

PRESIDENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS
CRITERIO NO VINCULANTE

ORIGEN: CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA

MATERIA: NIÑEZ Y ADOLESCENCIA **TEMA:** PRUEBAS DE ADN PAIS EXTRANJERO

CONSULTA:

Cómo proceder con el examen de ADN si el demandado vive en el extranjero

"Una dificultad práctica que se presenta dice relación a la realización del examen de ADN. Cómo proceder si el demandado vive en país extranjero. Es necesario que se defina claramente si se debe obligar al demandado a concurrir al país para la práctica del examen o si se remitirá por la vía de exhorto para que se tomen las muestras al que se encuentra fuera del país.

FECHA DE CONTESTACIÓN: 24 DE ABRIL DE 2018

OFICIO CIRCULAR No: 00603-P-CNJ-2018

RESPUESTA A CONSULTA:

"Como norma general tenemos que, las pruebas con que cuenten las partes se debe adjuntar a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción. La prueba que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada, pues, aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, salvo que se trate de prueba nueva en los casos previstos por el COGEP.

El examen de ADN es una prueba pericial, misma que de justificarse no tener acceso al objeto de la pericia, debe solicitarse en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción o contestación a la reconvencción para que la o el juzgador ordene su práctica y designe el perito correspondiente conforme establece el Art. 225 del COGEP; pero, en caso de que la persona en quien se va a practicar el examen de ADN no se encuentre en el país, no podrá cumplirse con lo que dispone dicha norma legal, corresponde entonces analizar si debe ordenarse la práctica de esa prueba mediante exhorto.

*El Art. 167 del Código Orgánico General de Procesos, que trata sobre la prueba en el extranjero establece lo siguiente: "**Para la práctica de las declaraciones de parte o declaraciones de testigos en el extranjero, se notificará a los funcionarios consulares del Ecuador del lugar, para que las reciban a través de medios telemáticos. Tratándose de otros medios probatorios o de no existir funcionario consular del Ecuador, se podrá librar exhorto o carta rogatoria a una de las autoridades judiciales del país con la que han de practicarse las diligencias**". Del*

texto de esta norma se desprende que, sólo las declaraciones de parte o de testigos como prueba pueden realizarse a través de los cónsules del Ecuador, pero las otras pruebas deben obtenerse mediante exhorto o carta rogatoria.

El exhorto es un instrumento procesal que procede o se origina en la cooperación judicial internacional, misma que se encuentra plasmada en varios instrumentos internacionales, en los cuales se prevén aspectos que van desde la emisión por la jueza y jueces locales y su trasmisión al exterior a través de las autoridades centrales, para su práctica por juezas y jueces extranjeros. Entre los convenios multinacionales sobre exhortos o cartas rogatorias tenemos: El Código de Derecho Internacional Privado "Sánchez de Bustamante"; La Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; El Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; La Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; y, El Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero. Estos instrumentos internacionales permiten y facilitan la práctica de diligencias judiciales y la recepción de pruebas en el extranjero, a través del exhorto o cartas rogatorias.

Al respecto, el Art. 158 del Código Orgánico de la Función Judicial faculta a las juezas, jueces o tribunales ecuatorianos a exhortar a otros jueces la realización de actuaciones judiciales fuera de su ámbito territorial; mientras que el Art. 70 del Código Orgánico General de Procesos establece que, "Las comunicaciones dirigidas a autoridades en el extranjero se enviarán por medio de exhorto o carta rogatoria conforme con lo dispuesto en los tratados e instrumentos internacionales".

Por lo tanto, los exhortos pueden ser emitidos con sustento en convenios internacionales de los que el Ecuador sea parte. En caso de que no exista convenio o no sea parte de determinado convenio el Estado ecuatoriano, se sustentarán los exhortos en el derecho consuetudinario, aplicando el principio de reciprocidad. En consecuencia, los administradores de justicia están obligados a verificar si el país exhortado y el Estado exhortante son parte del convenio en que se sustenta el exhorto.

Los exhortos que se originan en los juzgados o tribunales del Ecuador, pueden librarse con las siguientes finalidades:

- a) Ejecutar diligencias que en nuestra legislación se denominan "de trámite"; así como notificaciones y citaciones, testimonios o aquellos actos procesales que no generen conflicto en su ejecución, como por ejemplo, reconocimiento de un documento, reconocimiento de firma, etc.
- b) Practicar pruebas, tales como obtención de información, declaración de parte, inspección, etc.; y,
- c) Exequátur u homologación de sentencia.

Al respecto, los Arts. 2 y 5 de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, de la cual el Ecuador es parte, disponen lo siguiente:

"Art. 2.- Los exhortos o cartas rogatorias emanadas de procedimiento jurisdiccional en materia civil o comercial, que tuvieren como objeto la recepción u obtención de

pruebas o informes, dirigidos por autoridades jurisdiccionales de uno de los Estados Partes en esta Convención a las de otro de ellos, serán cumplidos en sus términos sí:

1. La diligencia solicitada no fuere contraria a disposiciones legales en el Estado requerido que expresamente la prohíban;
2. El interesado pone a disposición del órgano jurisdiccional requerido los medios que fueren necesarios para el diligenciamiento de la prueba solicitada".

"Art. 5.- Los exhortos o cartas rogatorias relativos a la recepción u obtención de pruebas se cumplirán de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido".

Por otro lado, el inciso segundo del Art. 14 de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero también dispone: "*Tampoco restringe la aplicación de las disposiciones en materia de intervención consular para la recepción u obtención de pruebas que estuvieren vigentes en otras convenciones, o las prácticas admitidas en la materia*". Según esta disposición, no sólo los jueces extranjeros pueden ejecutar las diligencias exhortadas por los jueces y tribunales nacionales, pues, los Estados partes de un convenio, pueden facultar esas actividades a los cónsules, en armonía con la legislación interna del país requerido. También pueden los cónsules ecuatorianos practicar diligencias que exhorten o comisiones los jueces o tribunales nacionales de acuerdo a la normativa vigente en el Ecuador, como es el caso de los Arts. 65 de la Ley Orgánica de Servicio Exterior, 57 y 167 del Código Orgánico General de Procesos, dependiendo de la diligencia judicial de que se trate.

En conclusión, conforme a la normativa nacional vigente y los instrumentos internacionales señalados, se evidencia con claridad que la prueba pericial, así como las demás pruebas en el extranjero pueden ser obtenidas mediante el exhorto respectivo o carta rogatoria, sustentado en el correspondiente convenio en caso de haberlo o en el principio de reciprocidad en caso de no existir convenio entre el país exhortante y el exhortado, para lo cual la o el interesado debe poner a disposición del órgano jurisdiccional requerido los medios necesarios para la práctica o diligenciamiento de la prueba solicitada; además, se debe cumplir estrictamente con la normativa respecto a la cadena de custodia para que la prueba de ADN tenga las condiciones de idoneidad y seguridad prevista en la ley".