colombia, Alemania y otros de la Comunidad Europea, de manera que lo que se ha pretendido con la Constitución Ecuatoriana de Montecristi es actualizar nuestro sistema procesal ambiental de acuerdo con las proyecciones modernas de esta rama del Derecho. El artículo 397 de la Constitución señala que “La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”, lo que implica que correspondía al Gobierno Provincial de Loja demostrar que la apertura de esa carretera no está provocando daño ambiental¹⁵.

También la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia ha ratificado la aplicación de la responsabilidad objetiva en procesos relacionados con temas ambientales, especialmente en el caso contra Chevron Corporation.

Normas de carácter cautelar y reparador:

En sentido *cautelar*, y en relación con el ambiente, el artículo 396 de la Constitución establece la obligación de evitar «los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre del daño»; incluso ante la ausencia de evidencia científica respecto del daño no se releva al Estado de la obligación de adoptar medidas de protección eficaces y oportunas (Art. 396 inc.1). Se establece la obligación del Estado de incentivar a personas naturales y jurídicas la protección de naturaleza (Art. 71 inc. 3), así como de aplicar medidas de precaución (Art. 73 inc. 1).

En sentido *reparador*, se impone al Estado el deber de acción inmediata y subsidiaria con la finalidad de garantizar la salud y lograr la restauración; se prevé también un sistema de responsabilidad para los servidores públicos responsables de realizar el control ambiental (Art. 397). Se reconoce a la naturaleza el derecho a la

¹⁵ Corte Provincial de Justicia de Loja, Sala de Penal, Colusorio y Tránsito, Acción de Protección No. 0010/2011, Richard Fredrick Wheeler, Eleanor Geer Huddle vs Gobierno Provincial de Loja.

restauración como proceso independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados (Art. 72).

El inciso final del artículo 396 declara la imprescriptibilidad de las acciones legales y las sanciones en cuestiones ambientales.

4. EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN, Y LA LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR LOS DERECHOS

Si bien en el Ecuador no existen jueces llamados propiamente ambientales, en cada una de las materias especializadas existen acciones, procedimientos y procesos en los que se puede requerir tutela, tanto de los derechos de la naturaleza como de los derechos de las personas en relación con el ambiente. Además, el legislador a través del Código Orgánico de la Función Judicial vigente desde 2009 faculta al Consejo de la Judicatura para crear juzgados especiales, entre ellos, en materia de *derechos de la naturaleza*:

En cualquier tiempo, atendiendo al mandato constitucional, el Consejo de la Judicatura podrá establecer judicaturas especiales de primer nivel, para que conozcan de las reclamaciones por violación de los derechos de la naturaleza [...] (Art. 246).

Respecto del acceso a la justicia, la Constitución ecuatoriana reconoce el derecho de toda persona al «acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses», además prescribe que en ningún caso quedará en indefensión (Art. 75). Como sabemos la tutela implica obtener una respuesta¹⁶; de ahí que la tutela judicial efectiva se postula como uno de los derechos más importantes, al menos más importantes en relación con la jurisdicción; y, se lo ha definido como el “derecho de acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que se otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada”¹⁷. El

¹⁶ Francisco Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva* (Barcelona: Bosch, 1994), 4.

¹⁷ Vanesa Aguirre Guzmán, “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatoriano” en *Foro*, (Quito: Revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, No. 14, 2010), 8.

derecho de tutela judicial tiene algunas implicaciones: el acceso a los órganos judiciales; el desarrollo del proceso con las garantías mínimas; la motivación de la decisión; eventualmente la interposición de recursos; la intangibilidad de la decisión firme; y, la ejecución de la decisión; cuestiones que permiten catalogarlo como un derecho complejo.

Además del artículo 75 de la Constitución, el constituyente ha previsto normas específicas, respecto del derecho al ambiente sano:

Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental [...] (Art. 397.1).

También se ha establecido una norma respecto de la legitimación en caso de los derechos de la *naturaleza*:

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. 71 inc. 2).

De esta forma se supera la tradicional vinculación del interés con la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales y recabar tutela en casos de derechos relacionados con el ambiente y de la naturaleza. Además, de una interpretación contextualizada de las normas constitucionales y legales, bien podría que el acceso a la justicia es un elemento fundamental del ordenamiento jurídico ecuatoriano, más aún cuando el artículo 1 de la Constitución define al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y *justicia*.

En armonía con las normas constitucionales, el proyecto de Código Orgánico General de Proceso según consta del informe para primer debate en la Asamblea Nacional, reconoce en idéntico sentido una amplia legitimidad en la materia:

La naturaleza podrá ser representada por cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, que podrá ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia

ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio.

La o el Defensor del Pueblo, por iniciativa propia o en representación de alguna persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, podrá demandar los derechos de la naturaleza (Art. 32).

5. ÁMBITOS DE ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL

La Constitución del Ecuador en concordancia con las directrices del principio 10 de la Declaración de Rio, ha establecido cauces para el libre acceso a la justicia ambiental (Art. 397.1 y 71 inc. 2 CRE); existiendo así algunas vías: en la jurisdicción constitucional a través de las acciones: de protección, de incumplimiento, de acceso a la información, extraordinaria de protección e inconstitucionalidad; en la jurisdicción contenciosa administrativa; en la jurisdicción penal; y las acciones civiles. Una de las acciones más representativas es, una acción de carácter civil que radica la competencia en primera instancia del Presidente de la Corte Provincial de Justicia (Art. 42) según lo previsto en la Ley de Gestión Ambiental (1999), previniendo el procedimiento verbal sumario que se desarrollara más adelante.

5.1. La jurisdicción constitucional.

Con la finalidad de garantizar la plena vigencia de los derechos reconocidos a los sujetos de derechos, la Constitución de 2008 establece acciones constitucionales que operan como mecanismos para recabar de los jueces no solo tutela de los derechos, sino también la «reparación integral», que es una obligación de los jueces ante la constatación de vulneración de derechos constitucionales: “La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatare la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse” (Art. 86.3 CRE).

El procedimiento para la sustanciación de las acciones constitucionales (Art. 86.2 CRE) es:

- a) Sencillo, rápido y eficaz
- b) Oral en todas sus fases e instancias;
- c) Todos los días y horas son hábiles;
- d) Se excluyen las formalidades, entre ellas, no es necesario el patrocinio de un abogado;
- e) La posibilidad de efectuar las notificaciones por los medios más eficaces.

El legislador ha previsto los principios de gratuidad de la justicia constitucional; impulso de oficio del proceso; exclusión de formalidades; economía procesal y *iura novit curia* (Art. 4 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional)¹⁸.

5.1.1 Acción de protección.-

La acción de protección es una garantía que tiene por objeto el «amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución» (Art. 88 CRE) lo que hace una de las garantías más importantes no sólo para las personas sino también para la naturaleza. La principal innovación del constituyente de 2008 respecto de la Constitución de 1998, es que la acción de protección tiene carácter definitivo y no meramente cautelar como sucedía con el recurso de amparo. De ello se deriva que una sentencia dictada en acción de protección, una vez que se encuentre ejecutoria es intangible.

En primera instancia un juez de cualquier materia o especialidad (Art. 86.2 CRE y Art. 7 inc. 1 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional) es competente para conocer la acción, la misma que se radica mediante el sorteo respectivo. De la decisión de primera instancia, se puede interponer recurso de apelación ante una Sala Especializada de la Corte Provincial, cuya competencia se radicará también por sorteo.

Toda –o cualquier– persona puede interponer una acción de protección a favor de la naturaleza, debido a que se trata de la protección de un derecho a través de representación. Parte de esa lógica es que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, refiriéndose al contenido de la demanda de garantía

¹⁸ Publicada en el Registro Oficial No. 52, de 22 de octubre de 2009.

(constitucional) en su artículo 10.1 distingue entre las calidades de accionante y afectado (el accionante podría ser una persona y el afectado la naturaleza).

Si alguna duda queda respecto de la plena posibilidad de concurrir a los órganos jurisdiccionales para recabar tutela de los derechos de la naturaleza, no debe olvidarse el principio *indubio pro natura* contenido en el artículo 395.4 de la Constitución, por el que se dispone que en caso de duda las normas deben interpretarse en «el sentido más favorable a la protección de la naturaleza».

En la práctica se han presentado dos acciones de protección en las que se invocan los derechos de la naturaleza, y ciertas personas han comparecido en calidad de *accionantes*, sin ser afectados. Específicamente, la propuesta por Richard Fredrick Wheeler y Eleanor Geer Huddle en contra del Gobierno Provincial de Loja Provincia de Loja, por los trabajos en una vía que realizaba la institución, que ha sido resuelta en sede de apelación por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia, que ha expresado:

Dada la indiscutible, elemental e irresumible importancia que tiene la Naturaleza, y teniendo en cuenta como hecho notorio o evidente su proceso de degradación, la acción de protección resulta la única vía idónea y eficaz para poner fin y remediar de manera inmediata un daño ambiental focalizado. Razona esta Sala que hasta tanto se demuestre objetivamente que no existe la probabilidad o el peligro cierto de que las tareas que se realicen en una determinada zona produzcan contaminación o conlleven daño ambiental, es deber de los Jueces constitucionales propender de inmediato al resguardo y hacer efectiva la tutela judicial de los derechos de la Naturaleza, efectuando lo que fuera necesario para evitar que sea contaminada, o remediar. Nótese que consideramos incluso que en relación al medio ambiente no se trabaja sólo con la certeza de daño “sino que se apunta a la probabilidad”¹⁹.

En la otra acción de protección se interponía contra la Empresa Petrolera British Petroleum, argumentando la afectación de los derechos de la naturaleza por

¹⁹ Corte Provincial de Justicia de Loja, Sala de Penal, Colusorio y Tránsito, Acción de Protección No. 0010/2011, Richard Fredrick Wheeler, Eleanor Geer Huddle vs Gobierno Provincial de Loja.

el derrame ocurrido en el Golfo de México. El argumento de los accionantes se centraba, en que la naturaleza constituye una unidad y la afectación que ocurrese en cualquier lugar, es afectación de esa unidad; y debido a que la Constitución ecuatoriana reconoce derechos a la naturaleza, se otorgaría “jurisdicción universal” a jueces ecuatorianos para proteger los derechos de la naturaleza en cualquier lugar; lo que no ocurrió en este caso, debido a cuestiones de jurisdicción y competencia de jueces ecuatorianos sobre una empresa petrolera británica, habiendo dejado expuesto la Sala de apelación que resulta improcedente su pretensión²⁰.

5.1.2 Acción de acceso a la información pública.

Otra garantía constitucional, es la de acción de acceso a la información pública. A través de esta acción se «garantiza el acceso [a la información] cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información», conforme lo previene el artículo 91 de la Constitución.

La competencia para el conocimiento de esta acción, en primera instancia corresponde a un juez de cualquier materia o especialidad (Art. 86.2 CRE y Art. 7 inc. 1 LOGJCC) mediante el sorteo respectivo; decisión que puede ser recurrida en apelación ante una Sala de la Corte Provincial.

Aunque esta garantía se ha establecido para tutelar el derecho de las personas de acceder a la información pública en sentido general, bien puede interponerse una acción de este tipo con la finalidad de acceder a información en relación con el ambiente, así como la relacionada con la naturaleza. En cuanto al trámite de esta acción se rige conforme las normas generales establecidas en la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Sobre todo esta acción constitucional resulta relevante, porque la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido la importancia que tiene el acceso a la

²⁰ Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, acción de protección No. 0532/2012, Shiva Vandana, Chancoso Blanca, Cherez Cecilia, Bassey Nnimmo, Tenesaca Delfin, Acosta Alberto, Gongora Lider vs Britihs Petroleum.

información en temas relacionados con el ambiente, al señalar que ésta sirve como elemento para activar el control social respecto de la gestión de los órganos del Estado²¹. De ahí que con el establecimiento de la acción de acceso a la información pública, la Constitución ecuatoriana garantiza a todos los ciudadanos conocer las acciones de gobierno y administración.

5.1.3 Acción de incumplimiento.

El artículo 93 de la Constitución establece la acción de incumplimiento que debe ser interpuesta ante la Corte Constitucional como un mecanismo para «garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible».

Pese a su redacción general no puede negarse que, ante el incumplimiento de normas, así como de sentencias o informes de organismos internacionales en temas relacionados con el ambiente y la naturaleza se puede deducir perfectamente esta acción. Esta acción es de competencia del pleno de la Corte Constitucional, que a través de una Sala debe admitir o inadmitir la acción; en caso de admitirse se nombrará un juez ponente y se convocará a una Audiencia dentro de las 24 horas siguientes, en la que el accionante deberá justificar el incumplimiento, pudiendo incluso otorgarse un término de prueba (Art. 57 LOGJCC).

5.1.4. Acción extraordinaria de protección.

Mediante la acción extraordinaria de protección (Art. 94 CRE) se establece un sistema de control de constitucionalidad a las «sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución». El término para su interposición es de 20 días contados desde que la decisión que se impugna se encuentra ejecutoriada (Art. 60 LGJCC), correspondiendo su conocimiento al pleno de la Corte Constitucional. El procedimiento prevé la conformación de una Sala de Admisión que adoptará la decisión de tramitar la acción o

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Claude Reyes y otros vs Chile*, sentencia fondo, reparaciones y costas, de 19 de septiembre de 2006, párr. 99.

inadmitirla y archivarla (Art. 62 LGJCC); luego de lo cual debe asignarse el ponente del caso, y acordar la sentencia por el pleno de la Corte Constitucional.

5.1.5 Acción de inconstitucionalidad.

El artículo 436 numeral 2 de la Constitución otorga competencia a la Corte Constitucional pronunciarse sobre «las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado».

Es menester tener en cuenta, que al ser la naturaleza titular de derechos bien puede intentarse esta acción contra Leyes, reglamentos, decretos, acuerdos e incluso contra resoluciones ministeriales con efectos generales que afecten los derechos de las personas en relación con el ambiente, o que afecten los derechos de la naturaleza.

Las normas procesales en relación con la acción pública de inconstitucionalidad se prevén a partir del artículo 77 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales. Se debe destacar que, puede plantearse demanda de inconstitucionalidad por omisión normativa en materia de normas ambientales conforme el artículo 128 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales.

5.2 La actuación de la administración, y la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

El Estado central y los órganos de gobierno descentralizados no sólo que tienen facultades para establecer políticas, planes y programas en materia ambiental sino que la legislación ha establecido facultades administrativas y sancionadoras, no sólo respecto de los servidores públicos sino incluso sobre los particulares. Tales decisiones de la administración pueden ser impugnadas ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo que resuelven en primera instancia, pudiendo recurrirse mediante casación ante la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

Una de las principales normas en esta materia es la Ley de Gestión Ambiental, que distingue dos situaciones de actuación de la administración:

- a) En primer lugar, el incumplimiento de las normas de protección ambiental por parte de los *servidores públicos*, ya sea acción u omisión. El

artículo 44 de la Ley de Gestión Ambiental establece que «cualquier persona natural, jurídica o grupo humano, podrá solicitar por escrito acompañando las pruebas suficientes al superior jerárquico que imponga las sanciones administrativas correspondientes, sin perjuicio de las sanciones civiles y penales a que hubiere lugar».

Lo previsto por el legislador no es cosa menor, pues se trata del ejercicio de la facultad administrativa sancionadora; facultad que no está reservada para el Ministerio del Ambiente sino que se otorga a cualquier dependencia del Gobierno central o incluso de los gobiernos autónomos descentralizados. No obstante, la amplia facultad que otorga la ley no es todo; ya que el segundo inciso del artículo 44 de la misma Ley, ha establecido el silencio administrativo positivo: «El superior jerárquico resolverá la petición o reclamo en el término de 15 días, vencido el cual se entenderá, por el silencio administrativo, que la solicitud ha sido aprobada o que la reclamación fue resuelta en favor del peticionario».

Respecto del procedimiento que debe observar la autoridad administrativa, el legislador remite al procedimiento para la sanción de infracciones previsto en el Código de Salud Ecuatoriano.

b) En segundo lugar, las sanciones administrativas impuestas a *particulares*. Se establece (Art. 42 LGA) que: «Cuando los particulares, por acción u omisión incumplan las normas de protección ambiental, la autoridad competente adoptará, sin perjuicio de las sanciones previstas en esta Ley, las siguientes medidas administrativas:

c) Decomiso de las especies de flora y fauna obtenidas ilegalmente y de los implementos utilizados para cometer la infracción; y,

d) Exigirá la regularización de las autorizaciones, permisos, estudios y evaluaciones; así como verificará el cumplimiento de las medidas adoptadas para mitigar y compensar daños ambientales, dentro del término de treinta días».

En el ámbito de otras normas, el artículo 86 de la Ley de Minería²² determina que la autoridad legal en materia administrativa respecto de los daños ambientales

²² Registro Oficial No. 517, de 29 de enero de 2009.

es el Ministerio del Ambiente; y, el artículo 91 de la misma ley, que reconoce acción popular para denunciar los impactos de actividades mineras:

Existirá acción popular para denunciar las actividades mineras que generen impactos sociales, culturales o ambientales, las que podrán ser denunciadas por cualquier persona natural o jurídica ante el Ministerio del Ambiente, previo al cumplimiento de los requisitos y formalidades propias de una denuncia, tales como el reconocimiento de firma y rúbrica.

El Ministerio del Ambiente adoptará las medidas oportunas que eviten los daños ambientales cuando exista certidumbre científica de los mismos, resultantes de las actividades mineras.

En caso de duda sobre el daño ambiental resultante de alguna acción u omisión, el Ministerio del ambiente en coordinación con la Agencia de Regulación y Control adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas, las que en forma simultánea y en la misma providencia ordenará la práctica de acciones mediante las cuales se compruebe el daño

De su parte el artículo 95 literal c) del Reglamento a la Ley de Minería²³ establece como causal de suspensión de actividades mineras el incumplimiento de la licencia ambiental.

La jurisdicción contenciosa administrativa no sólo que tiene fundamento constitucional: «Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial» (Art. 173 CRE), sino que ya con anterioridad se promulgó la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa²⁴, previniendo dos tipos de acciones

El recurso contencioso – administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo.

²³ Expedido mediante Decreto Ejecutivo 119, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) 67, de 16 de noviembre de 2009.

²⁴Publicada en el Registro Oficial No. 338, de 18 de marzo de 1968.

El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.

El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

Las competencias ambientales en los órdenes administrativos

Además es importante anotar, que los órganos administrativos de diferentes niveles tienen competencias exclusivas o concurrentes en temas relacionados con el ambiente. Según el artículo 261 numerales 7 y 11 el Gobierno Central tiene competencias exclusivas sobre las áreas naturales protegidas y los recursos naturales, energéticos, la biodiversidad y recursos forestales. De conformidad con lo previsto en el artículo 263 numeral 4, los Gobiernos Provinciales tienen competencias exclusivas sobre la gestión ambiental provincial; según el artículo 264 numerales 2 y 4 los Gobiernos Municipales tienen competencias sobre uso de suelo y prestación de servicios públicos que están vinculados directamente con temas de saneamiento ambiental. De estas competencias pueden derivarse también competencias en el ámbito de la jurisdicción contenciosa administrativa.

5.3 La justicia civil.

El resarcimiento de daños ha sido una cuestión que se ha desarrollado de forma prevalente en el derecho civil²⁵; se trata más explícitamente del derecho que sirve de fundamento para determinar la responsabilidad civil²⁶. En este ámbito el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé dos acciones vinculadas a temas ambientales; están previstas en la Ley de Gestión Ambiental, en relación con las norma del Código Civil: el primer caso, permite requerir reparación a intereses individuales

²⁵ Luis María Díez-Picazo, *Derecho de daños* (Madrid: Civitas, 1999), 19 y ss.

²⁶ Raúl Torres Kirmser, "La responsabilidad civil: una materia en constante evolución. La responsabilidad sin culpa", en *Responsabilidad civil. Daños y perjuicios* (Asunción: Corte Suprema de Justicia/División de Investigación, 2008).

o indemnización por derechos subjetivos afectados (víctimas); y, en el segundo, se puede demandar por incumplimiento de normas ambientales.

Para demandar por derechos subjetivos, es decir, para el caso de la víctima se prevé: «Las personas naturales, jurídicas o grupos humanos, vinculados por un interés común, y afectados directamente por la acción u omisión dañosa podrán interponer ante el Juez competente, acciones por daños y perjuicios y por el deterioro causado a la salud o al medio ambiente incluyendo la biodiversidad con sus elementos constitutivos» (Art. 43 LGA) .

Lo primero que debe decirse es que mediante esta acción se responde al interés directo de quien tiene la calidad de afectado; y ésta demanda debe tener origen en daños a la salud, afectación al medio ambiente incluyendo la biodiversidad. Esta acción está técnicamente diseñada para proteger a las personas en el ejercicio de su derecho al ambiente sano. El mismo artículo contiene algunas otras cuestiones relevantes:

Sin perjuicio de las demás acciones legales a que hubiere lugar, el juez condenará al responsable de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y a la diez por ciento (10%) del valor que represente la indemnización a favor del accionante.

Sin perjuicio de dichos pagos y en caso de no ser identificable la comunidad directamente afectada o de constituir ésta el total de la comunidad, el juez ordenará que el pago, que por reparación civil corresponda, se efectúe a la institución que deba emprender las labores de reparación conforme a esta Ley.

Las demandas por daños y perjuicios originados por una afectación al ambiente, se tramitarán por la vía verbal sumaria.

El conocimiento, sustanciación y resolución de las demandas de daños y perjuicios por interés directo son competencia de los Jueces de lo Civil en primera instancia; puede recurrirse en apelación ante la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la respectiva Corte Provincial; y, en recurso extraordinario de casación ante la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. El procedimiento verbal sumario se encuentra reglado en el Código de Procedimiento Civil (Art. 828 y ss.); prevé la realización de una audiencia de conciliación, término de prueba por 6 días, luego la adopción de la sentencia.

La segunda acción tiene una naturaleza especial, pues se denomina «acción pública» para la protección de los derechos ambientales individuales y colectivos que permite a las «personas naturales, jurídicas o grupo humano para denunciar la violación de las normas de medio ambiente» (Art. 41 LGA). Además, existe una norma que dispone: «Toda persona natural, jurídica o grupo humano podrá ser oída en los procesos penales, civiles o administrativos, que se inicien por infracciones de carácter ambiental, aunque no hayan sido vulnerados sus propios derechos» (Art. 42 LGA).

Lo destacable de esta acción es que no está sujeta a la interposición por quien ostente la calidad de víctima, sino que se encuentra concedida a todas las personas, siendo el único requisito la violación de las normas del ambiente. El juez competente para el conocimiento de esta acción es el Presidente de la Corte Provincial respectiva.

El caso de *María Aguinda y otros vs Chevron Corporation*, es una especie de estas acciones: ha sido el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos el que ha conocido y sustanciado el proceso en calidad de juez de primera instancia, la demanda se fundamenta en daños y perjuicios cometido al ambiente; pero también se han considerado cuestiones del artículo 43 de la Ley de Gestión Ambiental, tanto que el tema de la indebida aplicación de ésta última ha sido objeto expreso del recurso y la sentencia de casación. Para ser exacto, en ese proceso los jueces han interpretado y aplicado de forma complementaria los artículos 41, 42 y 43 de la Ley de Gestión Ambiental, así como las normas contenidas en los artículos 2214 y 2236 del Código Civil. En virtud del recurso de apelación interpuesto por Chevron Corporation el proceso fue conocido por la Sala Única de la Corte Provincial de justicia de Sucumbíos que ratificó la sentencia de instancia; y, en virtud del recurso de casación de la empresa demanda el proceso estuvo en conocimiento de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia que casó parcialmente la sentencia de apelación; en lo principal, se ratifica la condenada por los daños ambientales, pero se excluye la condena por daños punitivos.

5.4. La justicia penal.

Las normas penales resultan ser uno de los temas más delicados en el marco del Estado constitucional; pues, ningún proceso judicial tiene una incidencia de gran trascendencia en la vida de las personas como la legislación penal. Incluso el legislador es consciente de esta ambivalencia, al reconocer que “el derecho penal tiene,

aparentemente, una doble función contradictoria frente a los derechos de las personas. Por un lado, protege derechos y, por otro, los restringe. Desde la perspectiva de las víctimas, los protege cuando alguno ha sido gravemente lesionado. Desde la persona que se encuentra en conflicto con la ley penal, puede restringir excepcionalmente sus derechos, cuando una persona vulnera los derechos de otras y justifica la aplicación de una sanción”²⁷.

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador cuya vigencia rige a partir del 10 de agosto del presente año ha establecido un Capítulo para desarrollar los delitos contra el ambiente y la naturaleza. Los delitos en esta materia se establecen así:

- a) La sección primera del Capítulo cuarto establece los «*Delitos contra la biodiversidad*». Aquí se tipifican conductas como: invasión de áreas de importancia ecológica (Art. 245); incendios forestales y de vegetación (art. 246); delitos contra la flora y fauna silvestre (Art. 247); delitos contra los recursos del patrimonio genético nacional (Art. 248). Las penas para estos delitos se establecen entre el rango de uno a cinco años de privación de la libertad.
- b) La sección segunda del Capítulo cuarto establece los «*Delitos contra los recursos naturales*». Aquí se tipifican conductas como: delitos contra el agua, en lo fundamental contaminación (Art. 251); delitos contra el suelo (Art. 252); contaminación del aire (Art. 253). Las penas para estos delitos se establecen en el rango de tres a cinco años de privación de la libertad.
- c) La sección tercera del Capítulo cuarto establece los «*Delitos contra la gestión ambiental*». Aquí se tipifican conductas como: gestión prohibida o no autorizada de productos, residuos, desechos o sustancias peligrosas, se destacan sanciones especiales para los casos de armas químicas, biológicas o nucleares; químicos prohibidos; diseminación de enfermedades con privación de libertad de dieciséis a diecinueve años (Art. 254); y, la falsedad u ocultamiento de información ambiental (Art. 255).

En esta sección se prevé además algunas disposiciones comunes, resultando destacable la obligación de restaurar integralmente y de reparar a las comunidades afectadas (Art. 257). Como el Código establece la responsabilidad penal de las personas

²⁷ Exposición de motivos, Código Orgánico Integral Penal.

jurídicas (Art. 49), que para el caso de delitos previstos en esta sección se establecen sanciones especiales que en función de la proporcionalidad van desde 100 a 1000 salarios básicos unificados por concepto de multa (Art. 258).

- d) La sección quinta del Capítulo cuarto establece los «*Delitos contra los recursos naturales no renovables*». Si bien es cierto, estos no son propiamente delitos ambientales o contra la naturaleza, dada la trascendencia de la actividad minera están relacionados estrechamente con los derechos de la naturaleza y con el medio ambiente, resulta oportuno señalar la existencia del delito de actividad ilícita de recursos mineros previsto en el artículo 260, que establece una pena privativa de libertad de siete a diez años.

El órgano encargado de la investigación tanto en fase preprocesal como procesal penal es la Fiscalía del Estado conforme lo previsto en el artículo 195 de la Constitución. De otro lado, según información proporcionada por la misma Fiscalía, la mayor cantidad de denuncias en temas relacionados con delitos ambientales las interponen otras instituciones del Estado en cumplimiento de sus funciones de control, de éstas instituciones la Contraloría del Estado es una de las más importantes, ya que incluso cuenta con una unidad especializada para la realización de auditorías en materia ambiental.

Dada la reciente entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal aún no existen personas sancionadas penalmente por los delitos allí tipificados. Pero existen procesos en trámite, e incluso personas sancionadas por los delitos tipificados en la legislación penal recientemente derogada; pues se debe tener en cuenta, que mediante Ley No. 49, publicada en Registro Oficial 2 de 25 de Enero del 2000 se introdujo un Capítulo que tipificaba los delitos contra el ambiente.

Los procesos penales según el Código de Procedimiento Penal ahora ya derogado comprendía: etapa instrucción fiscal y preparatoria de juicio que eran sustanciados por los Jueces de Garantías Penales; dictado el auto de llamamiento a juicio, el proceso pasaba a conocimiento de un Tribunal de Garantías Penales que debía dictar sentencia condenatoria o confirmatoria de inocencia; de dicha sentencia se podía interponer recurso de apelación y nulidad ante la Sala de lo Penal de la Corte Provincial respectiva, y de esta decisión recurso de casación ante la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.

El vigente Código Orgánico Integral Penal ha establecido ahora la etapa de instrucción; y, evaluación y preparatoria de juicio que serán sustanciadas y resuelta por los Jueces de Garantías Penales, manteniéndose el sistema de Tribunales de Garantías Penales para la etapa de juicios, y los recursos ante la Corte Provincial y la Corte Nacional de Justicia respectivamente.

Respecto del juez competente en materia de juzgamiento de los delitos ambientales cabe destacar la resolución No. 08-2012 adoptada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, de fecha 25 de julio de 2012. Al resolver la consulta formulada por el Fiscal General del Estado ante dudas generadas respecto de la aplicación de la Ley de Gestión Ambiental que prevé que el juez competente en acciones relacionadas con temas ambientales es el presidente de la Corte Superior de Justicia (hoy provincial) y las disposiciones del entonces Código de Procedimiento Penal, el Pleno de la Corte dispuso que los Jueces y Tribunales de Garantías Penales de la sección territorial donde se cometió la infracción son competentes para conocer, sustanciar y resolver los procesos penales por conductas punibles relacionadas con temas ambientales, con excepción de los casos de fuero²⁸.

Las diferentes vías por las que puede accederse a la justicia en materia ambiental en el Ecuador, permiten el ejercicio efectivo de los derechos. De esta forma se asegura no sólo los derechos de los ciudadanos, sino incluso la preservación de la naturaleza para las futuras generaciones.

²⁸ Publicada en el Registro Oficial No. 786, de 11 de septiembre de 2012.

ENTREVISTA

Valoración de la Prueba y Nuevos Contextos Normativos. Entrevista a Michele Taruffo

Dr: Michele Taruffo

Entonces ahí queremos contar con su aporte también, si es que usted tiene un texto escrito, o si de pronto nosotros levantamos esa información del conversatorio de hoy, eso pues lo dejamos a su voluntad o lo que usted considere, porque si es para nosotros súper importante contar con el criterio de un experto como usted en esa revista.

Doctor Taruffo

Si muy bien en cuanto a la cooperación, muy bien ningún problema, no tengo un texto escrito de la ponencia de hoy porque de hecho estoy trabajando sobre el tema a este periodo, pero no llegué a hacer un texto hasta este momento, ahora estoy trabajando sobre el tema con una filósofa española de la Universidad de Girona, donde paso parte de mi tiempo y con eso trabajamos sobre estos temas, entonces no tengo un texto específico sobre la valoración racional de la prueba, a pesar que es un tema que estudio desde hace mucho tiempo, bueno tengo otros textos sobre temas conectados con la valoración de la prueba, sobre todo uno que no tengo aquí, pero que puedo enviar cuando vuelvo a Italia, que es en general sobre la búsqueda de la verdad en el proceso entonces es otra manera de hablar de la prueba, en este ensayo hay una parte sobre la valoración racional de la prueba, entonces son temas conectados que yo creo podrán ser útiles en esa perspectiva, de otra parte mi idea sobre la ponencia de hoy es de hablar un poco de las premisas generales del tema

que son búsqueda de la verdad en la decisión del juez, entonces estamos en el mismo terreno.

Ya doctor, nosotros le agradecemos la colaboración si usted nos comparte ese texto, y de todas maneras como hoy en el conversatorio pues nos dejará bastantes contenidos, para analizar pues nosotros procesaríamos ambas cosas y le agradecemos desde ya por la colaboración.

El problema es que este texto es en italiano (risas)

Necesitaría también una dirección de correo electrónico, por enviar este texto.

Ya yo le doy eso la cantidad más o menos

Bueno pues doctor en primer lugar agradecidos por su apertura por recibirnos a su llegada y concedernos esta exclusiva, pues como usted conoce como habíamos indicado al principio que el país se encuentra debatiendo el Código Orgánico General de Procesos, eso implica un cambio profundo de la mentalidad y de las practicas judiciales que mantiene el país con respecto al proceso y con respecto a la prueba, básicamente es un código de avanzada que recoge en un solo cuerpo toda la regulación en materias no penales entonces eso impone un gran desafío porque como uno de los grandes puntales está el litigio responsable de las partes procesales y la obligación que tienen de preparar la prueba, entonces en ese escenario queríamos conocer ¿cómo mira usted, como un experto que ha visitado varios países, que conoce los fundamentos con lo que se desarrolla el derecho probatorio en su país, en su continente cómo mira usted ese desarrollo de los países latinoamericanos y esa intención por ejemplo de un país como el nuestro de acogerse a esa corriente que vincula prueba con oralidad?.

Si bueno hay tres puntos en su pregunta que me parecen relevantes, el primero es esta experiencia de los códigos procesales generales, digamos así, yo estuve recientemente el mes pasado en Colombia y ellos también hacen lo mismo, tiene un código judicial general por todas la materias no penales, digamos así y a mí me parece una cosa muy razonable, porque de verdad materias muy diferentes como familia, laboral, etc., exigen reglas específicas pero es razonable que estas sean variantes específicas de un modelo general, lo digo porqué, por ejemplo la experiencia europea especialmente Italia, es que hay un Código Procesal Civil que se aplica en todas la materias no penales y no administrativas digamos así, entonces con reglas

específicas pero que están adentro del Código Procesal Civil, por ejemplo el proceso laboral que se aplica no solo en materia laboral sino en otras materias, ocupa veinte artículos más o menos, al interior del Código Procesal Civil General, entonces la experiencia europea es en esta dirección cuando se entiende que la materia específica como familia por ejemplo o laboral, necesitan de algunas adaptaciones, digamos así, entonces a mí el primer punto me parece que esta tendencia a unificar las reglas procesales todo lo que no es penal con adaptaciones también me parece perfectamente razonable, yo conozco el Código General Colombiano y veo que de hecho de manera muy buena técnicamente moderno, entonces está bien.

Segundo punto reglas generales y comunes sobre pruebas

Esto es el modelo norteamericano fundamentalmente porque los sistemas europeos, la prueba civil se regula al interior del Código Procesal Civil, la prueba penal se regula al interior del Código Procesal Penal a pesar que hay conceptos comunes, ideas general comunes pero las normas están distinguidas no hay una ley general sobre pruebas esto es el modelo de los federados y de los norteamericanos es decir, de tener son cuarenta artículos más o menos, pero hay los generales sobre pruebas que se aplican al civil al penal, en todas las materias es un modelo que bajo la influencia norteamericana se difunde, hace dos semanas yo estuve en Chicago de Estados Unidos, en un seminario internacional europeo, en un seminario en north western, sobre proyectos de reglas generales de prueba los proyectos eran dos, uno de Tanzania como sistema de *common law*, después de la colonización inglesa, el otro muchos más importante interesante por China, los chinos están trabajando sobre esto, lo tengo el texto acá en inglés afortunadamente, sobre este proyecto son ciento veinte artículos por una ley común al penal al civil a todos los tipos de procesos esta es la tendencia pero yo no creo que se pueda seguir esta tendencia en los sistemas europeos, porque la tradición europea desde siempre históricamente ha sido separar los dos códigos procesales cada uno tiene sus reglas del juego a pesar que puedan ser parecidos por ejemplo la regla penal sobre la valoración de los indicios es la misma de la regla civil sobre la valoración de las nociones simples como lo llamamos, pero hay especificidades como resultó en este seminario de Chicago, cuando se habla de un grupo de reglas generales luego el problema es cómo se aplican estas reglas en procesos de tipo diferente del civil al penal no son lo mismo, la investigación penal no es la búsqueda de las pruebas en civil, aun cuando la regla probatoria la misma pero tiene que ser aplicada en un contexto procesal de un tipo o en un contexto procesal de otro tipo, en los Estados Unidos el problema menos importante porque tienen reglas comunes de derecho procesal por el civil y por el penal, el proceso

norteamericano lo mismo, siguen las mismas reglas, entonces lo más fácil de adaptar un núcleo de reglas probatorias comunes en el civil y en el penal por qué, porque en esta idea de la regla común nació en un sistema que ya tenía reglas procesales comunes y de hecho las normas federales sobre prueba son del setenta y cinco son bastante recientes, mientras que las reglas procesales son más antiguas, entonces hay esta dificultad digámoslo así de adaptar reglas generales a contextos procesales diferentes, porque el civil el penal en los sistemas como los de Europa y los de América Latina son diferentes.

Tercer punto la oralidad

Yo sé que se habla muchísimo de la oralidad, sobre todo las formas de derecho procesal penal, y bueno a mí me parece menos obvio de como escucho los discursos sobre esto, aquí también estuve antes de llegar aquí en Durango México, en el congreso mexicano de derechos procesal y había una ponencia muy buena donde había de mi amigo español Manuel Cortez Ramos, de Valencia sobre la oralidad, justamente también Manuel como yo somos relativamente escépticos, sobre la oralidad en general, digo relativamente porque no somos totalmente escépticos no, pero como yo escribí hace tiempo en un congreso por lo de la oralidad en valencia, bueno Europa y también América Latina, tenemos el mito de la oralidad como si la oralidad fuera el milagro que soluciona todos los problemas de la deficiencia de la justicia etc. etc., yo considero la oralidad como una técnica, no como un mito, como una técnica que como todas las técnicas se pueden aplicar cuando conviene, no se aplican cuando no funcionan, todas las técnicas son relativas cada uno elige la técnica dependiendo del tipo de problema, por ejemplo en esta ponencia de Durango, Manuel Cortez dice bueno en todas las fases de desarrollo del proceso cuándo la técnica mejor es la escritura?, cuándo la técnica mejor es la oralidad?, por ejemplo les decía hablando de procesos la demanda y la contestación de la demanda tiene que ser hecha por escrito no en forma oral, con la sola excepción que tenemos ahí en Italia, pero que no se aplica en juicios de primera instancia de pequeñísima cuantía, donde se admite que el juez de paz escuche la demanda si pero si hablamos de cincuenta dólares no vale la pena de hacer un acto escrito pero con esta pequeñísima excepción, en todos los casos demás se dice que la demanda y la contestación tiene que ser por escrito porque se trata de fijar de manera cierta los términos en cuestión, otros al dictar sentencia por ejemplo normalmente tiene que ser escrita la motivación de la sentencia, normalmente se escribe, otros actos no entro en los detalles, otros actos del proceso es mejor si se hacen por escrito y no oralmente digamos así no, entonces esto significa que la oralidad como técnica

insisto funciona bien solo en dos puntos del proceso: 1) cuando se escuchan los testigos; 2) si se emite al final de la práctica de la prueba una discusión oral entre las partes antes que el juez decida, pero esto no es hablar de la oralidad, la oralidad como remedio universal del proceso civil y penal también, además otra cosa hay hablando de la oralidad, las pruebas entonces testigos e interrogación de las partes si se admiten, por ejemplo al civil la gran mayoría de las pruebas son papeles escritos, documentos, el contrato, entonces hablar de la oralidad de la prueba en civil como regla absoluta no tiene sentido además hay una tendencia que empieza en el arbitraje internacional pero que existe en los Estados Unidos, ahora empieza a ser conocida como en Europa, Francia, Italia, por ejemplo es el testimonio en forma escrita, se envían preguntas al testigo, el testigo contesta, tiene la obligación de decir la verdad, si no hay otros problemas el testigo se queda en su casa no va a la Corte, porque nace esto en el arbitraje internacional, porque en si la sede es la Cámara de Comercio de París, y el testigo vive en Tokio lo más eficiente, la técnica más eficiente es de enviarle una lista de preguntas y ver como él contesta, si no hay problema sobre la credibilidad del testigo no, no vale la pena el mirarlo a los ojos para establecer que, si no hay el problema, si hay problema el juez le ordena al testigo comparecer para interrogarlo, pero solo si es necesario, si no es necesario en muchos casos no es necesario no se hace, en los Estados Unidos se hace normalmente así es decir los llaman a declarar algo, es decir declarar que esta carta es de papel blanco, entonces tú dices yo declaro por mi conocer y lo que yo conozco que este papel es blanco firma Dominic Taruffo, a mí me ocurrió un par de veces de hacerlo por jueces americanos que me pidieron declaraciones de este tipo no me obligaron a viajar a Nueva York, para pedirme usted está seguro que esto es blanco? Claro que no es inútil, otro último punto sobre la oralidad aquí se imagina que el juez sea un buen psicólogo lo que normalmente no es, es decir mientras que el juez mismo unas partes si estamos en un sistema de interrogatorio cruzado, mientras que algo le pide preguntas al testigo y el testigo contesta se presume que el juez psicólogo establezca si está diciendo mentiras, haciéndolo mirándole a los ojos, interpretando el lenguaje del cuerpo, no se agita está tranquilo, lo que a mí me parece bastante absurdo porque el juez no es psicólogo nadie lo forma como psicólogo, sin considerar en la experiencia como testigo que habla más claro sin contradicciones, siendo tranquilo, probablemente dice mentiras porque ha sido preparado para este tipo de conductas, (me consta) en su experiencia yo creo que estamos bien, en mi experiencia de abogado o de juez, pero de árbitro si bueno este señor llega a cada pregunta seguro tranquilo, digo si me acuerdo muy bien entonces esto me lleva a decir que la oralidad es extremadamente difícil, al practicar es peligrosa, y termino con un ejemplo, la oralidad de la discusión dentro de las partes en frente del juez ante la decisión

a mí me ocurrió una vez como abogado de participar en una audiencia oral frente a un tribunal colegiado en Italia en una causa muy compleja cuestiones de derecho eran diez doce como cuestiones importantes y estuvimos diecisiete abogados seis americanos, once italianos por las dos partes, ¿Qué hacer? diecisiete abogados por diez cuestiones significa ciento setenta cuestiones que discutir oralmente en frente del tribunal claro que no es posible, entonces el presidente del tribunal nos dicen señores el tribunal conoce perfectamente todos los papeles del caso eran montón de papeles la conocemos esta es una audiencia oral entonces yo le concedo a dos abogados uno por parte veinte minutos de exposición oral porque la ley nos obligaba a hacer una discusión oral, bueno tiene sentido esto, yo hablo mis veinte minutos tanto de tres o cuatro cuestiones que para mí eran más importantes el otro abogado por la otra parte hace lo mismo, cuarenta minutos fin de la discusión oral sobre un caso que tenía diez kilos de papales, es decir esta audiencia se podría tranquilamente evitar porque no le sirvió nada al tribunal ya habían leído lo que no hemos dicho en veinte minutos de charlas por esto termino sobrando soy relativamente escéptico, sobre las virtudes milagrosas de la oralidad.

Doctor compartimos ese mismo criterio pero en el Ecuador, desde la Constitución de 1998, nos manda que en el Ecuador todas las causas se sustanciaran vía oral y claro estamos cumpliendo se ha cumplido en materia penal, laboral, familia y con este nuevo proyecto de Código General del Proceso queremos llegar a todas, debemos porque es una reforma constitucional pero le comento doctor que en el proyecto se contempla lo que usted ha dicho ósea, la demanda, la contestación a la demanda tienen que ser escritas, la resolución se pronuncia en audiencia pero obviamente la motivación luego tiene que ser escrita, pues en realidad es un sistema no sé si decimos más bien mixto, si mixto escrito y oral no.

Esto me parece muy similar al proceso laboral italiano que es así, demanda y contestación escritas, decisión expresada oralmente en la audiencia pero con motivación escrita y por lo posible pruebas orales en una audiencia, pero aquí también o con videograbación de la interrogación del testigo o con escritura, entonces la prueba oral vuelve a ser un documento escrito pero esto permite de realizar yo creo también es este proyecto lo que es uno de los fines de la oralidad, es decir la concentración de los actos procesales en una o pocas audiencias porque de verdad la crisis del proceso escrito tradicional, era en el número de los actos escritos, en el número de las audiencias porque aquí sé que ha estado mucho tiempo si se concentra por ejemplo cuando se puede la interrogación de dos o tres testigos en una sola audiencia, normalmente no son más que tres o cuatro testigos, puede ser uno o dos

no son cincuenta no, entonces todo esto se concentra en una audiencia, entonces tenemos demanda y contestación y sentencia una o dos audiencias estas si orales, ósea nosotros tenemos un proceso que se concentra en el tiempo entonces es más eficiente, aquí de esta manera sí.

En el proyecto tenemos eso en el proceso ordinario hay dos audiencias, una preliminar, después preparatoria y una de juicio, y perdone en los otros procesos igual hay una audiencia pero con dos fases igual, dos fases no, lo que usted dice.

A mí me parece el modelo optimo Europa es el modelo de más audiencias de preparación con mucho poderes al juez en esta audiencia, seleccionar lo que es relevante, dejar de lado lo que no es relevante lo que en muchos casos permite decidir el caso, sino no hay pruebas a practicar, si no hay pruebas las pruebas son documentales y no necesita la audiencia de prueba el juez puede decidir de inmediato esto es por ejemplo un defecto del proceso italiano y del proceso francés que no se organizan sobre las doble audiencias y prevén un numero de audiencias que no determinan esto significa gastar un montón de tiempo, porque no se concentra la actividad probatoria en una audiencia, los alemanes lo hacen, ahora lo hacen los españoles que copiaron el sistema alemán en el 2000, los efectos se ven porque el proceso civil lo demanda en primera instancia dura más o menos siete u ocho meses promedio, el proceso civil italiano dura más o menos tres años la maquina procesal es diferente entonces funciona de manera diferente los resultados son, no a mí me gusta mucho el modelo alemán desde este punto de vista entonces si ustedes siguen este modelo, esto es muy bueno es un aspecto muy positivo.

Bueno, bien doctor hasta aquí pues no queda muy claro el criterio sobre pues el aspecto positivo que representa nuestra propuesta de Código General de Procesos de concentrar en un menor cantidad de audiencias la actividad probatoria, sin embargo ahí existe una disyuntiva porque si bien se dice que la mayor parte de pruebas sería documental en los procesos civiles, contencioso administrativo, contencioso tributario, y además el juez cuenta con facultades limitadas no tiene casi iniciativa probatoria en este proceso y rige más bien el principio dispositivo ¿Qué desafíos representa un modelo como este par el juez dentro de valorar la prueba?, porque si hablamos de que va a tomar la decisión en una audiencia luego lo va hacer por escrito, casi casi que si él se queda con alguna duda ya no tiene posibilidades de solicitar prueba.

Esto es uno de los temas más importantes, de los más discutidos en la doctrina procesal de estos últimos años, porque aquí hay de un lado soluciones diferentes en los varios sistemas procesales, luego hablo de un par de ejemplos, de otro lado es un tema que muchas veces se sobrevalora porque se interpreta el tema de los poderes del juez como un aspecto de una ideología general y política del proceso civil hay en estos últimos diez años una literatura, muy amplia muy variada sobre esto, personalmente ejemplos de diferencias, artículo 10 de Código Procesal Civil francés, dice que el juez tiene el poder de ordenar de oficio cada tipo de prueba que sea relevante que la ley admita, entonces un poco en general, el mismo poder tiene el juez de lo laboral de Italia, no el juez civil pero si el de laboral, Alemania el juez puede ordenar de oficio cada tipo de prueba con los sobres de excepción del testimonio, etc., entonces ustedes ven que también al interior de Europa, a España el juez no puede bajo la ley del 2000, no puede ordenar pruebas de oficio, antes podía ahora no entonces soluciones diferentes, sistema italiano es mixto porque el juez del civil ordinario casi no tiene poderes de instrucción de prueba, lo tiene laboral, entonces variedad de respuestas a este tema que ocurre cuando el juez sabe que existe la prueba, existen testigos, existen documentos pero las partes no lo van ofrecer, en mi personal opinión hay una sola respuesta, el juez ordena de oficio que se presente el documento que se llame al testigo porque el juez tiene la obligación básica de buscar la verdad sobre los hechos el principio dispositivo que se invoca normalmente para decir el juez tiene que ser pasivo, no tiene que tener poderes se interpreta de manera equivocada, porque el principio dispositivo significa que la parte tiene el poder de proponer la demanda sino el proceso no empieza, de establecer el contenido de la demanda es decir el tipo de derecho que pide la protección de indicar los hechos que fundamentan el derecho de que se habla y entonces de determinar el contenido del proceso vinculando también al juez en su sentencia a decidir exactamente sobre los términos de la demanda y no modificar los términos de la demanda, esto es el principio dispositivo, no habla de pruebas, entonces si el principio dispositivo no se ocupa de las pruebas un juez como el francés que tiene un poder de oficio o prácticamente sin límites ósea es perfectamente compatible, porque los franceses aplican el principio dispositivo, no es que el francés inquisitorio, típicamente el ver las otras normas generales sobre el proceso civil en Francia, es un principio dispositivo perfectamente aplicado, no se aplican las pruebas en el caso de las pruebas el principio es de la búsqueda de la verdad que no está en choque en conflicto con el principio dispositivo porque los términos de las demandas y de las sentencias, lo que las partes establecieron y que el juez...

Lo que ellos llaman la discrecionalidad del juez, lo que significaría entender mal, justamente lo que usted nos acaba de explicar cuáles son los alcances del principio dispositivo, cual es la función que debe cumplir el juez en la búsqueda de la verdad, para eso pues la valoración de la prueba, entonces ellos le han puesto como un asunto prioritario controlar las facultades discrecionales del juez.

Que significa esto, cual facultad discrecional del juez, se trata de controlar, y cómo se controla porque hay varios tipos de discrecionalidad, hay la discrecionalidad absoluta que significa que la discrecionalidad no tiene límites, entonces no se controla porque no tiene límites el control no se puede hacer, es una discrecionalidad que en realidad es arbitraria, si a mí me dicen que puedes elegirlo lo que quieras cualquier cosa que te gusta por el desayuno no, yo no tengo límites como me pueden decir no tú has hecho mal uso de tu discrecionalidad ordenando café porque tenías que ordenar un jugo, si tú me dices que yo puedo hacer todo hago todo, entonces es razonable hablar de discrecionalidad y hablan los teóricos sobre todo de derecho administrativo, de discrecionalidad limitada o regulada es decir discrecionalidad con criterios entonces uno tiene un poder al interior de los límites que los criterios establecen, aquí se puede controlar si el juez u otra persona hizo un buen uso de su discrecionalidad o hizo un mal uso de su discrecionalidad pero por hacerlo tenemos que establecer estándares de valoración, límites se puede hacer así pero aplicando uno, dos, tres, sino como se puede hablar de control sobre la discrecionalidad del juez, a mí me parece o puedo equivocarme que la base de discusiones como esta, está en una especie de desconfianza por el juez, si yo no tengo confianza en el juez entonces trato de limitarlo lo más que puedo en lo que el juez puede hacer, si yo tengo confianza en el juez puedo darle poderes bastante amplios, pero entre no darle poder alguno porque considero es un mal sujeto y darle un poder general de discrecionalidad arbitraria hay varias soluciones intermedias, por eso hablo de discrecionalidad con criterios con estándares pero el problema es identificar los criterios en tema de pruebas a mí no me parece que esto sea un problema porque una vez que el juez como dicen los franceses, el juez puede ordenar de oficio pruebas que sean: a) relevantes, entonces que sean de verdad útiles por la búsqueda de la verdad esto es un criterio básico de todo el sistema probatorio, la relevancia de las pruebas, la base de selección; b) si hay reglas que excluyen o prohíben, depende de tipos específicos de pruebas el juez tiene que aplicar estas reglas no puede admitir la prueba que está excluida por una regla de ley, nada más estas son las reglas sobre la discrecionalidad probatoria del juez, la reglas más importante es la primera, la prueba tiene que ser relevante se tiene que ser útil por la búsqueda de la verdad si no lo es se excluye, si lo es tenemos que admitirla yo ya decía Jeremy

Bentham, más o menos dos siglos atrás criticando el sistema inglés de pruebas de su época que eran un montón de reglas de exclusión, Bentham crítica y dice que el sistema ideal de las pruebas se concentra en una de ellas todas las pruebas relevantes tienen que ser admitidas, pero la relevancia entendida en manera seria es un fuerte criterio de selección, muchas veces las partes indican pruebas que en realidad no son relevantes entonces si el juez le admite todas es un error porque luego se trata de practicar un montón de pruebas, pruebas que a priori sabemos que no sirven de nada esto es gastar tiempo, gastar dinero no se hacer un proceso ineficiente según lo admite solo las pruebas que sirven de verdad para establecer cómo ocurrieron los hechos, esto es solo un criterio razonable irracional discrecional naturalmente pero no es una discreción absoluta, yo tengo que establecer cuando la parte me indica pido de interrogar al testigo Pedro sobre este hecho, bueno yo juez tengo que establecer si una declaración sobre este hecho me sirve algo o no me sirve de nada esta es la valoración de la admisibilidad de la prueba, admito si pienso si puedo prever que esta declaración va a tener un valor probatorio si a priori esta declaración describe un hecho que no le interesa al caso, esta es perdida sola la regla de base por la discrecionalidad del juez.

La audiencia preliminar que contempla nuestro proyecto ahí el juez va a calificar la prueba, entonces de acuerdo a su criterio significa que estamos bien verdad, (risas)

Pero el rato de juzgar estamos mal, estamos impidiendo la iniciativa probatoria del juez, porque en eso están trabajando la reforma para.

Es que tiene que ver que hay reglas, que la pertinencia... Etc., pero para esto hay el recurso pues no y se puede apelar de esa decisión de la no admisibilidad con efecto diferido.

No a mí me parece razonable per mira así no es que se impide la discrecionalidad del juez, se regula la discrecionalidad del juez, porque si no razonando al revés tenemos que admitir que el juez ordene prueba que no sirve de nada.

Entonces los límites estarían determinados por la motivación.

Más bien si, en fondo como usted dice que confiar en el juez y por eso hay que nombrar a un juez solvente moralmente, profesionalmente, académicamente también ha.

Un juez que conozca la técnica de razonamiento, porque no el juicio de relevancia tengo una nostalgia de este tema porque mi primer libro hace dos mil años atrás ha sido sobre la relevancia de la prueba y trate de establecer que significa desde antes no, si una prueba es o no es relevante, esta diferencia hipotética pero insisto esto es el verdadero tema la discrecionalidad del juez que entonces no es absoluta porque si se aplica de manera correcta la previsión de utilidad de la prueba, no es que hay muchísimo poder de hacer lo que a uno le gusta, hay reglas lógicas como puedo establecer si la declaración del testigo sobre este objeto si al momento no es, primero si la declaración tiene como objeto un hecho constitutivo del derecho de que se habla en la demanda es en la demanda porque se trata de establecer la verdad de este hecho, si el objeto de la declaración es otro, hecho enorme hecho constitutivo y no un hecho secundario un indicio porque uno tiene que hacer una hipótesis es decir si el testigo llega, es un testigo verdadero que hace esta declaración sobre un hecho equis puedo yo en esta hipótesis derivar una de esta declaración derivar una conclusión probatoria sobre el hecho constitutivo, ósea si la prueba es relevante a pesar que tiene como objeto un hecho diferente, sino es decir si no deriva nada sobre el hecho principal la prueba es irrelevante, aquí no hay muchísimas discrecionalidad incontrolada he como en otro lado es sumamente referencial, relativamente sencillo que el juez tiene que hacer cuando dice admito o no admito al testigo sobre el hecho de que se.

Doctor y una última preguntita pues tiene que ver mucho con lo que digamos la vinculación de los avances tecnológicos con el derecho, ya en nuestra legislación de comercio electrónico se establecía un primer avance en cuanto al reconocimiento de la prueba que proviene de canales electrónicos en la actual propuesta y ya incluso también en la nueva regulación en materia penal, hablamos de un expediente electrónico del valor probatorio que tiene estos elementos, ¿Cuál es su visión con respecto a la prueba que se puede introducir por canales virtuales y todo este tipo de elementos probatorios en materias no penales?

Este es uno de los temas más difíciles porque una tendencia que yo veo en varios sistemas es de razonar por analogía con las pruebas documentales, es decir de introducir reglas sobre la firma electrónica de los documentos para asegurar la autenticidad todo esto son reglas técnicas que yo no conozco bien pero que son necesarias a la mas es a veces de la analogía, entre el documento electrónico y el documento escrito determinando cual es el valor probatorio de cada tipo de documento es decir analogía con el documento público, analogía con el documento privado o firmado etc. etc., pero esto no es tanto el punto más difícil, el punto más

difícil es asegurar la autenticidad de lo que se encuentra el correo electrónico por ejemplo por esto hay varios sistemas pero bastante complejo no, de tratando se asegurar que nadie pueda manipular el texto por ejemplo o que nadie pueda enviar declaraciones falsas a mi nombre esto es verdaderamente difícil, son problemas que se pueden solucionar pero para concluir sobre un punto digamos una especie de arista de estas cosas siendo un viejo jurista de la tradición anterior digamos, pero hay una cosa que a mí me parece importante es lo siguiente en tema de pruebas en internet, tradicionalmente siempre se ha dicho que el hecho llamado notorio sobre que no necesitan pruebas porque el juez lo conoce como hombre de media cultura el hecho notorio es no solo el hecho que ya se conoce de manera obvia como ya los volcanes aquí, hechos que puedan ser establecidos usando las herramientas comunes de información esto es la doctrina la jurisprudencia tradicional pensando en enciclopedias, manuales, la manera normal de buscar una información sobre si hay o no hay lo que es no, bueno ahora la manera normal de buscar información es el internet no hay garantía alguna de la fiabilidad de lo que se encuentra en internet muchísimas noticias son falsas esto significa una crisis de la noción tradicional de hecho notorio porque lo que buscamos sobre internet, a mí me ocurrió varias veces de buscar informaciones y luego de ver que estaban falsas o viejas o no controladas, puramente y sencillamente falsas entonces podemos emplear como información o peor aún como prueba algo que yo encuentro en Wikipedia o algo que yo encuentro en cualquier lugar de internet no, yo en mi experiencia varias cosas como información sobre un lugar que tengo que visitar esta es la última hace un par de semanas digo tengo que ir a Durango México, bueno como está la temperatura, si un canal serio como weather channel me hace la prevención por los días que yo tenía que estar en Durango y me dice temperatura mínima 11 máxima 25 a las ocho de la mañana cuando salimos de hotel por día al congreso eran menos 11, afortunadamente yo estaba llegando de Chicago a donde yo sabía que estaba frio el tiempo entonces tenía un abrigo pesado porque si no yo tenía en mi maleta cosas ligeras y por tres días si había 25 al medio día sol no, pero a las siete de la mañana en la sombra había menos diez y los pobrecitos amigos de Durango en este congreso con setecientas personas en un auditorio que era un grandísimo patio del siglo VI, cubiertos pero con grandes ventanas abiertas, entonces estuvimos todo el día en el congreso así congelados, esta era la información no solo yo me equivoque mis dos amigos argentinos hicieron lo mismo pero viajando directamente, mi fortuna fue haber estado en Chicago antes no, ellos viajaron directamente desde buenos aires sin abrigo sin nada, tranquilo teníamos que comprar cosas de ponerse por no morir de frio esta es la información de internet.

Bueno doctor Taruffo nosotros quedamos sumamente agradecidos por su solidaridad por haber compartido con nosotros pues algunas de las preguntas.

Es un honor para mí estar aquí.

