Memorias del Congreso Internacional de Derecho Procesal COGEP:

Sistema de Audiencias en el Derecho Procesal Ecuatoriano. Legislación 2015.

Facultad de Derecho, Política y Desarrollo

7, 8 y 9 de diciembre del 2015.

ISBN: 978-9978-25-079-2

Contenido

COMITÉ ORGANIZADOR 2

COMITÉ CIENTÍFICO JURÍDICO: 3

AGENDA 4

SINOPSIS DE LA NATURALEZA Y TRÁMITE DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO EN EL NUEVO CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS DEL ECUADOR 7

LA ORALIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA. 20

LA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL TRIBUNAL PENAL 30

LOS ESTÁNDARES Y CARGA DE LA PRUEBA 36

EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO 46

MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS: RECURSO DE APELACIÓN Y RECURSO DE CASACIÓN 70

FORMAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO JUDICIAL SEGÚN EL COGEP 87

PRINCIPIOS GENERALES DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS Y LOS TRATADOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES 97

FUNDAMENTOS PARA LA ACCIÓN CONTENCIOSO TRIBUTARIA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO EN RECURSO DE REVISIÓN (COGEP) 104

COMITÉ ORGANIZADOR

MGS. TITO QUINTERO JARAMILLO – DECANO
DR. JORGE ZAVALA EGAS, MSc
DRA. ALEXANDRA VILLACÍS PARADA, MSc
DRA. ALEXANDRA RUANO, MSc
DRA. MARIA DELIA AGUIRRE
DIANA CAÑIZARES
LCDA. HILDA ANDRADE

COMITÉ CIENTÍFICO JURÍDICO:

MGS. TITO QUINTERO JARAMILLO (DECANO)

DOCENTES A TIEMPO COMPLETO

DR. JORGE ZAVALA EGAS, MSc
DR. PABLO VALLEJO LECARO, MSc
DRA. ALEXANDRA RUANO SÁNCHEZ, MSc
DRA. ALEXANDRA VILLACÍS PARADA, MSc
DRA. TANIA NÚÑEZ MORÁN, MSc
DR. PATRICIO ALVARADO LUZURIAGA, MSc
DR. DANIEL KURI GARCÍA, MSc
DRA. MARÍA DOLORES CAZORLA, MSc

AGENDA

LUGAR: Universidad Espíritu Santo - Centro de Convenciones, Salón Fundacional.
FECHA: 7, 8 y 9 de diciembre, 2015

Día 1: 7 de diciembre del 2015

09:00 a 10:00

- Registro de inscripciones

10:00

Ceremonia inaugural

- Palabras de bienvenida del Dr. Joaquín Hernández, Rector de la UEES

TEMÁTICA Y CRONOGRAMA:

10:00 a 11:00

EL CAMBIO CULTURAL PARA ENFRENTAR LOS RETOS DEL COGEP
Expositor: Luis Rada Rivera (delegó a Julio Aguayo Urgilés)
Director Administrativo del Consejo de la Judicatura

11:00 a 12:00

LOS ESTÁNDARES DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA ESTABLECIDOS EN EL COGEP
Expositor: Pamela Aguirre Castro
Docente Universidad Andina Simón Bolívar

12:00 a 13:00

MEDIAS CAUTELARES EN EL PROCESO
Expositor: Javier Aguirre Valdez
Docente Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

18:00 a 19:00

SINOPSIS DE LA NATURALEZA Y TRÁMITE DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO EN EL NUEVO CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS DEL ECUADOR
Expositor: Rafael Brigante Guerra
Docente Universidad de Especialidades Espíritu Santo

19:00 a 20:00

LA SENTENCIA DE NIÑEZ EN MATERIA CONSTITUCIONAL
Expositor: Tatiana Ordeñana Sierra
Jueza Constitucional

20:00 a 21:00

LA ORALIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA
Expositor: María Virginia Barreiro
Invitada Internacional

Día 2: 8 de diciembre del 2015

10:00 a 11:00

JURISDICCIÓN VOLUNTARIA
Expositor: Tito Quintero Rodríguez
Docente Universidad ECOTEC

11:00 a 12:00

NULIDADES PROCESALES EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCESOS
Expositor: Ernesto Salcedo Ortega
Docente Universidad de Especialidades Espíritu Santo

12:00 a 13:00

LA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL TRIBUNAL PENAL
Expositor: Pablo Vallejo Lecaro
Docente Universidad de Especialidades Espíritu Santo

18:00 a 19:00

LOS ESTÁNDARES Y CARGA DE LA PRUEBA
Expositor: Patricio Alvarado Luzuriaga
Docente Universidad de Especialidades Espíritu Santo

19:00 a 20:00

EL PESO DE LA LEY EN LAS SENTENCIAS JUDICIALES
Expositor: Miguel Hernández Terán
Docente Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

20:30 a 22:00

EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
Expositor: Jorge Zavala Egas
Docente Universidad de Especialidades Espíritu Santo

Día 3: 9 de diciembre del 2015

10:00 a 11:00

MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS: RECURSO DE APELACIÓN Y RECURSO DE CASACIÓN
Expositor: Francisco Albuja Varela
Docente Universidad Andina Simón Bolívar

11:00 a 12:00

PREJUDICIALIDAD Y OTRAS RELACIONES PROCESALES ENTRE EL COGEP Y EL COIP
Expositor: Daniel Kuri García
Docente Universidad de Especialidades Espíritu Santo

12:30 a 14:00

FORMAS DE TERMINACIÓN DE PROCESOS
Expositor: Johnny De La Pared
Docente Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

18:00 a 19:00

PRINCIPIOS GENERALES DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS Y LOS TRATADOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES
Expositor: René Astudillo Orellana
Docente Universidad de Especialidades Espíritu Santo

19:00 a 20:00

FUNDAMENTOS PARA LA ACCIÓN CONTENCIOSO TRIBUTARIA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO EN RECURSO DE REVISIÓN (COGEP)
Expositor: Jorge Zavala Egas
Docente Universidad de Especialidades Espíritu Santo

20:00 a 21:00

EL NUEVO MODELO DE JUSTICIA
Expositor: Néstor Arbito Chica
Vocal del Consejo de la Judicatura

PRESENTACIÓN

La Facultad de Derecho, Política y Desarrollo de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo, a través de su Comité Jurídico Científico, promueve diversos eventos nacionales e internacionales, basados en el nuevo marco jurídico ecuatoriano, respondiendo a los preceptos de supremacía constitucional, al nuevo modelo de justicia y en este caso al sistema procesal como medio de Administrar justicia, cuya reforma integral la encontramos en el Código Orgánico General de Procesos, este cuerpo regulador y solucionador de controversias bajo el imperio de la ley, se torna como un instrumento necesario y esencial para el Órgano Jurisdiccional, por su estructura de carácter general contenida en cinco libros y calificada como ley única que regula progresivamente los procesos en materias como: procedimiento civil, laboral, inquilinato, contencioso tributario, contencioso administrativo, familia, mujer, niñez y adolescencia y otros que no sean procedimientos constitucionales, electoral y penal. La cultura jurídica proyectada desde la academia, tiene como fin aportar a través de expositores e investigadores de reconocido prestigio nacional e internacional, con temáticas de gran interés cuyo contenido fue tratado y analizado en el PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL, en una jornada de tres días, (diciembre del 2015), dirigida a profesionales del Derecho, docentes, estudiantes y público en general, contribuyendo de esta manera a encauzar del debate de ideas y su aporte esencial al ordenamiento jurídico ecuatoriano, el mismo que queda plasmado en esta obra que recopila algunas de las ponencias seleccionadas por el Comité Científico Jurídico.

"Enseñamos con la dimensión holística del Derecho, sus principios y valores"

Tito Quintero J. – FAC – DER – UEES - 2015

SINOPSIS DE LA NATURALEZA Y TRÁMITE DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO EN EL NUEVO CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS DEL ECUADOR

Rafael Brigante Guerra[1]

I. INTRODUCCIÓN

El Capítulo II del Título II del Libro IV del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), se ocupa del llamado "procedimiento monitorio". El Capítulo en mención comprende los artículos 356 al 361, inclusive, de este Código.

El "proceso monitorio", al menos con esa denominación, aparenta ser a simple vista, inédito en nuestro ordenamiento procesal. Aunque indudablemente el ámbito de aplicación que se le ha dado y la estructura del proceso son nuevos y no corresponden a alguna institución previamente comprendida en el Código de Procedimiento Civil (CPC), se trata de un instituto que en cierta medida, comparte ciertas características con instituciones procesales preexistentes, y que además puede asociarse con importantes antecedentes históricos y referencias específicas en el derecho procesal comparado[2].

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Según explica Giuseppe Chiovenda (1989), lo que hoy conocemos como proceso monitorio o de apremio, o bien como proceso de "estructura monitoria" se remonta a los mandamientos de pago que ya existían en la Europa medioeval y que evolucionaron en el *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa* del proceso italiano intermedio; *Mahnverfahren* alemán y austríaco; *Mandatsverfahren* austríaco y *Rechtsbot* de algunos cantones de Suiza oriental.

Según refiere el autor citado, ya desde el período medioeval, para el cobro de ciertos créditos, aunque no resultasen de documentos, se estableció el uso de no citar en juicio al deudor, sino de obtener directamente del juez la orden de la prestación que abría la ejecución; es decir el *mandatum* o *praeceptum de solvendo* pero acompañado y justificado por la denominada *clausula iustificativa*, esto es, la indicación de que la orden se volvía plenamente ejecutable salvo que el deudor quisiese hacer valer excepciones (*nisi se opponat)*; de tal manera que, a diferencia de procesos como los ejecutivos documentales, la defensa del deudor lograba el efecto de detener o enervar la ejecución mientras se resolviera el proceso.

[1] Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Espíritu Santo. Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República y Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Docente tiempo parcial de la Universidad Espíritu Santo.

[2] Un ejemplo cercano, en el tiempo y en el espacio, es el "Proceso de estructura monitoria" en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay.

III. LA ESTRUCTURA MONITORIA

El proceso monitorio o "de apremio", se caracteriza primeramente porque el acreedor de una obligación, comparece ante el juez para que este, *inaudita parte*, dicte el mandato de ejecución (esto es el *mandato de pago*); pues normalmente la pretensión se refiere a asuntos en los que existe una credibilidad preconstituida y en los que incluso es verosímil que el deudor no tenga objeciones, o excepciones que proponer.

En todo caso, no se pasa directamente a la ejecución directa, porque el deudor citado con el mandato de pago *se puede oponer*, pero si no lo hace, queda firme el mandato del juez.

A manera de resumen, la estructura monitoria se nos presenta de la siguiente manera:

i) El trámite sirve para reclamar el cobro de ciertas deudas;

ii) Inician con una providencia que propiamente es una orden de pago, pese a lo cual se dicta sin haber oído previamente al deudor;

iii) El deudor citado *puede oponerse*; y en ese caso *se abre una etapa para discutir y resolver las excepciones*; y,

iv) Pero, si el deudor no se opone, se ejecuta la orden de pago.

Habíamos sostenido en la introducción a este trabajo que, para nuestro parecer, este esquema o "estructura" monitoria, presenta ciertos rasgos que ya preexisten en el ordenamiento procesal ecuatoriano; y es que, para quien haya transitado por el proceso civil nacional, sin duda alguna esta estructura le será familiar, porque es la que tiene lo que ha venido siendo el juicio ejecutivo en el CPC; que comienza, precisamente, con un auto de pago, que incluye la orden de "pagar o proponer excepciones" (CPC, Art. 421); que si el ejecutado efectivamente deduce tales excepciones, no tasadas en el CPC, fuerza la apertura de un amplio debate, no solamente sobre el proceso o el título reclamado, sino por regla general sobre la propia obligación (CPC, Arts. 432 y 433) y que en cambio, en caso de no haber proposición de excepciones, vuelve ejecutable la orden de pago, aunque en el CPC se requiere que en tal caso el juzgador expida una sentencia que causa ejecutoria (CPC, Art. 430).

Ahora bien, es claro que el juicio ejecutivo del CPC presenta otros presupuestos distintos a los que el COGEP implementa para el proceso monitorio, ya que sigue estando presente la necesidad, para el juicio ejecutivo ("Procedimiento" ejecutivo en el COGEP), de que existan tanto un *título ejecutivo* (CPC, Art. 419; COGEP, Art. 349) como una *obligación ejecutiva* (CPC, Art. 415; COGEP, Art. 348); y es que, como explicaremos más adelante, el procedimiento monitorio del COGEP, claramente, se encuentra pensado para escenarios en que no es factible emplear la vía del procedimiento ejecutivo.

IV.- EL PROCEDIMIENTO MONITORIO EN EL ARTICULADO DEL COGEP

IV.1 PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA

En el COGEP, el procedimiento monitorio tiene un ámbito de aplicación restringido. La pretensión siempre es de condena, esto es, de que se cumpla obligaciones, pero para que se lo pueda interponer se requieren varios presupuestos, que aparecen claramente señalados en el inciso primero del artículo 356 del COGEP:

> **Art. 356.- Procedencia.-** La persona que pretenda cobrar una deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido, cuyo monto no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, que no conste en título ejecutivo, podrá iniciar un procedimiento monitorio, cuando se pruebe la deuda de alguna de las siguientes maneras:

Estos presupuestos, en un total de cinco, y sin los cuales no es procedente la utilización del procedimiento monitorio, pueden listarse de la siguiente manera:

Primer presupuesto, *la pretensión debe versar sobre el cobro de deuda de dinero*. Esto automáticamente excluye pretensiones distintas a la de simple condena (por ejemplo, el actor no puede demandar por vía monitoria la resolución de un contrato bilateral); y excluye la pretensión de cumplimiento de otras obligaciones de dar distintas a las dinerarias, o de obligaciones de hacer, o de no hacer[3];

Segundo presupuesto, *el importe de la deuda de dinero no puede exceder de cincuenta (50) Salarios básicos unificados*. El "Salario Básico Unificado" (SBU) es un indicador variable, que de conformidad con el artículo 117 del Código del Trabajo, es anualmente fijado por el Consejo Nacional de Trabajo y Salarios[4]. De no lograrse consenso entre los integrantes de este órgano colegiado, es el Ministro rector del ramo quien lo fija mediante Acuerdo Ministerial[5]. A la fecha de elaboración del presente trabajo, el Salario Básico Unificado que rige para el año 2015 es de trescientos cincuenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de América (US 354,00). Eso quiere decir que si se aplicase este presupuesto usando el SBU del año 2015, la cuantía máxima admisible en procedimiento monitorio vendría a ser de diecisiete mil setecientos dólares de los Estados Unidos de América (US 17.700,00). En todo caso, este valor probablemente variará para el año 2016, y debe recordarse que este procedimiento recién cobrará vigencia cuando haya transcurrido un año desde la promulgación del COGEP.

[3] Según se aprecia del texto del artículo 347 y otros del mismo COGEP, el procedimiento ejecutivo sí puede emplearse para toda clase de obligaciones de dar, e incluso de obligaciones de hacer, mientras se reúna el doble requisito de título y obligación ejecutiva.

[4] Anteriormente denominado "Consejo Nacional de Salarios".

[5] Precisamente, para el período 2015 no hubo tal consenso y fue el Ministro del Trabajo quien fijó el importe del SBU.

Como puede observarse, el procedimiento monitorio no está pensado para ser aplicable a grandes cuantías.

Tercer presupuesto, *que la deuda (de dinero) sea determinada, líquida, exigible y de plazo vencido*; esto es, actualmente exigible. Este presupuesto se justifica claramente debido a la finalidad y ámbito específico de este procedimiento.

El artículo 356 no establece, como sí lo hace la normativa del juicio ejecutivo, una serie de parámetros que debe usar el juzgador para valorar si la deuda es actualmente exigible; sin embargo, nos parece razonable que los jueces suplan ese silencio del legislador aplicando tales parámetros. Se trata, claro está de las explicaciones efectuadas en el artículo 348 del COGEP, entre las cuales destacan:

- Que por líquida debe entenderse también la obligación que es *liquidable* mediante operación aritmética;
- Que es viable el empleo de indicadores económicos, si el título de la deuda contiene la referencia explícita a aquel;
- Que el plazo vencido, puede haberse dado mediante una anticipación contractualmente estipulada;
- Que la obligación pura abarca aquellas con condición suspensiva cumplida y las de condición resolutoria pendiente; y,
- Que la obligación que es en parte líquida es exigible en dicha parte, debiendo acompañarse liquidación pormenorizada de la misma.

En todo caso, debemos admitir que hubiera sido deseable que el legislador repita estas indicaciones, o al menos se remita a ellas.

Cuarto presupuesto, *que la obligación no conste en título ejecutivo*. Más bien parecería que el legislador ha supuesto que, habiendo las condiciones para reclamar la deuda en procedimiento ejecutivo, el acreedor preferirá emplear esta vía, pero se observa claramente que este presupuesto está formulado como una verdadera prohibición y el acreedor no podrá hacer valer su pretensión en este procedimiento, así lo quiera, cuando la deuda que quiere reclamar consta de uno de aquellos títulos a los que la ley les reconoce la condición de título ejecutivo.

Nada nos dice la norma sobre casos de títulos ejecutivos *defectuosos*; aquellos que, pese a haber sido creados como tales, adolezcan de algún defecto que comprometa la prosperidad de la acción ejecutiva, aunque sigan sirviendo como constancia documental de la obligación.

Quinto presupuesto, *que se pruebe la obligación por alguno de los medios listados en los numerales 1 al 5*. Este presupuesto será analizado en el apartado siguiente.

IV.2. PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS

Como se ha anticipado, para que pueda reclamarse las deudas dinerarias, exigibles y de hasta cincuenta SBU en proceso monitorio, aquellas deben poder ser demostradas a través de alguno de los medios que se encuentran listados en los numerales 1 al 5 del artículo 356 del COGEP. Previamente, ya se ha

advertido que, como premisa, ninguno de estos medios puede ser un título ejecutivo, en virtud de haberlo prohibido el inciso introductorio de la disposición.

Los numerales 1 al 5 de la ya indicada norma, nos indican que la deuda puede ser demostrada por el acreedor:

> *1. Mediante documento, cualquiera que sea su forma y que aparezca firmado por la deudora o el deudor o con su sello, impronta, marca o con cualquiera otra señal, física o electrónica, proveniente de dicha deudora o dicho deudor.*

De entrada, obsérvese que, pese a la libertad de forma que consagra este numeral, quedaría claro que no es del todo cierto que la forma del documento no puede ser *cualquiera* porque se exceptúa el título ejecutivo.

Otro comentario que consideramos debe hacerse, es el que tiene que ver con la admisibilidad de documentos que, en lugar de la firma del deudor, contengan su "sello, impronta, marca" o "cualquier otra señal física o electrónica" provenientes del deudor. Consideramos que esta posibilidad desencadenará acalorados debates en algunos de los procedimientos que se inicien; pues siendo algo maliciosos, no es improbable que se den casos en que tales "sellos" sean producto de falsificaciones (un sello se puede mandar a hacer en la calle por cualquier persona), o incluso de impugnaciones de los deudores, aun siendo verdadero que los sellos, o señales han sido impuestos por ellos.

A pesar de la enorme amplitud del numeral primero (Pues se deja sentado que "no importa" la forma del documento), el legislador ha considerado necesario explayarse en los demás numerales, sobre ciertos casos específicos. Al hacerlo, en ciertos casos delimita algunos escenarios de uso de este procedimiento.

> *2. Mediante facturas o documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor, o comprobante de entrega, certificación, telefax, documentos electrónicos, que sean de los que comprueban la existencia de créditos o deudas que demuestren la existencia de la relación previa entre acreedora o acreedor y deudora o deudor.*
>
> *Cuando el documento haya sido creado unilateralmente por la o el acreedor, para acudir al proceso deberá acompañar prueba que haga creíble la existencia de una relación previa entre acreedora o acreedor y deudora o deudor.*

El legislador ha querido sin duda dejar sentado que, entre las obligaciones a ser reclamadas en procedimiento monitorio, se encuentran las contenidas en facturas. Tradicionalmente, en nuestro país el cobro de facturas comerciales, sea cual sea su importe, ha requerido el empleo de juicios de conocimiento, sobre todo el verbal sumario, debido precisamente a la falta de un proceso ágil para propiciar su cobro, deteriorando en muchas ocasiones la buena marcha del comercio. Se reitera que, en todo caso, no toda factura comercial podrá ser recaudada por esta vía procesal, debido a la limitante del importe, previamente comentada. En todo caso, muchos casos de transferencias de bienes o de

prestación de servicios podrán beneficiarse de esta figura procesal que, si despega y se logra aplicar exitosamente, ayudará indirectamente a fomentar la cultura del cumplimiento de los compromisos, que muchas veces se ve minada, cuando los justiciables perciben que ser demandados les proporcionará largo tiempo para diferir el pago de sus deudas.

Como comentario adicional, debemos advertir que, en lo personal, la referencia que hace el numeral segundo a la relación "previa" entre el acreedor y el deudor puede resultar problemática, ya que consideramos que la redacción no se ha explicado suficientemente al respecto. A nuestro parecer, lo que se ha querido graficar, es que se requiere que sea verosímil la existencia de una relación que justifique, o anteceda a la emisión del documento de deuda. Una interpretación demasiado literal de este numeral, podría conducir a que los jueces crean que debe probarse que han existido operaciones anteriores entre las mismas partes, interpretación que no compartimos, pues debe entenderse que se debe justificar una relación *previa al documento*, lo cual no es igual que una relación *previa a la obligación*.

Los restantes numerales, atañen a situaciones mucho más específicas, como se verá a continuación:

> *3. Mediante la certificación expedida por la o el administrador del condominio, club, asociación, establecimiento educativo, u otras organizaciones similares o de quien ejerza la representación legal de estas, de la que aparezca que la o el deudor debe una o más obligaciones, cuando se trate del cobro de cuotas de condominio, clubes, asociaciones, u otras organizaciones similares, así como valores correspondientes a matrícula, colegiatura y otros servicios adicionales en el caso de servicios educativos.*

El numeral tercero abarca las cuotas de pertenencia o membrecía a distintas clases de organizaciones como las ahí listadas. El segundo caso, es el de obligaciones adeudadas por concepto de servicios educativos. Estos casos resultan interesantes porque no debe olvidarse que en muchas ocasiones, estos entes emiten facturas, sujetas incluso a los requisitos impuestos por la administración tributaria y vendría a darse la duda de si estos entes solo pueden interponer las demandas amparadas en estas “certificaciones”, aun en casos en que cuenten con las correspondientes facturas a las que ya se había referido en numeral 2.

El numeral 4 se refiere al pago de cánones vencidos de arrendamiento:

> *4. Mediante contrato o una declaración jurada de la o del arrendador de que la o el arrendatario se encuentra en mora de las pensiones de arrendamiento por el término que señala la ley, cuando se trata del cobro de cánones vencidos de arrendamiento, siempre que la o el inquilino esté en uso del bien.*

Nuevamente, destacamos algunas cuestiones previamente analizadas: la primera, que el procedimiento monitorio no está diseñado para pretensiones como, en este caso podrían ser, la de que

se declare la terminación del arrendamiento. La hipótesis de este numeral está contraída al reclamo de "pensiones de arrendamiento" o "cánones vencidos". La segunda, que la norma no indica si el arrendador podría hacer uso de las facturas que haya emitido válidamente en lugar de acogerse a este numeral.

Ahora bien, quedaría claro que, más allá del ya analizado problema de los montos, no podría incoarse este procedimiento en todas las hipótesis de arrendamiento, ya que el legislador ha establecido que este numeral se refiere a "pensiones" o "cánones" vencidos, omitiendo incluir el caso del arrendamiento por un precio único, que sí lo prevé la legislación sustantiva.

Pero el texto del numeral nos inclina a efectuar algunas críticas adicionales: por la redacción, se indica que la hipótesis que activa este derecho del arrendador es que el arrendatario se encuentre en mora por "el término que señala la ley", mientras que las normas sustantivas sobre el contrato de arrendamiento, propiamente, no señalan un término, ya que la época para el pago del precio del arrendamiento lo fija la estipulación de las partes; en su defecto, "la costumbre del país" y a falta de ambas cosas, se aplican las reglas legales que determina el Código Civil (Código Civil, artículo 1885). En definitiva, respecto del arrendamiento de cosas no existe una norma que fije un tiempo específico para el pago del precio en todos los casos. Esto podría, esperemos que no, causar problemas de aplicación.

Otra restricción que aparece del texto es aquella de que el inquilino debe estar "en uso del bien". Aparentemente, ha sido establecida para prevenir que estos procedimientos monitorios, inadvertidamente, degeneren en demandas de terminación o desocupación de la cosa arrendada, aunque en la práctica, bien hubiese podido permitirse el cobro por la vía monitoria contra el arrendatario que ha restituido, pero no ha pagado, sin que ello altere la naturaleza del trámite.

Finalmente, llama la atención que, en la parte final del numeral, deje de referirse el legislador al "arrendatario" y pase a referirse al "inquilino", lo cual podría llevar a los juzgadores a interpretar que la disposición únicamente le es aplicable al arrendamiento de locales.

Para interponer la demanda en el caso de este numeral, disyuntivamente se le exige al actor el "contrato" (entendemos que escrito); o en su defecto una "declaración jurada" de que el arrendatario se encuentra en mora de los valores reclamados.

El quinto y último numeral del artículo se refiere en cambio, al pago de remuneraciones adeudadas al trabajador:

> *5. La o el trabajador cuyas remuneraciones mensuales o adicionales no hayan sido pagadas oportunamente, acompañará a su petición el detalle de las remuneraciones materia de la reclamación y la prueba de la relación laboral.*

Cabría añadir que, como sucede en las hipótesis anteriores, la pretensión se agota en el cobro de lo adeudado. El procedimiento monitorio no sería idóneo, por ejemplo, para que el trabajador demandante solicite que se declare haber existido despido intempestivo, reclamar indemnizaciones por dicho concepto, etc.

IV.3. TRÁMITE

IV.3.1. DEMANDA Y CALIFICACIÓN

Como todo proceso, el monitorio principia por demanda (Art. 141). A este acto procesal de proposición, se refiere, para el caso del trámite monitorio, el Art. 357 del COGEP:

> **Art. 357.- Demanda.-** El procedimiento monitorio se inicia con la presentación de la demanda que contendrá además de los requisitos generales, la especificación del origen y cantidad de la deuda; o con la presentación del formulario proporcionado por el Consejo de la Judicatura. En cualquiera de los casos, se acompañará el documento que prueba la deuda.
>
> Si la cantidad demandada no excede de los tres salarios básicos unificados del trabajador en general no se requerirá el patrocinio de un abogado.

Como puede apreciarse del inciso primero, la demanda puede presentarse en escrito o en formulario. Adicionalmente, el inciso final del Art. 357 del COGEP dispensa al actor de la obligación de contar con el patrocinio de un abogado, en aquellos casos en que la cuantía no exceda de tres (3) SBU. En la práctica, es muy posible que los justiciables, en todos los casos, prefieran ser patrocinados por abogados, incluso en estos casos, lo cual el COGEP no ha prohibido.

La demanda deberá cumplir los requisitos generales de toda demanda, tal como los describe el Art. 142, más todos los documentos que corresponde aparejar según el Art. 143, entre los cuales, necesariamente, estarán los documentos que prueban la obligación, descritos en el previamente analizado Art. 356 del COGEP y el anuncio de la prueba, entre otros requisitos.

En tal sentido, como se recordará, el requisito de determinación de la cuantía, previsto en el numeral 10 del Art. 142 del COGEP cobra importancia. Como se recordará, no puede afirmarse que este requisito sea de aplicación general para toda clase de demandas (A diferencia de lo ocurrido en el CPC), pues la determinación de la cuantía debe hacerse "*cuando sea necesaria para determinar el procedimiento*" (COGEP, Art. 142, numeral 10). Pues bien, es claro que, siendo que el procedimiento monitorio presupone que no se exceda de ciertas cuantías en la pretensión, este requisito deberá ser observado y el juzgador deberá cuidar porque se lo cumpla. La elaboración del formulario al que se refiere el COGEP corresponde al Consejo de la Judicatura.

El Art. 359 del COGEP, en su inciso final, prohíbe expresamente la reforma de la demanda.

Si el juez la admite al trámite monitorio, dicta una providencia llamada *mandamiento de pago*, que según explica el COGEP tiene naturaleza de auto interlocutorio. En esa providencia, el juez *ordena que el deudor pague la deuda* en el término de quince (15) días; y dispone la citación. Así aparece del COGEP, Art. 358, primer y segundo incisos:

> **Art. 358.- Admisión de la demanda de pago.-** La o el juzgador, una vez que declare admisible la demanda, concederá el término de quince días para el pago y mandará que se cite a la o al deudor.
>
> La citación, con el petitorio y el mandamiento de pago de la o del deudor interrumpe la prescripción.

IV.3.2. EFECTO ESPECIAL DE LA CITACIÓN

De conformidad con el COGEP, la citación de la demanda al accionado surte una serie de efectos que se encuentran listados en el Art. 64[6]. Adicionalmente, para el caso del procedimiento monitorio, se observa que la citación al demandado produce un efecto referente a los intereses de la obligación, según se explica en el Art. 360: "***Intereses.-*** *Desde que se cite el reclamo, la deuda devengará el máximo interés convencional y de mora legalmente permitido".*

A nuestro criterio, esta es propiamente una disposición que puede considerarse "sustantiva", pues sus efectos, más que al proceso, atañen a la obligación materia del mismo, al dejarse señalado que luego de citarse la demanda, la deuda pasa a generar "*el máximo interés convencional y el de mora*". En todo caso, más allá del criterio que pueda tenerse sobre la conveniencia o inconveniencia del precepto, consideramos que el mismo deja algunas inquietudes:

- Primeramente, si aplicamos la lógica que nuestra legislación sustantiva aplica a la ejecución de deudas de dinero (Código Civil, artículo 1575, numeral 1), cuando en una deuda de dinero existen intereses pactados, la citación no determina que se los deba, sino que se los *siga debiendo* y si eran inferiores al legal, se pasa a deber el legal. Si no hay interés pactado, tampoco queda claro por qué se pasaría a deber un "interés convencional".
- En segundo lugar, porque algunos de los casos previstos corresponden a pensiones periódicas, que para la legislación sustantiva *no generan interés*, porque les es extensiva la regla que prohíbe el anatocismo (Código Civil, artículo 1575, numeral 4).

IV.3.3. POSIBLES CONDUCTAS DEL DEMANDADO Y SU REPERCUSIÓN EN EL TRÁMITE

Como ya se ha anticipado en este trabajo en qué consiste la "estructura monitoria" de este procedimiento, se pasa a analizar en qué manera las normas del COGEP la han recogido. Básicamente, como se verá a continuación, el derrotero que seguirá el trámite dependerá básicamente de la reacción del demandado al acto de la citación con la demanda.

Y es que el derecho de defensa del demandado no desaparece ni se lo priva de la posibilidad de postular su defensa. El demandado *puede* oponerse, está *facultado* por la ley para hacerlo. Lo medular es que si *no postula defensa*, su falta de pronunciamiento no es ni puede ser interpretado como una

[6] Al encontrarse listados los efectos de la citación en el Art. 64 del COGEP, entre ellos, el de interrumpir (civilmente) la prescripción, se aprecia lo innecesario de la advertencia contenida en el inciso segundo del artículo 358.

negativa a la pretensión, sino más bien como un allanamiento o conformidad con el mandamiento de pago.

IV.3.3.1. PRIMER ESCENARIO: FALTA DE OPOSICIÓN DEL DEMANDADO

Sobre esta hipótesis se pronuncia el inciso final del artículo 358 del COGEP:

> Si la o el deudor no comparece dentro del término concedido para el efecto o si lo hace sin manifestar oposición, el auto interlocutorio al que se refiere el inciso primero quedará en firme, tendrá el efecto de cosa juzgada y se procederá a la ejecución, comenzando por el embargo de los bienes que la acreedora o el acreedor señale en la forma prevista por este Código.

Se hace notar que la conducta procesal que activa este escenario es, propiamente, la falta de oposición, que no debe entenderse en forma absoluta como equivalente a la falta de comparecencia. Si el demandado no manifiesta oposición (Por ejemplo, si solo señala domicilio para ser notificado), podrá haber comparecido, pero no se ha opuesto.

Un caso que podrá quizá causar dudas prácticas, es aquel en que el demandado, como lo permite el COGEP, se *allane* a la demanda. Aunque este inciso señala que la falta de oposición le confiere firmeza al mandamiento de pago, el Art. 244 del COGEP indica que el allanamiento expreso debe ser aprobado en sentencia. La experiencia en la aplicación nos indicará si en un caso como este, los juzgadores aplicarán al pie de la letra el inciso aquí comentado, o bien optarán por expedir el fallo que apruebe tal allanamiento.

Otras posibles dudas prácticas, vienen dadas por la redacción de este inciso, si lo comparamos con el sistema de ejecución establecido por el mismo COGEP. En este punto, no queda sino especular acerca de una posible superposición de borradores que, por cierto, parece existir respecto de otros pasajes del Código. Decimos esto porque, revisado este inciso, se explica en él que el auto llamado mandamiento de pago, si es que llega a quedar firme por falta de oposición, cobra efectos de cosa juzgada y se vuelve ejecutable, "comenzando por el embargo".

Pero, como se aprecia en los artículos pertinentes del COGEP, ninguna ejecución, ni siquiera la de una sentencia ejecutoriada, comienza directamente de esta manera. El COGEP ha listado los denominados "títulos de ejecución" en su Art. 363, entre ellos, la sentencia y en todos los casos se entiende que se debe dictar un mandamiento de ejecución (COGEP, Art. 372) y evacuarse las diligencias previstas por el Libro V del Código.

Aunque, curiosamente, no se ha listado este auto interlocutorio firme entre aquellos títulos de ejecución, al menos no en forma explícita, es nuestra opinión que deberá asimilárselo a la sentencia, pues advertimos que la disposición del Art. 358 presupondría que la ejecución debe ventilarse ante el mismo juzgador y el único título de ejecución que presupone aquello es la sentencia. La práctica nos dirá qué camino siguen los operadores de justicia: se verá si interpretan que este caso "especial" los obliga a una ejecución sumarísima y directa, si aplican la fase de ejecución como si de sentencia se

tratase, o en subsidio de todo lo anterior, si es que consideran que estamos delante de un título de ejecución distinto a sentencia, pues el numeral 7 del Art. 363 dice que lo son también "los demás que establezca la Ley" y en tal caso el actor tendrá que elevar una solicitud de ejecución, propia de todos los casos distintos a la fase de ejecución de las sentencias.

IV.3.3.2. SEGUNDO ESCENARIO: OPOSICIÓN DEL DEMANDADO

El inciso primero del Art. 359 del COGEP se refiere al caso de oposición por parte del demandado:

> ***Art. 359.- Oposición a la demanda.-*** *Si la parte demandada comparece y formula excepciones, la o el juzgador convocará a audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento y fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda de prueba y alegatos. Si no hay acuerdo o este es parcial, en la misma audiencia dispondrá que se practiquen las pruebas anunciadas, luego de lo cual oirá los alegatos de las partes y en la misma diligencia dictará sentencia, contra la cual solo caben la aclaración, la ampliación y el recurso de apelación.*

El inciso segundo, que ya hemos comentado previamente que prohíbe la reforma de la demanda, prohíbe asimismo la reconvención por parte del accionado.

La oposición, en su calidad de acto procesal de proposición, debe reunir los requisitos formales de la contestación a la demanda, que, en lo aplicable, son los mismos de la demanda (COGEP, Art. 151), debiendo incluir, obviamente, el *anuncio de la prueba*; lo cual se concatena con el comentado texto del Art. 359, pues la audiencia única implica la actuación de la prueba anunciada por las partes.

A diferencia de lo que ocurre en el juicio ejecutivo, en que la defensa del demandado se encuentra expresamente tasada (ver COGEP, Art. 353), en el procedimiento monitorio el legislador no ha restringido las posibles excepciones del demandado. La oposición le permitiría al demandado proponer cualquiera de las excepciones previas, listadas como tales en el Art. 153, o cualquier otra.

En todo caso, sean o no las excepciones de aquellas que tienen el carácter de previas, el juzgamiento de la oposición se ventila en *audiencia única*, cuya estructura es muy similar a la del procedimiento sumario (ver COGEP, Art. 333, numeral 4), esto es, que comprende *dos fases*:

- Una primera fase, de saneamiento, fijación de los puntos controvertidos y tentativa de conciliación a cargo del juzgador; y,
- Una segunda fase, de práctica de prueba y alegatos.

En este caso, el juez resuelve en *sentencia*, debiendo, al tenor de las reglas generales, comunicar su decisión a las partes al término de la diligencia, y pudiendo notificar la motivación escrita después (COGEP, Art. 93).

IV.3.4. RECURSOS

La sentencia es susceptible de los recursos horizontales de aclaración y de ampliación y es asimismo apelable con efecto suspensivo, pues la ley no le ha privado de tal efecto, activándose la regla general prevista en el Art. 261, inciso final, del COGEP.

Cabría analizar si es que, de la sentencia que se expida en segunda instancia, podría interponerse el recurso de casación. Al respecto, un elemento fundamental a considerar para contestar esta interrogante, es que el procedimiento monitorio ha sido catalogado como un "procedimiento ejecutivo" y como tal, forma parte del Título II del Libro IV, en un apartado diferente al de los "procesos de conocimiento" (Título I del mismo Libro).

Al regular el recurso extraordinario de casación, el Art. 266 del COGEP, expresamente se indica qué providencias son atacables por vía de casación y lo que se infiere de esta norma (más allá de los vicios que deben aquejar a tales providencias) es que son recurribles las sentencias y autos dictadas por Cortes Provinciales y Tribunales Distritales que pongan fin a *procesos de conocimiento* (inciso primero) y a providencias expedidas por dichas Cortes y Tribunales en la fase de ejecución de sentencias dictadas en procesos de conocimiento, lo cual apunta a descartar la recurribilidad por vía de casación en casos de procedimientos que no son de conocimiento.

Por ende, aunque no pueda identificarse una norma que en forma explícita deniegue la casación respecto de las sentencias dictadas en alzada en estos procedimientos, la interpretación predecible es que no cabrá tal recurso, por haber sido incluido este trámite dentro de los procesos "ejecutivos", esto es, al no ser "procesos de conocimiento".

IV.3.5. TERMINACIÓN EXTRAORDINARIA POR PAGO

El COGEP ha listado, como formas extraordinarias de conclusión del proceso, aquellas que aparecen mencionadas en el Título III del Libro III (Arts. 233 a 249): la conciliación, la transacción, el retiro de la demanda, el desistimiento de la pretensión, el allanamiento y el abandono. Sin embargo, explícitamente, para el caso del trámite monitorio, ha aceptado en forma explícita la terminación extraordinaria del procedimiento para el caso de verificarse el pago de la obligación: De conformidad con el primer inciso del Art. 361 del COGEP, si el deudor cumple la obligación en cualquier momento del proceso, el mismo concluye y se dispone su archivo:

> ***Art. 361.- Pago de la deuda.-*** *Si la o el deudor paga la deuda, la o el juzgador dispondrá que se deje constancia en autos y ordenará el archivo.*

Como puede observarse, no es indispensable que el pago se haya verificado en el proceso (por ejemplo, mediante un escrito de consignación de valores), pero deberá dejarse constancia de dicho pago en el expediente del proceso.

Asimismo, de conformidad con el inciso final de este artículo, "en cualquier estado del procedimiento las partes podrán acordar una fórmula de pago que será aprobada por la o el juzgador".

La norma, en todo caso, no explica si este acuerdo o fórmula de pago pasa a recibir el tratamiento de una transacción judicial, de un acuerdo de pago logrado en ejecución, o si en todo caso, se entiende que el procedimiento se conserva activo para que el mismo juzgador monitoree el cumplimiento de la fórmula de pago.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Nacional. (2005). *Código de Procedimiento Civil.* Quito.

Asamblea Nacional. (2015). *Acuerdo Ministerial No. 0256, Suplemento del Registro Oficial 429.* Quito.

Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos.* Quito.

Chiovenda, G. (1989). *Instituciones de derecho procesal civil.* México D.F.: Cárdenas Editor.

LA ORALIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA.

María Virginia Barreiro[7]

I. INTRODUCCIÓN.

En las últimas décadas América Latina se ha visto inmersa en un proceso de reformas judiciales, especialmente a través de la sanción de nuevos códigos procesales con el objetivo de modernizar y oralizar el viejo sistema escrito (Viera, 1989, pág. 85)[8].

En el caso de Uruguay, en el año 1989, se sancionó el Código General del Proceso (C.G.P.), inspirado en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, que determinó una reforma sustancial e integral de la justicia civil[9]. La experiencia de estos veinte años nos permite afirmar que el sistema de proceso por audiencias significó un avance sin precedentes habiendo logrado un proceso más dinámico y efectivo.

La próxima entrada en vigencia en Ecuador del Código Orgánico General del Proceso (CO.GE.P), que al igual que el C.G.P. instituye el proceso por audiencias, sin duda también implicará un cambio positivo en el sistema de justicia.

En la presente ponencia nos proponemos realizar un análisis de la incidencia de la oralidad en las diversas etapas probatorias a la luz de las nuevas disposiciones del CO.GE.P considerando asimismo la experiencia recogida en el Uruguay durante los veinte años de aplicación del C.G.P.

II. FASES DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA Y ORALIDAD.

La introducción del proceso por audiencias implica un cambio sustancial en la manera en que se desarrolla el proceso. Las exposiciones escritas de las partes quedan limitadas a los actos de proposición y cobran relevancia las instancias que se desarrollan en forma oral, esto es, las audiencias.

La prueba como actividad procesal se presenta en forma trasversal a lo largo del proceso y tiene un lugar preponderante en las instancias orales, principalmente en cuanto a su práctica o producción.

Podemos distinguir cuatro etapas en la actividad probatoria que se desarrolla a lo largo del proceso.

---

[7] Profesora de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, Profesora del Postgrado de Derecho Procesal del Centro de Postgrados de la Universidad de Montevideo, miembro de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal, Eduardo J. Couture y miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

[8] Viera Cuello había calificado el proceso como "desesperadamente escrito".

[9] El C.G.P. se inspiró en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica obra del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en el cual habían participado los destacados procesalistas uruguayos Enrique Vescovi, Adolfo Gelsi y Luis Torello, quienes fueron los que luego lideraron la sanción de nuestro código.

En una primera etapa, se realiza el ANUNCIO de la prueba, fase que se lleva a cabo en los actos de proposición de manera escrita (demanda, contestación, reconvención y contestación a la reconvención).

Luego, nos encontramos con la etapa de ADMISIBILIDAD, que se realiza en la Audiencia Preliminar; posteriormente con la fase de PRÁCTICA de la prueba (también denominada diligenciamiento o producción), instancias ambas que se desarrollan oralmente. Y finalmente la etapa de VALORACIÓN, actividad que realiza la, o el juzgador en la sentencia que se dicta de forma oral (arts. 93 y 297 nral. 7).

III. PRINCIPIOS PROCESALES QUE INFORMAN LA PRUEBA

La actividad probatoria inserta en el proceso por audiencias se ve nutrida por los principios generales del proceso y los principios específicos en materia de prueba.

Los principios procesales han sido definidos como las líneas directrices u orientadoras que rigen el proceso, plasmando una determinada política procesal en un ordenamiento jurídico determinado y en un momento histórico dado (Véscovi et al., 1992, pág. 40).

En consonancia con el sistema general del proceso por audiencias (pág. 32) el CO.GE.P recoge a texto expreso el **Principio de Inmediación** (art. 6) de especial relevancia en la actividad probatoria. La consagración de la inmediación lleva ínsita la prohibición al juez de delegar su potestad jurisdiccional y refiere a la forma en que la, o el juez asimila, o toma contacto con el material de conocimiento.

Este principio implica la comunicación personal del juez con las partes, el contacto directo entre juez y partes con los actos de adquisición, fundamentalmente en la etapa de práctica de la prueba, como instrumento para llegar a una íntima convicción para el posterior dictado de la sentencia.

El art. 81 dispone que el juzgador o juzgadora tiene que estar presente en todas las audiencias y durante todo el transcurso de la misma, admitiendo la sustitución del titular únicamente por caso fortuito o fuerza mayor. Es en función de este principio que la juzgadora o el juzgador, tienen el poder, deber de escuchar y fundamentalmente dialogar con las partes, las o los letrados, las o los testigos y demás sujetos que participan del proceso. La percepción del juez a través de los sentidos, apreciando reacciones y gestos, es de fundamental importancia para apreciar la autenticidad y espontaneidad de una declaración. Y esta inmediación es recíproca, ya que es esencial que la, o el juez vea y escuche a las partes (a los testigos, etc.) así como también que estas vean quien los juzga. La experiencia nos indica que la sola presencia de la, o el juez inhibe al testigo de mentir, de exagerar y que la presencia del juez lo constriñe a decir la verdad.

Este principio se efectiviza sancionado con nulidad insanable la actividad procesal realizada sin la presencia del juzgador/a (art. 6), disponiendo que la inasistencia del solicitante a una medida a la diligencia tendrá los mismos efectos de la falta de comparecencia a las audiencias (art. 123. nral 2),

ordenando la comparecencia obligatoria del perito a la audiencia de juicio, a los efectos de ser interrogado por el juzgador (art. 222 inc. 2), entre otros.

Estrechamente vinculado al principio de inmediación encontramos el **Principio de Oralidad** que refiere al medio de expresión que se utiliza en el proceso.

Este principio es recogido a texto expreso en el art. 4 del CO.GE.P y cobra especial relevancia en materia probatoria, al preverse expresamente que todas las diligencias se desarrollarán oralmente, declaración de testigos, de parte, de peritos, etc.

Otro de los principios generales del proceso que informan la actividad probatoria es el **Principio de Dirección** previsto en el art. 3, conforme al cual la, o el juzgador ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias. La o el juzgador debe asumir en la audiencia un rol de director, actuando con mesura y razonabilidad, cuidando en todo momento su imparcialidad.

En función de este principio, la o el juzgador podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas.

El CO.GE.P. consagra también el llamado **Principio de Moralidad,** que se constituye en el conjunto de reglas de conducta al que deben ajustar su comportamiento procesal todos los sujetos procesales, sancionando los actos probatorios realizados con malicia, mala fe o inmorales.

Así el art. 160 dispone que la prueba se practicará con lealtad, buena fe y veracidad y que la, o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal buscando de este modo lograr una tutela judicial efectiva. El mismo artículo excluye la admisibilidad de la prueba ilegal o ilícita, aquella obtenida en violación de la ley o la Constitución, así como también la obtenida por simulación, dolo, fuerza física, inmoral, soborno.

Otra de las manifestaciones de este principio se encuentra en el art. 173 al disponer que cuando las alegaciones de falsedad se decidan en contra de quien la propuso, la o el juzgador sancionará la mala fe y deslealtad procesal conforme con la ley e igual sanción se aplicará a la parte que presentó la prueba, cuando en el proceso se ha justificado la falsedad.

Al regular la prueba documental, el art. 220 establece la posibilidad de que la parte que requiera un documento privado que se encuentre en poder de la contraparte, pueda pedirle a la o al juzgador que ordene su presentación hasta la audiencia. Si el que se presume tenedor del documento confiesa que se halla en su poder, estará obligado a presentarlo. Y de no cumplirse la orden judicial o demostrar que el documento no existe o no está en su poder, la o el juzgador sancionará la mala fe y deslealtad procesal de quien incurra en ella.

El art. 159 consagra un concepto amplio de medio de prueba admitiendo cualquier tipo, pero con la salvedad de que no violente el debido proceso ni la ley. Y el art. 170 permite a las partes objetar las actuaciones contrarias al debido proceso o lealtad procesal, así como los actos intimidatorios o irrespetuosos contra partes, testigos, peritos o cualquier presente en las audiencias.

Otro de los principios que dirigen o informan la actividad probatoria es el **Principio de Necesidad** ínsito en el art. 162 en cuanto establece que es necesario probar los hechos alegados por las partes y que han sido controvertidos en el proceso,

A lo expresado se agrega que la o el juzgador no puede aplicar el conocimiento propio o privado que pudiera tener de los hechos del proceso, desde que constituye una garantía para las partes que las pruebas en las que este basará su fallo surjan del expediente y no resulta admisible que provengan de otras fuentes (Véscovi et al., 1998, págs. 32-33).

Los hechos controvertidos son los únicos que deberán ser probados por lo que quedan excluidos los imposibles, los notorios o públicamente evidentes así como también los que la ley presume de derecho (art. 163).

El **Principio de contradicción, o**tro de los principios procesales que guía la actividad probatoria, fue recogido expresamente en el art. 165 y consiste en el derecho que tienen las partes de conocer en tiempo y forma la prueba ofrecida por su contrario, a fin de posibilitar su oposición y ejercer su derecho de contradicción.

Este principio tiene trascendencia en las diversas etapas en las cuales se puede anunciar prueba. Si la prueba es anunciada en la demanda, la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción será al contestarla. Si la prueba es anunciada al contestar la demanda, la posibilidad de contradecirla será en el término de diez días establecido en el inciso. 4 del art. 151 que también prevé la posibilidad de anunciar, dentro de este término, prueba nueva sobre los hechos expuestos en la contestación.

Este principio se pone de relieve también al prever la posibilidad de contradecir y ofrecer contraprueba en los casos de ofrecimiento de prueba nueva o denuncia de hechos nuevos (art. 166 y 148) a los que nos referiremos más adelante.

Vinculado a la fase de valoración probatoria encontramos el **Principio de Unidad** recogido en el art. 164 del CO.GE.P. En palabras de Parra Quijano (1986, pág. 8) al proceso "no se aporta una sola prueba sino varias, inclusive de la misma especie, pero en todos los casos la necesidad de estudiar la prueba como un todo salta a la vista".

Por lo que la o el Juzgador, al disponerse a dictar sentencia tendrá que valorar la prueba como un todo, como una unidad y en su conjunto.

Finalmente y también vinculado a la etapa de valoración o apreciación de la prueba, encontramos el principio de la evaluación o aplicación conforme con las reglas de la **sana crítica**.

Este sistema de valoración probatoria que se ha considerado el más adecuado al proceso oral y por audiencia, ha sido adoptado por varios Códigos de procedimiento de la región, siguiendo el ejemplo del Código Modelo para Iberoamérica (Véscovi et al., 1998).

En consonancia con ello el art. 164 del CO.GE.P dispone que la prueba deberá ser apreciada por las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescriptas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

IV. EL ANUNCIO DE LA PRUEBA.

Siguiendo la tendencia de los modernos códigos de procedimiento el art. 142 del CO.GE.P dispone que en la demanda se deban anunciar los medios de prueba que se ofrecen para acreditar los hechos alegados (art. 142 numeral 7 y 143).

El motivo o razón de esta disposición se encuentra vinculado a los principios de buena fe y lealtad procesal, moralizando de esta forma el proceso.

En efecto, como decía Véscovi (1995, pág. 137), de esta manera las partes quedan obligadas a poner las cartas sobre la mesa desde el comienzo evitando ocultamientos o sorpresas, solución de esencia en el proceso por audiencias.

La misma previsión realiza el art. 152 respecto de la contestación de la demanda y respecto de la reconvención y contestación a la reconvención por la remisión realizada por los arts. 154 y 155.

En consecuencia tanto en la demanda como en la contestación se deberán anunciar todos los medios probatorios.

A estas oportunidades se agrega la posibilidad para el actor de anunciar prueba referida a los hechos expuestos en la contestación tal como lo dispone el art. 151 nral. 4º.

El nuevo Código establece expresamente cuáles son los documentos que corresponden acompañar con la demanda (art. 143) y con la contestación (art 152) previendo también que para el caso de que no se disponga del documento se debe describir su contenido, indicar el lugar en que se encuentran y solicitar las medidas tendientes a su incorporación[10].

Esta exigencia de anexar todos los documentos en los actos de proposición tiene por finalidad también evitar la desventaja de ignorar la existencia de documentos que puedan ser fundamentales en la defensa del juicio (Véscovi et al., 1995, pág. 140).

En lo que refiere a la prueba testimonial, las partes tienen también la carga de realizar la individualización de los testigos y de indicar los hechos sobre los cuales declararán (arts. 142 nral. 7 y 152), permitiendo que la contraria ejerza su derecho de defensa mediante el ofrecimiento de contraprueba.

También se requiere especificar los objetos sobre los que versarán las diligencias, como la inspección judicial.

En el caso de la prueba pericial, de acuerdo a los términos que surgen de los arts. 142 numeral 7 y 151 inc. 2, en la demanda y contestación se acompañarán los informes de los peritos que deben estar acreditados por el Consejo de la Judicatura (art. 221 inc. 2). En caso de que no se tenga acceso a la prueba pericial se describirá su contenido, se indicará el lugar que se encuentra y se solicitarán las medidas pertinentes para su práctica.

[10] Por otra parte, el art. 142 nral. 7 establece que si no se tiene acceso a las pruebas documentales o periciales se describirá su contenido, se indicará el lugar en que se encuentran y se solicitará al juez la adopción de medidas tendientes a su incorporación. Previsión que también es recogida en el art. 220 cuando el documento que se ofrece como prueba se encuentra en poder de la contraparte.

Estas disposiciones se complementan con lo dispuesto por el art. 227 inciso 2 que en sede de Prueba Pericial establece que las partes procesales podrán sobre un mismo hecho o materia, presentar un informe elaborado por una o un perito designado. También deben tenerse presentes los arts. 225 y 226 que refieren a los informes periciales presentados por las partes y disponen que cuando se justifique no tener acceso al objeto de la pericia, se solicitará en los actos de proposición que la o el juzgador designe un perito.

La lectura armónica de las disposiciones referidas nos permite concluir, en lo que refiere a la prueba pericial, que las partes tienen la carga de presentar los informes periciales en los actos de proposición y que únicamente en caso de no tener acceso al objeto de la pericia, se podrá solicitar al Juzgador que designe un perito.

Continuando con el análisis del anuncio de la prueba, cabe señalar que el CO.GE.P admite que en determinadas hipótesis pueda anunciarse prueba con posterioridad a los actos de proposición.

Así el art. 166 refiere a la prueba nueva exigiendo para su ofrecimiento o anuncio que se acredite que no fue conocimiento de la parte a la que beneficia, o que habiéndola conocido no pudo disponer de la misma. Esta prerrogativa para la parte precluye cuando el juzgador convoque a la audiencia de juicio.

El CO.GE.P refiere también a la prueba nueva en el art. 151 numeral 4 donde prevé que el actor podrá anunciar nueva prueba luego de contestada la demanda, a condición de que refiera a los hechos expuestos en la contestación.

En el art. 148 se regula la posibilidad de ofrecer prueba en caso de que luego de formulados los actos de proposición, sobrevenga un hecho nuevo. La denuncia del hecho nuevo habilita la modificación de la demanda y al mismo tiempo habilita al demandado a contradecir y a anunciar prueba.

Por último, en segunda instancia y de acuerdo a lo previsto por el art. 258 se podrá anunciar prueba al fundamentar y al contestar el recurso siempre que se trate de hechos nuevos. No obstante, el inciso final admite también el anuncio de prueba sobre los mismos hechos, si no fue posible obtener la prueba con anterioridad.

V. LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA

Luego de culminada la fase de anuncio ingresamos en la etapa de admisibilidad de la prueba que se lleva a cabo en la Audiencia Preliminar.

Esta audiencia, como decía Barrios de Angelis (1989, pág. 249) es la reunión de las partes y el tribunal, ya iniciado el proceso y que se celebra con anterioridad a la producción de la prueba, a los efectos de excluir el proceso mismo, reducir su objeto, denunciar o adelantar prueba.

La Audiencia Preliminar cumple un rol fundamental en el proceso al concentrar una serie de actividades que preparan los actos procesales que le siguen; es decir, decide cuestiones que son de necesaria resolución para poder continuar con el iter procesal.

Siguiendo las tendencias más modernas del derecho procesal, el CO.GE.P incluye en la Audiencia Preliminar (art. 294) la realización de una serie de actividades con la finalidad de dar impulso al proceso, ordenarlo y prepararlo para el diligenciamiento de la prueba.

En esta audiencia, que contará con la presencia preceptiva de las partes y del tribunal (arts. 81 y 293), se resolverán todas aquellas cuestiones que pueden impedir o dificultar el normal desenvolvimiento del proceso (excepciones, nulidades, cuestiones relativas a terceros, aspectos vinculados a la competencia), por lo que ha sido calificada por la doctrina como "despacho saneador".

Otra función que cumple esta audiencia es la conciliadora, que el CO.GE.P en forma muy acertada la establece como un deber para el Tribunal y que puede resultar en la finalización del proceso, o en una reducción de su objeto en caso de arribarse a una conciliación parcial.

Luego deberá establecerse el objeto de la controversia, ya que de esta manera podremos determinar cuáles son los hechos efectivamente controvertidos y que en consecuencia requieren ser probados. La fijación del objeto de la controversia, o del proceso resulta imprescindible y trae como corolario la fijación del objeto de la prueba que serán practicadas en correlación con el objeto fijado. Y por tal motivo Gozaini (1989, pág. 29) define a la Audiencia Preliminar como el instituto de naturaleza procesal, que procura definir el material probatorio que deba producirse en relación con los hechos controvertidos y conducentes a la causa.

Una vez cumplidas las etapas relacionadas las partes anunciarán la totalidad de sus pruebas y formularán las objeciones que tengan respecto de la prueba ofrecida por su contraparte (art. 294 numeral 7 literal a). E incluso se otorga a la, o el Juzgador la facultad de ordenar la práctica de prueba de oficio (artl. 294 numeral 7 literal c). Acto seguido, la o el Juzgador podrá ingresar a calificar los medios de prueba anunciados por las partes, y calificarlos en base a su conducencia, pertinencia y legalidad.

En esta fase de la audiencia las partes podrán solicitar el rechazo de los medios de prueba ofrecidos por la contraparte que no requieran prueba o que por ejemplo, refieran a hechos notorios (Couture, 1942) [11].

Luego la o el Juzgador resolverá sobre la admisibilidad de la prueba, calificando su conducencia, pertinencia y utilidad[12] y rechazará la práctica de medios de prueba ilegales. También desestimará las pruebas ilícitas[13], esto es, las que fueron obtenidas o practicadas con violación a los requisitos formales, normas constitucionales, e instrumentos internacionales.

[11] Couture define al hecho notorio como aquel que entra naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión".

[12] El art. 161 del COGEP regula en un mismo artículo la conducencia y pertinencia. Y dispone que la conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar el hecho a probar. La prueba inconducente ha sido definida como aquella que tiene idoneidad legal para demostrar un hecho determinado y la pertinente es la que tiene relación con el hecho a probar (Véscovi et al., 1992, pág. 372).

[13] Prueba ilícita es aquella que resulta inadmisible por ser contraria a la ley, por razones especiales o

Se prevé también la posibilidad de que las partes en esta audiencia celebren acuerdos probatorios, cuando convengan en la falta de necesidad de probar un determinado hecho, o en la ausencia de motivo para que los peritos concurran a declarar a la Audiencia de Juicio.

Finalmente se fijará la fecha para la celebración de la Audiencia de Juicio, no obstante lo cual, en caso de ser necesario el diligenciamiento de algún medio de prueba con anterioridad a la misma, por ejemplo una inspección judicial, se harán los señalamientos correspondientes (art. 294 nral. 7 lit. e).

VI. LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA - AUDIENCIA DE JUICIO

La actividad principal a realizar en la Audiencia de Juicio es la probatoria y en esta etapa se ponen de manifiesto una vez más los principios procesales de inmediación, oralidad y contradicción.

Como lo dispone el art. 297 (numerales 1 y 2) luego de la lectura del extracto del acta de la Audiencia Preliminar la parte actora formulará su alegato inicial y determinará el orden en que se practicarán las pruebas y luego hará lo propio la parte demandada.

Posteriormente, la o el juzgador ordenará la práctica de las pruebas que habían sido admitidas en la Audiencia Preliminar y comenzarán a practicarse.

En cuanto a la prueba documental, se dará lectura y exhibirán los documentos en su parte pertinente (196 numeral 1). El CO.GE.P utilizando un criterio moderno considera documentos a las fotografías, grabaciones, audiovisuales u otro electrónico, los cuales se reproducirán en la audiencia en la parte pertinente por medio idóneo.

Se establece que la prueba "actuada" queda en poder de la, o el Juzgador para tenerla a la vista para el dictado de la sentencia, sin perjuicio de lo cual las partes pueden volver a usarla, o actuarla. En el caso de que se trate de documentos de gran volumen el art. 204 admite la agregación mediante esquemas o resúmenes, no obstante lo cual se deberán poner a disposición de la contraparte para permitir su examen o fotocopiado con una antelación de 15 días antes de la Audiencia de Juicio.

La o el Juzgador hará el examen directo de los medios de prueba, cumpliendo así con los principios de inmediación y oralidad.

La declaración de los testigos se realizará en esta audiencia de Juicio directamente, o por videoconferencia u otro medio (art. 192) y comparecerán asistidos por su defensora/o bajo pena de nulidad (art. 177). Esta disposición implica la inadmisibilidad de la agregación de declaraciones de sujetos realizadas fuera del proceso, tomadas en forma extrajudicial ya que no cuentan con la garantía del contradictorio.

La o el Juzgador debe tomar juramento y advertirle al declarante su obligación de decir la verdad, luego será interrogado por quien propuso al testigo, luego por la contraparte y finalmente el Juez puede pedir aclaración sobre un tema puntual indispensable (arts. 174,176, 177 y 178). Al testigo se le prohíbe leer notas o apuntes durante la declaración, salvo cifras o valores (178.4), tampoco

porque en su producción se atentó contra principios fundamentales, por ejemplo por haber sido obtenida por medios ilícitos) (Véscovi, 1970, pág. 35)

puede comunicarse con otros testigos, mientras esperan a ser llamados (179) y así como tampoco ser informados de los que ocurre en la audiencia (179).

En cuanto a los deberes del testigo se establece que debe responder las preguntas formuladas por los abogados y el Juez está facultado a ordenarle que responda (175) salvo las excepciones previstas a texto expreso[14].

Como decíamos, los principios de inmediación y oralidad se ponen de manifiesto en esta audiencia en la que se lleva a cabo la práctica de la prueba y conforme lo dispuesto en los arts. 3, 174, 177 y 178 será el Juez en ejercicio de su poder de dirección que controlará las actividades de las partes, calificará las preguntas que se realicen a los testigos, pudiéndose oponer las preguntas inconstitucionales, impertinentes, capciosas, obscuras, compuestas, y las destinadas a coaccionar al declarante (art. 177 numeral 8).

En lo que refiere a la prueba pericial, los peritos tienen el deber de comparecer a la audiencia de juicio a los efectos de ser interrogados. Las sanciones en caso de incomparecencia injustificada van desde la pérdida de la eficacia probatoria del dictamen, hasta la pérdida de la acreditación en el registro del Consejo de la Judicatura. El perito podrá ser interrogado, bajo juramento, por las partes acerca de su idoneidad, imparcialidad y contenido del informe. Las partes podrán durante la Audiencia de Juicio presentar pruebas no anunciadas, a fin de acreditar la parcialidad del perito, falta de idoneidad, ausencia de rigor técnico o científico de las conclusiones, y cualquier otra destinada a impugnar la credibilidad.

En el caso de que los informes presentados por las partes sean recíprocamente o esencialmente divergentes sobre un mismo hecho los peritos deberán comparecer a un debate que se realizará en la Audiencia (art. 225). Si luego de realizado el debate, la o el juzgador mantiene dudas sobre las conclusiones de los peritajes presentados por las partes, designará mediante sorteo en la Audiencia un nuevo perito, entre los acreditados por el Consejo de la Judicatura (art. 226), cuyo informe deberá ser puesto en conocimiento de las partes inmediatamente (art. 225). Luego del interrogatorio y contra-interrogatorio, de existir divergencias entre los peritos, se abrirá un debate entre ellos que será conducido por la o el juzgador. Posteriormente la o el juzgador abrirá un nuevo interrogatorio y contra-interrogatorio que tendrá por objeto únicamente los aspectos en los cuales se mantengan las divergencias (arts. 223 y 226).

[14] El art. 175 prevé que el testigo se puede negar a responder cuando le provoque responsabilidad personal, a su cónyuge o conviviente o familiares (salvo estado civil o familia), o cuando hacerlo implique violación del deber de guardar secreto: por estado, profesión, oficio, empleo, arte.

En lo que refiere a inspección judicial, si bien por su propia naturaleza se realiza fuera del recinto de la sede judicial, debe cumplirse conforme a lo regulado respecto de las audiencias, debiendo comparecer las partes y la o el juzgador, que en ejercicio del poder de dirección dirigirá la diligencia (art. 230).

Una vez actuada la prueba, las partes alegarán y luego la o el juzgador, previa valoración de la prueba producida, dictará en forma oral la sentencia, pudiendo suspender su dictado a fin de formar su convicción, no obstante deberá reanudarla dentro del mismo día.

VII. CONCLUSIÓN

1. La incorporación del proceso por audiencias determina un avance sustancial para el sistema judicial poniendo fin al proceso escrito.
2. La ejecución de los principales actos procesales en forma oral en la Audiencia Preliminar y de Juicio y la presencia preceptiva de la o el juzgador y de las partes, trae como consecuencia la moralización del proceso.
3. El CO.GE.P. centra la actividad probatoria en las audiencias, previendo que dos de sus fases principales, la admisión y la práctica, se realicen en forma oral, en aplicación de los principios procesales de inmediación, oralidad, dirección y contradicción.
4. Auguramos que la puesta en funcionamiento del CO.GE.P. será un éxito para la Justicia ecuatoriana.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos.* Quito.

Barrios de Angelis, D. (1989). *El proceso civil.* Montevideo: Idea.

Couture, E. (1942). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires: Depalma.

Gozaini, O. (1989). La audiencia preliminar en Argentina. *Vas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal* (pág. 29). Colonia del Sacramento: Universidad.

Parra Quijano, J. (1986). *Manual de Derecho Probatorio.* Bogotá: Librería del Profesional.

Véscovi, E. (1970). Premisas para la consideración del tema. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 345.

Véscovi, E., De Hegedus, M., Klett, S., Cardinal, F., Simón, L. M., & Pereira Campos, S. (1998). *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado.* (Tomo IV). Montevideo: Ábaco.

Véscovi, E., De Hegedus, M., Klett, S., Landeira, R., Simón, L. M., & Pereira Campos, S. (1992). *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado.* Montevideo: Ábaco.

Véscovi, E., De Hegedus, M., Klett, S., Minvielle, B., Simón, L. M., & Pereira, S. (1995). *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado.* (Tomo III). Montevideo: Ábaco.

Viera Cuello, L. (1989). Audiencia preliminar. *Vas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal* (pág. 85). Colonia del Sacarmento: Universidad.

LA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO EN EL TRIBUNAL PENAL

Pablo Vallejo Lecaro[15]

I. PRELIMINARES

La oralidad como método procedimental para la sustanciación de los procesos judiciales en la República del Ecuador, es el método propositivo, que hoy rige en nuestro sistema judicial y que tanto en los procesos civiles, como en los procesos penales se ha instaurado como mecanismo para que las partes contendientes puedan ejercer sus acusaciones, sus excepciones, réplicas y contra replicas.

Atrás quedo el método escriturario que llevaba a la autoridad judicial a evaluar los alegatos en páginas innumerables, que no obedecían a principios universales del derecho, sino que servían para el lucimiento retórico, y por qué no, la exaltación del acontecimiento jurídico, que servía para ilustrar al Juez sobre aspectos de connotación procesal, a veces epidérmicos y en otras ocasiones de orden sustantivo, que dependiendo de la significación del alegato escrito, servía para definir una determinación dirimente en casos conflictivos.

Al agotarse, el método escriturario como sistema procesa listico rutinario y estridente, se escogió el sucedáneo sistema normativo, que amparado en principios universales constitucionales dieron origen a un escenario jurídico, que proporcionaba confianza y seguridad; tanto por el régimen de utilización de principios procesales, cuanto por la connotación de alcanzar equidad, orden y aplicación de reglas claras, eficaces y que le daban celeridad al sistema de justicia ecuatoriano.

Así, tanto en el sistema civil, como en los sistemas penales la oralidad constituyo el mecanismo sincero, ágil y prístino para la realización de la justicia; su aplicabilidad a base de principios y su valoración del objeto, así como el objeto de la valoración representa para el Juez un desafío para ponderar entre lo justo y lo legal, entre la búsqueda de elementos presupuestario del tipo penal en la conducta y las implicaciones de orden social que el fenómeno delictivo tenga en la sociedad; se instauró en la Justicia Ordinaria un método de apreciación valorativa de las pruebas, que van más allá de la significación probatoria para la conciencia del Juez, que no deberá entregarse, como antes, como siempre, al método positivista de aplicación fría de la Ley, pues su estado de conciencia Constitucionalista, lo obliga a comportarse de manera distinta en la dirimencia del caso.

II. SISTEMA JUDICIAL PUNITIVO EN LA ETAPA FINAL DEL JUICIO

Corresponde concretamente, referirnos a la última etapa del Juicio Penal que corresponde sustanciarla en la Audiencia de Juzgamiento, ante los Miembros de un Tribunal Penal; para ir señalando caracteres de orden particular, el Legislador encontró necesario destacar con el nombre de **Tribunal de**

[15] Magíster en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, Universidad de Guayaquil. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Instituto Superior de Criminología y Ciencias Penales "Dr. Jorge Zavala Baquerizo". Doctor en Jurisprudencia, Universidad de Guayaquil. Diplomado en Derecho Penal, Universidad de Salamanca – España. Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, Universidad de Guayaquil. Docente de la Universidad Espíritu Santo.

Garantías Penales a los Miembros juzgadores en esta última etapa del juicio, con el propósito de adjudicar a la preparación de cada uno de sus componentes una mentalidad de tipo constitucionalista, que refleje la aplicabilidad de Garantías Jurisdiccionales de orden progresivo en cada fallo o sentencia dictada. Para tal efecto el Presidente del Tribunal de Garantías Penales debe cumplir con ciertos "ritos procesales", como por ejemplo al juramentar a un testigo que se presente en la Audiencia Oral de Juzgamiento; así como también debe cumplir con el tratamiento del Principio de Igualdad Procesal, que requiere para su seguridad y garantía, la exhibición de pruebas documentales, que una parte deberá exhibir a la contraparte, en cada instante de la incorporación probatoria de documentos dentro de la Audiencia Oral de Juzgamiento.

No es exageración decir, que quien dirige la Audiencia Oral de Juzgamiento, debe hacerlo con tal equilibrio y control procesal, para no errar en el avance y progreso de la diligencia, dando garantías de seguridad a los contendores, Fiscal y Acusador que intervienen en el proceso; la concesión del uso de la palabra a los profesionales del derecho que actúan; está reglamentada por la ley y la previsión de las partes para presentar sus pruebas dentro de la Audiencia Oral del Juicio, constituye una garantía de seguridad procesal con el escrito de "petición de pruebas" que deben los contendientes presentar con una anticipación de cinco días hábiles antes de la Audiencia.

La seguridad procesal que ha marcado el nuevo sistema oral acusatorio de juzgamiento en la Etapa Final del Juicio Penal, cubre la citación y notificaciones a los testigos, peritos para la comparecencia a la Audiencia, con una anticipación suficiente, como para que nadie pueda estar ausente el día de la convocatoria a la Audiencia Oral de Juzgamiento, ante el Tribunal de Garantías Penales; pues, mediante los Principios de Publicidad, Inmediación y Contradicción deberá llevarse a efecto el examen y contra examen de cada uno de los testigos y peritos o semejantes que hayan sido llamados a rendir su versión pública, ante los Miembros del Tribunal Penal.

Es característico del Sistema Acusatorio Oral, dejar fluir toda la verdad existente acerca del acontecimiento criminoso a través de las pruebas que se deslizan en la Audiencia Oral de Juzgamiento, toda vez que las pruebas testimoniales, documentales o instrumentales, deberán ser observadas al ser exhibidas por las partes concurrentes y tanto peritos como testigos podrán ser interrogados, ya sea con presencia autentica de cada uno de ellos, o mediante sistemas telemáticos de actual tecnología (Skipe).

En cuanto al contenido mismo de los testimonios rendidos, estos no podrán apoyarse en lecturas de los archivos que aparezcan en el expediente, pues la base pura de cada uno de estos testimonios se basa en el principio de contradicción, según el cual la revelación de su contenido se sujetara al interrogatorio y contra-interrogatorio de quienes actúan como partes procesales en el juicio oral.

Sin embargo cuando se trate de peritos, que pertenezcan a departamentos oficiales del Sistema Especializado Integral de Investigación, dada la multiplicidad de actos y diligencias realizados diariamente, quienes deponen ante el Tribunal pueden ayudarse con una revisión ligera de los informes que previamente han sido incorporados al expediente y elaborados por ellos.

III. DE LA ACTUACION DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL DE GARANTIAS PENALES

Conocido es el dicho popular que "el Juez no conociendo nada acerca del hecho incriminado, pretende saberlo todo a través de las pruebas presentadas"; de esta manera se presenta el escenario de la Audiencia Oral de Juzgamiento para los integrantes del Tribunal Penal. Su función es la de escuchar, tanto las exposiciones del Agente Fiscal, en su presentación del caso, cuanto oír y apreciar la exposición del Abogado Defensor del procesado, escuchar y oír las versiones de testigos y peritos; así como también escuchar al ofendido y al acusado, sobre las razones, o justificaciones que circulan alrededor de la acción que se persigue; la valoración de las pruebas indican a cada uno de los juzgadores, acerca de la aproximación a la verdad del suceso trascendente del juicio. No obstante, los juzgadores deberán adoptar un comportamiento independiente e imparcial con respecto al seguimiento de las aportaciones probatorias, donde generalmente se recomienda que los Miembros del Tribunal no intervengan de modo general en la diligencia, pero, por excepción podrán estos formular preguntas al testigo o al perito, en caso de la necesidad inminente de aclarar algún aspecto o derivación no revelada, que se derive de su testimonio. Por expresa disposición de la ley, el Presidente del Tribunal Penal que dirige la sustanciación de la Audiencia Oral del Juicio, deberá separar por completo a testigos y peritos del marco de desarrollo donde se desenvuelven las actuaciones en la Sala de Audiencias.

El marco referencial de imparcialidad que debe mantener con celo y vigilancia, el Presidente del Tribunal, lo llevara a dar la oportunidad para que las partes contendientes puedan ser informadas de cada documento que pretenda ser incorporado como prueba documental, pues frente a la presentación de una prueba que relacione lo trascendental del hecho circunstancial del supuesto delito cometido, la defensa deberá estar perfectamente preparada e informada para poder impugnarlo, ya sea por ineficacia probatoria, o vicios de contenido en el documento que pretenda ser exhibido; así como también las partes procesales podrán pedir que se dé lectura al contenido de dichas pruebas, ya para resaltar su impertinencia o ilegalidad, como también para relacionar su profunda contradicción con algún aspecto de la investigación realizada.

IV. ACERCA DE LOS ALEGATOS.

Si bien debemos entender que dentro del juicio oral las intervenciones de los profesionales del Derecho están sujetas al rigor de la ley, no es menos cierto que estas intervenciones están reguladas judicialmente para que puedan presentarse en dos momentos bien diferenciados dentro de la Audiencia Oral de Juzgamiento: primero la denominada etapa de prueba, donde las partes pueden intervenir oralmente haciendo alusión a cada una de las pruebas que exhiben y que previamente han sido determinadas en el escrito de "Petición de Pruebas"; luego de agotadas las exhibiciones probatorias, el Presidente del Tribunal realizará una última proposición a las partes, esto es, si les falta alguna otra prueba que presentar, que lo hagan en ese momento, abriendo de manera inmediata la denominada "etapa de los debates" donde el Agente Fiscal, el Procurador Judicial de la Acusación

Particular y el Defensor Particular del Procesado, formularan sus correspondientes alegatos, expresando un resumen del contenido de las pruebas presentadas y de su referencia ya sea al esclarecimiento del hecho, o al desvanecimiento de la grave presunción que se presentaba contra el acusado; en estas alegaciones se harán trascendentes los aspectos de señalamiento, ya sea de la directa relación entre el hecho criminoso y el acusado; como también la desvinculación entre este y el hecho cometido, según proceda originario de la representación que ostenten los Procuradores Judiciales en este mismo orden.

Los alegatos constituyen la expresión fundamental del Principio de Oralidad, que sirve para convencer a los juzgadores del razonamiento judicial apropiado, por lo cual el profesional del derecho hará uso de todas sus cualidades argumentativas, sin exagerar, aproximándose a la verdad del hecho trascendente ocurrido.

V. SOBRE LA ARGUMENTACION JURIDICA EN LOS ALEGATOS.

La exposición del Fiscal y del Defensor Público o Privado, cuando se trata de atribuir responsabilidades o de desvanecerla en su caso, provienen de la exaltación de aquellos beneficios que trae la presentación de pruebas documentales, testimoniales e instrumentales; de la ventaja de esta exaltación nacen los argumentos que pudieran en un momento dado determinar la razón jurídica del caso, pues, la concordancia entre una prueba y otra, o la armonía de conjunto que pueda destacarse entre un testimonio y otro corresponderá el antecedente de la conclusión que puedan los jueces convencerse para su posterior motivación en la decisión judicial; es por ello trascendental, introducir reflexiones jurídicas (con fundamentación de las pruebas aportadas) que influyan en el razonamiento que haga posteriormente el juez para la justificación de su sentencia.

Según autores modernos como Manuel Atienza, en los alegatos que el profesional deba presentar debe existir siempre un "paradigma de argumentación constitucional", que debe reflejar la proposición de aplicabilidad progresiva de uno o de varios principios que rigen los derechos fundamentales, expuestos en la Constitución de la República del Ecuador; dependiendo de la claridad de pensamiento, de la introducción argumentativa que se exponga en el alegato, con relación a cualquiera de estas normas constitucionales, el juez se sentirá obligado; debido a su propia condición de "garantista" de los derechos incorporados a la constitucionalidad, asumirá este razonamiento jurídico con criterio normativo como preponderante, toda vez que de conformidad con la Carta Magna en su Art.11 numeral los fallos, resoluciones o sentencias que se dicten, deberán ser de orden progresivo y no regresivo de conformidad con los principios de la justicia constitucional.

Por tanto, si los alegatos contienen un profundo contenido de interpretación y aplicación de las garantías constitucionales, estas deberán reflejarse en la motivación que los jueces y tribunales expongan en sus decisiones.

VI. RELACIÓN ENTRE LA ORALIDAD Y EL PRINCIPIO DE CELERIDAD EN LA SUSTANCIACIÓN DE LOS PROCESOS PENALES.

Durante el tiempo de vigencia del sistema inquisitorial en el Procedimiento Penal Ecuatoriano, donde se advertían vicios y defectos en la tramitación de los procesos, que profundizaban expresamente en inequidades; por ejemplo la utilización de la privación de la libertad de los ciudadanos, como primera razón de la sostenibilidad de la justicia penal; se deslizaban entre los afectados por estas inequidades judiciales, terribles ansiedades por pérdidas de tiempo, acumulación de causas, escasos despachos judiciales y una profunda indiferencia por parte de funcionarios judiciales, se creó de manera oportuna, dentro del Sistema Normativo Constitucional y en especial el relativo a los principios procesales penales, el principio de celeridad, que llevaba a la obligación de despachos consecutivos que hacían relación al denominado **Debido Proceso,** que a su vez comprendía el respeto por los tiempos de duración de las diversas etapas del proceso penal ecuatoriano; procurando respetar la libertad del hombre, de utilizar la privación de la libertad como último recurso en las medidas cautelares indispensables para vincular al acusado dentro del desenvolvimiento del juicio; así como también obligar a que fiscales y jueces, secretarios y auxiliares de los despachos judiciales, prevean un control de atención y despacho de las diligencias que se procuran por efecto del debido proceso. El Principio de Celeridad en utilización del Sistema Oral Acusatorio, trajo necesariamente el concurso de otros principios como el Principio de Concentración, de Inmediación y de Contradicción, así como también el Principio de Publicidad dentro del orden de la oralidad; básicamente se trataba de simplificar, garantizar a los usuarios, la cristalinidad de la justicia, y el restablecimiento de la confiabilidad en los sistemas operacionales del enjuiciamiento punitivo.

VII. SOBRE LA AGILIDAD PROCESAL EN EL PRONUNCIAMIENTO DE SENTENCIA.

Una vez cumplidos los aspectos internos de la denominada Etapa del Juicio ante el Tribunal de Garantías Penales, la ley vigente exige que luego de una corta deliberación, los Miembros del Tribunal en ese mismo instante de poner fin a la diligencia oral del juicio, se pronuncie sobre la decisión general de culpabilidad, o de absolución del acusado, a fin de que este públicamente conozca si su conducta ha sido estimada para la imposición de una pena, o para la exculpación de dicha acción incriminatoria que lo había sometido al Proceso Penal; por mucho tiempo atrás la demora en el pronunciamiento de los Tribunales Penales para conocer su decisión, había constituido en la colectividad, en el procesado y en sus familiares, una rémora desesperante, que impedía conocer la definición tomada por los juzgadores luego de la audiencia del juicio; esta dificultad había anidado espacios de corrupción, de irregularidades e injusticias, que llevaban hacia una total desconfianza en el sistema de la justicia penal en el Ecuador. Se encuentra en vigencia como extensión de la celeridad, la inmediatez de los juzgadores de pronunciarse después de escuchar los alegatos de las partes, de hacer una evaluación de las pruebas aportadas y del esclarecimiento de la verdad sobre el hecho trascendente constitutivo de un delito, que ha eliminado las posibilidades de dudas y de desconfianza en la sustanciación de los juicios penales en nuestra República.

VIII. CONCLUSIONES:

1. La etapa del juicio, es la tercera y última en el sistema penal ecuatoriano, que basada en la oralidad, y en los principios de inmediación, celeridad y contradicción, se realizan ante tres miembros de un Tribunal de Garantías Penales.
2. La Audiencia Oral de Juzgamiento, es la única diligencia que se realiza con el concurso de las partes ante un Tribunal Penal, en una sola ocasión, donde las exposiciones orales se realizan en dos momentos que son: la etapa probatoria y la etapa de los debates.
3. El sistema oral punitivo en el Ecuador, tiene sus fundamentos de los principios constitucionales que rigen el pensamiento normativo, tanto en los fiscales, jueces, abogados defensores y toda la ciudadanía que acuda al servicio judicial.
4. Las aportaciones probatorias, que pueden ser testimoniales, instrumentales o documentales, deberán responder al Principio de Eficacia Jurídica para su valoración probatoria, y complementarse con los informes que rindan los peritos, testigos o expertos que conozcan de la individualidad de la prueba aportada.
5. El examen y contra examen que se haga de los testigos y peritos en la Audiencia Oral de Juzgamiento ante el Tribunal Penal, es un derecho que tienen las partes para destacar la verdad o la falsedad de cualquiera de estas versiones, realizando dentro del interrogatorio, preguntas, que no sean ni inconstitucionales ni capciosas, ni tampoco contrarias al derecho común.
6. La concatenación y armonía de las pruebas presentadas deduce el pronunciamiento en alegatos de cada uno de los actores o sujetos procesales dentro de la diligencia oral del juicio y propenderá a la utilización de los principios de la justicia constitucional, para convencer a los jueces y magistrados de la verosimilitud de sus asertos.
7. Del extracto de argumentaciones jurídicas expuestas con claridad por los sujetos procesales en la etapa de los debates, los miembros del tribunal penal asimilarán la verdad acerca del hecho que ha sido investigado, pronunciado y expuesto en la etapa del juicio; esto significa que es el comienzo y desenvolvimiento de la motivación que los jueces hagan en el contenido del fallo o sentencia.
8. Al término de la diligencia oral del juicio, los miembros del tribunal penal están obligados a pronunciarse con su definición, sobre la condena o la absolución del procesado, con fines de celeridad procesal y de eliminación de la ansiedad y angustia de los interesados para conocer la decisión judicial.
9. En el contenido de las argumentaciones jurídicas que se pronuncien, tanto de los sujetos procesales en sus respectivas acusaciones, defensa o patrocinio en las causas, deberán emplearse los principios de la justicia constitucional, con todos sus elementos, garantías y protecciones, que tengan relación con el debido proceso y con la protección e igualdad a las partes intervinientes.
10. La etapa del juicio constituye la esencia del juicio de Disvalor, en la cual de las aportaciones probatorias que se incluyan en esta etapa dependerá el objeto de la valoración de cada una de las pruebas, y no la valoración del objeto que se hizo en las etapas anteriores a la audiencia oral del juicio.

LOS ESTÁNDARES Y CARGA DE LA PRUEBA

Patricio Alvarado Luzuriaga[16]

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, nuestro sistema procesal ha conceptualizado a la prueba como una herramienta para determinar la verdad de los hechos alegados por las partes dentro de un proceso judicial. La doctrina tiene gran responsabilidad en esta concepción. Así lo podemos comprobar cuando repasamos las obras de los grandes clásicos del derecho procesal, como Francesco Carnelutti y Piero Calamandrei y de su antecesor Giuseppe Chiovenda. EL mismo Piero Calamandrei afirmó lo siguiente: "la finalidad del proceso no es solamente la búsqueda de la verdad; la finalidad del proceso es algo más, es la justicia, de la cual la determinación de la verdad es solamente una premisa" (1953).

Esta misma tradición la podemos constatar en autores contemporáneos como el profesor Michelle Taruffo, que en varias obras ha sostenido que la determinación de la verdad de los hechos es una "condición necesaria" para alcanzar la justicia de la decisión; dicho de otra forma, en opinión del filósofo italiano, no hay justicia si no se determina la verdad de los hechos (Taruffo, 2009).

Otros autores como el profesor Bruno Cavallone, se apartan de esta concepción sobre la finalidad del proceso y la verdad. Lo conciben como una especie de "juego" retórico, en el que se gana o se pierde, en la que los abogados se enfrentan uno contra el otro frente a un árbitro (el juez), quien decidirá cuál de los dos ha triunfado. Ganará este juego el que mejor se sirva de las herramientas retóricas y de las pruebas para persuadir al juez. Al final, alguno vencerá; pero la determinación de la verdad, bajo esta concepción del proceso, será meramente accidental e (en todo caso) irrelevante (Taruffo & Cavallone, Verifobia, 2012).

Así por ejemplo, la clásica división entre verdad procesal y verdad material demuestra la línea de pensamiento seguida por los autores procesalistas de la familia del civil-law. Dicha división nos deja en claro que aunque reconocen que el proceso no es perfecto, (pues puede arrojar como resultado una aseveración fáctica que no corresponde a la realidad), es siempre deseable que la verdad procesal se acerque en la mayor medida posible a la verdad material. Contradiciendo a algunos autores, para quienes la verdad procesal es la única que puede ser obtenida, debido a las limitaciones normativas que el mismo proceso impone a la prosecución de la indagación sobre los hechos, Michele Taruffo afirma que dichas limitaciones pueden limitar hasta punto la verdad, haciéndola incompleta pero no "cualitativamente distinta" a la verdad material (Taruffo & Cavallone, Verifobia, 2012).

La cultura jurídica anglosajona del common-law desde hace mucho tiempo descartó la idea de la búsqueda de la verdad como la finalidad del proceso. Esto por considerarlo un objetivo epistemológicamente imposible. Para analizar si (y hasta qué punto) esta conclusión (que a su vez es la

[16] Magíster en Derecho Constitucional, Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República, Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Profesor tiempo completo de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo.

premisa sobre la que se construye toda la teoría de la prueba del commom-law) es correcta, es necesario primero analizar brevemente el concepto "verdad".

La teoría de la verdad más extendida entre los diversos autores de derecho procesal es la teoría de la verdad por correspondencia, formulada originalmente por Aristóteles en su obra "Metafísica" y desarrollada más ampliamente por el filósofo polaco Alfred Tarski. Según esta teoría, la proposición "P" es verdadera si y sólo si P. El enunciado de la izquierda (entrecomillado) representa el nombre de la oración sobre la cual nos referimos, mientras que el de la derecha representa el enunciado en sí. Es decir, esa oración "P" será verdadera si y solo si ella tiene lugar en la realidad. Tarski destacó, sin embargo, que esta teoría tiene sentido en lenguajes puramente formales (es decir, en aquellos que emplean fórmulas), puesto que en lenguajes naturales, la verdad del enunciado ("La nieve es blanca", por ejemplo), dependerá del referente que se asigne a dicho enunciado (Tarski, 1944).

Una vez aclarado esto podemos decir que el principal problema del proceso judicial es determinar si se han dado, o no las condiciones bajo las cuales el enunciado "P", expresado por el abogado de una de las partes, es verdadero. Un problema distinto, pero no menos importante, es determinar cuáles son dichas condiciones bajo las cuales el enunciado "P" es verdadero.

La doctrina norteamericana desde hace mucho desechó la idea de que la finalidad del proceso sea encontrar la verdad; en parte porque desde hace mucho desechó también la idea de que sea posible encontrar la verdad respecto de hechos pasados. Esto se debe a todos los obstáculos con que se enfrenta el encargado de encontrar los hechos (el juez, el tribunal, el árbitro o el jurado). Koehler y Meixner identifican algunos de estos problemas: "Llegar a un resultado preciso es la meta del juicio norteamericano. Pero características estructurales del sistema legal, junto con las deficiencias cognitivas de los actores legales dificultan la búsqueda de la verdad. En cuanto al sistema legal, varias reglas y políticas restringen el acceso a las evidencias de los que deciden, violan las leyes de la probabilidad y limitan los asuntos probatorios que pueden ser considerados al decidir. En cuanto a los actores legales, los déficits informativos (particularmente relacionados a evidencia científica y estadística) y prejuicios cognitivos de los investigadores policiales, testigos (periciales y ordinarios), abogados, jueces y miembros del jurado, plantean serios obstáculos" (Koehler & Meixner, 2016).

Así por ejemplo, Michael L. Davis, utiliza el ejemplo de una multa impuesta a un conductor por violar el límite de velocidad, para argumentar que: "(…) el encargado de encontrar los hechos no puede observar la conducta real, sino que observa una variable que es una notoria señal de la verdad (por ejemplo, la lectura de un radar). A partir de esta señal es posible calcular la probabilidad de su culpabilidad"; concluye afirmando que el individuo será culpable si el porcentaje de probabilidad respecto de su culpabilidad excede el del estándar fijado en la ley. (Davis, 1994).

Hay autores que proponen que la diferencia central entre la doctrina civilista y la del common law, en cuanto a su actitud frente a la verdad y al objetivo final del proceso, estriba en la necesidad del primero de buscar la legitimidad del sistema judicial en la afirmación de que este toma sus decisiones basándose en hechos verdaderos y no en meras probabilidades. Así por ejemplo, el profesor Clermont

afirma: "El sistema civilista busca los beneficios legitimadores del mito de que sus cortes actúan sólo sobre la base de hechos verdaderos y no sobre meras probabilidades. Las cortes del common law, buscan legitimidad en otra parte, tal vez en otros mitos"; los mitos del common law a los que se refiere el mencionado autor, consisten en considerar que el jurado, aquel cuerpo imparcial de ciudadanos, encarna el sentido común y los valores de la sociedad. (2004).

En el centro de estas divergencias entre la doctrina civilista y la del common law se encuentra una distinción clave de tipo lógica. Y es que los civilistas construyen todo su aparato teórico sobre la base de la lógica proposicional binaria, para la que existen únicamente dos posibles valores: verdadero o falso. Para esta lógica, un mismo hecho no puede ser verdadero y falso a la vez. Sin embargo, la doctrina probatoria de los países de la familia del common law se construye sobre la base de una lógica ambivalente, según la cual, algunos hechos pueden ser verdaderos y falsos en cierto grado. Es decir, antes que ser simplemente falsa, una proposición bien puede ser verdadera en un 30% (y falsa en un 70%) (Clermont, 2015). Es precisamente esta concepción la que permitirá la coherencia teórica de la existencia de los estándares de la prueba en el derecho procesal; particularmente de aquellos inusualmente altos (convicción más allá de toda duda razonable) e inusualmente bajos (sospecha razonable).

II. ESTÁNDARES DE LA PRUEBA

Es conveniente empezar a abordar este tema con una definición de lo que significan los estándares de la prueba. Como ya se mencionó anteriormente, los estándares de prueba constituyen un mínimo de probabilidad objetiva (respecto de la ocurrencia de un hecho) que debe alcanzarse para considerar un hecho como probado (Davis, 1994).

Este mecanismo para determinar la verosimilitud de los hechos, por medio de mínimos probabilísticos objetivos, se opone al mecanismo que impera en los países de tradición civilista en los que generalmente no se hacen explícitos los estándares probatorios, probablemente debido a la concepción de que los jueces deben decidir simplemente sobre la base de hechos verdaderos.

Así, ante la ausencia de estándares objetivos, suele indicarse que los jueces deben decidir basados en su "íntima convicción de la verdad" o en la "sana crítica", que más que un índice de probabilidad respecto de la ocurrencia de un hecho, es un estándar subjetivo de convencimiento. El problema con estos estándares subjetivos de comprobación de la verdad salta a la vista y es la dificultad patente para poder validarlos intersubjetivamente, principalmente debido a la barrera epistemológica que representa el lenguaje; siempre insuficiente para poder transmitir con precisión cualquier estado de la psiquis.

Según afirma el profesor Clermont, los países de tradición civilista no suelen tener estándares de prueba claramente delimitados, esto debido a que: "La revolución francesa, en su afán de simplificar el derecho civil de la prueba, escondió de la vista los estándares probatorios". Es lo que ocurre también en Japón, donde el profesor Haneko indica que tampoco existen estándares de la prueba definidos claramente, por lo que no existen acuerdos ni en la jurisprudencia ni en la doctrina respecto a cuál debe ser el grado de convicción del juzgador. Indica sin embargo, que el estándar prevalente es el principio

de la "libre convicción" que requiere que el juez: "decida sobre los hechos de acuerdo a su convicción. Aunque no necesita estar tan firmemente convencido de modo tal que no admita lugar a otra lectura diferente de los hechos, sí está obligado a estar convencido al menos al punto en que la gente en general se comportaría en su vida cotidiana, confiando en sus decisiones con plena satisfacción. El juez puede tomar un hecho como cierto, sólo cuando está convencido en un 99% de que es cierto; no puede cuando está convencido sólo en un 70% de que es verdad, pero un 30% de que es falso" (Haneko, 1958).

El caso europeo también es digno de resaltar, pues en el Derecho continental europeo, no se hace distinción entre casos civiles y penales. De hecho, lo que ocurre es que para todo tipo de procedimiento (civil, penal, administrativo, niñez, etc.) se requiere que el juez alcance "la íntima convicción" respecto de la existencia de un determinado hecho pertinente (Clermont & Sherwin, 2002). Nuestro caso es pues, muy similar a los antes anotados, pues tanto nuestro anterior Código de Procedimiento Civil, como el actual; así como nuestro anterior Código de Procedimiento Penal establecían que el juez debe valorar el acervo probatorio de acuerdo con las normas de "la sana crítica". Para otras materias (derecho administrativo, por ejemplo) la ley guarda total silencio respecto de este crucial tema. Nunca hubo un claro acuerdo en torno a qué significa dicho estándar (sana crítica), por lo que, en teoría, todos los casos de todas las materias ameritaban el mismo nivel de convencimiento por parte del juzgador.

Actualmente el Código Orgánico Integral Penal COIP establece el estándar probatorio que comúnmente se establece para esta materia en los distintos países. Este lo encontramos en el numeral 3 del artículo 5 que establece: "(…) la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable".

III. LAS RAZONES DETRÁS DE LOS DISTINTOS ESTÁNDARES PROBATORIOS

Anteriormente se ha mencionado que una de las razones de los países con tradición civilista para decantarse por un estándar subjetivo que pretende decidir sobre la base de hechos ciertos, es la búsqueda de la legitimidad. Sin embargo, una vez que aceptamos que, dados los múltiples obstáculos que antes se anotaron, resulta imposible llegar al conocimiento absoluto de la verdad y abrimos la puerta a la lógica de las probabilidades, descubriremos que de hecho, la determinación de distintos estándares de prueba (más o menos exigentes) para distintas circunstancias (más o menos importantes), tiene un enorme potencial como herramienta de política judicial.

Así por ejemplo, existe una importante razón normativa detrás del estándar penal que exige seguridad "más allá de toda duda razonable". Y es que en todo proceso judicial existe una probabilidad más o menos alta de que el resultado sea erróneo; aquello es inevitable. Ante ello, el legislador racional deberá buscar la manera de disminuir el riesgo de error en contra del demandado (o acusado) cuando las consecuencias del mismo sean muy graves y aumentarlo deliberadamente en pos de la economía procesal, cuando sus consecuencias sean socialmente menos nocivas.

Consideremos por ejemplo el caso del juicio penal que termina en pena de muerte. La consecuencia del error judicial en contra del acusado es extremadamente grave e irremediable, por lo que resulta imperioso disminuir al máximo la incidencia del error judicial estableciendo un estándar de prueba muy riguroso para considerar probados los hechos que conducirían a una sentencia de muerte. El juez de la Suprema Corte de Estados Unidos, Antonin Scalia en su fallo concurrente del caso Kansas V. Marsh (26 de junio de 2006) declaró (citando a Joshua Marquis) que la tasa de error judicial en Estados Unidos bordeaba el 0,027 por ciento; es decir, que el 99,973% de los condenados penalmente fueron realmente culpables. Vale aclarar sin embargo, que estas cifras no significan que el sistema judicial acierte un 99,973% de las veces al determinar la culpabilidad o inocencia de un individuo; sino sólo que el 99,973% de los condenados son realmente culpables. Estas cifras no dicen nada respecto de las personas que, siendo culpables, fueron absueltos de los cargos debido a que el fiscal no pudo recabar evidencia que en su conjunto logre alcanzar el altísimo estándar requerido: "más allá de toda duda razonable". Es decir, hay una relación inversamente proporcional entre estándar de prueba y error judicial: cuanto más alto es el estándar de prueba, menor es la incidencia de lo que en epistemología se conoce como "falsos positivos" *(gente que es condenada sin ser culpable; u obligada sin ser responsable*) y mayor será la incidencia de los "falsos negativos" (*quienes siendo culpables son declarados inocentes; o siendo responsables no son obligados como corresponde*). Por otro lado, cuanto más bajo es el estándar de prueba, mayor será la incidencia de los "falsos positivos" y menor la de los "falsos negativos".

En un reciente estudio se demostró que realmente este 0,027% que citó el juez Scalia es equivocado. Dicho estudio analizó una muestra relevante de 319 individuos condenados a muerte por delito de violación con asesinato de la víctima y lo cotejó con el índice de exoneración de la pena capital (*que ocurre cuando, como último recurso luego de ejecutoriada la sentencia, se le permite al sentenciado realizar una prueba de ADN para determinar su real vinculación con el delito*) que es de 10.5 individuos para esa misma muestra. Obtuvo así que aproximadamente el 3.3% (aunque esta cifra puede ascender hasta el 5% dependiendo de algunas variables) de los individuos condenados a muerte resultaron ser efectivamente inocentes. La información la obtuvo del "Innocence Project" de Cardozo Law School, para el periodo 1982-1989. Esto nos demuestra que durante ese periodo en el que se generaron 2235 sentencias capitales, al menos 74 personas fueron injustamente sentenciadas a muerte (Risinger, 2007).

Nótese el altísimo impacto que un falso positivo tiene en la sociedad cuando hablamos de condenas equivocadas en la que está en juego la vida de una persona inocente. Es por ello que resulta moral y jurídicamente obligatorio emplear los mecanismos jurídicos idóneos para reducirlos. Los estándares de prueba operan como un mecanismo eficaz para reducir la incidencia de falsos positivos al forzar al juzgador a tomar una decisión sobre la base de hechos con una altísima probabilidad de ocurrencia real; sin perder de vista tampoco el impacto que un falso negativo (criminal absuelto) podría tener en la sociedad.

Los estándares probatorios más difundidos en el derecho comparado son:

1. Sospecha razonable
2. Preponderancia de la evidencia
3. Seguridad más allá de toda duda razonable.

1. Sospecha razonable: La Suprema Corte de Estados Unidos ha definido este estándar por debajo del grado de probabilidad presente en una "causa probable"; siendo el grado de certeza presente en la "causa probable" del 50%. Es decir, este estándar, aunque no ha sido claramente definido en términos numéricos, podría decirse que requiere una probabilidad de ocurrencia de menos del 50% como máximo (Lerner, 2006). El valor mínimo, sin embargo, que se requiere para poder dar por probado un hecho bajo este estándar resulta un poco más esquivo de determinar.

La noción del "mero pálpito" puede iluminar un poco este obscuro tema. Según la Suprema Corte en el Caso Terry V. Ohio (1968), es necesario separar los "meros pálpitos" de las "sospechas razonables". Mientras las primeras son: "subjetivas, generalizadas, no razonadas y por tanto, no confiables", las segundas nacen del "frío análisis de evidencia objetiva y particularizada" (Lerner, 2006). De este modo, si es necesario dividir el estándar de la sospecha razonable que se extiende hasta un valor menor al 50% de probabilidad, podríamos situar el valor del "mero pálpito" en un porcentaje aproximado menor al 25%.

Este estándar, el de la sospecha razonable, puede ser usado cuando el valor social del falso positivo sea ostensiblemente alto, mientras el peso de un falso negativo sea ostensiblemente bajo. Se puede poner algunos ejemplos que aunque no están consagrados como tales en una norma jurídica, suelen operar así en la práctica. Piénsese en el caso de un concurso de méritos y oposición en el que un candidato recibe fuertes y múltiples acusaciones de corrupción y al tribunal calificador se le concede alta discrecionalidad para tomar la decisión. El valor social de declarar probo a alguien que realmente no lo es, sobrepasa la pérdida de declarar que alguien que sí es probo, no lo es.

Este es el estándar que aun sin expresarse claramente se aplica también en el ámbito de las medidas cautelares de índole constitucional, donde el artículo 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que el juez debe resolver "por la sola descripción de los hechos" y sin exigir prueba alguna respecto de ellos. Evidentemente, con tan poca (o ninguna) evidencia el juez difícilmente alcanzará a convencerse de la probabilidad de un hecho más allá de un 50%.

Piénsese también en el caso de una medida judicial urgente solicitada en conjunto con una denuncia de abuso sexual perpetrado en contra de un menor, por parte del progenitor que goza de un régimen de visitas. El probable beneficio social esperado de la medida consistente en suspender provisionalmente las visitas al progenitor, excede notablemente el perjuicio que se ocasiona al retirar la custodia.

Esto puede ser demostrado por medio de la fórmula articulada por el juez Learned Hand en el caso Estados Unidos V. Carroll Towing Co. (1947); esto es: que una medida es razonable cuando el beneficio social esperado excede al costo social; esto es:

$$P(a) \times B > C$$

Donde P (a) es la probabilidad de que el abuso sexual se esté cometiendo realmente; B sería el beneficio que se obtendría al detener el abuso sexual y C el costo (o lo que se perdería) al retirar la custodia (Lerner, 2006).

2. Preponderancia de la evidencia: El estándar de la preponderancia de la evidencia requiere simplemente que una versión sea más probable que la otra. Por simple deducción matemática se puede concluir que dicho estándar se alcanza cuando la probabilidad de ocurrencia de una historia alcanza al más del 50%, pues ello significa automáticamente que la otra historia tendrá menos del 50% de probabilidad.

Algunas razones pueden darse para fundamentar este estándar y su aplicación en el Derecho Civil. Para empezar, el derecho civil y particularmente el derecho procesal civil se construye sobre el principio de igualdad. De este modo, este estándar probatorio resulta ser una consecuencia directa de este principio, diseñado de ese modo para que las partes compartan el mismo riesgo (Clermont, 2015). Adicionalmente, cabe esgrimir un argumento de tipo económico y es que la principal función del juicio civil es asignación de derechos sobre bienes existentes. Económicamente, no existe ninguna nueva utilidad social en el hecho de relocalizar un derecho, o disponer el pago de una indemnización, pues bien finalmente se trata sólo de dinero que pasa de un individuo a otro sin generar riqueza. Las razones que fundamentan el juicio civil son exclusivamente relativas a la justicia distributiva y desde esa perspectiva no hay razón para preferir al sujeto A sobre el sujeto B.

Finalmente, una acotación meramente descriptiva. Vale la pena explorar la hipótesis empírica de que un estándar más alto podría disminuir la cantidad de demandas presentadas en nuestros juzgados civiles. Esto debido a que el que tiene la carga de satisfacer el pretendido exigente estándar de prueba sería el demandado. Ante la dificultad de poder reunir pruebas extremadamente convincentes (no sólo altamente probables) y ante los elevadísimos costos de transacción que representan los juicios, la mejor estrategia del demandante podría ser simplemente abstenerse de demandar o buscar alguna compensación menor por medio de la negociación; a menos que lo que se vaya a exigir en juicio sea lo suficientemente alto como para justificar emprender la dura batalla judicial. Esto, por supuesto, requiere comprobación empírica y podría ser el objeto de una completa investigación jurídica.

IV. SEGURIDAD MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE

Este estándar es generalmente aplicado en materia penal, donde el derecho comparado nos muestra que la mayoría de países considera que el peso de un error judicial en contra de un inocente, es mayor que el peso de un error judicial a favor de un culpable. Esta aseveración puede y debe ser verificada

empíricamente; sin embargo, ese no es el propósito del presente trabajo. Aquí se efectuará algunas consideraciones en torno al significado de este estándar.

Creer que el hecho A ocurrió, es creer también que el hecho A no ocurrió; la diferencia es sólo gradual: qué tanto creemos en A, en contraste con qué tanto creemos en – A. Así pues, si un juez dice estar relativamente seguro de que el hecho A ocurrió y para él la ocurrencia de dicho hecho puede situarse en un grado de probabilidad del 75%, significa (por simple deducción aritmética) que cree también que existe un 25% de probabilidades de que el hecho A no haya ocurrido (- A)

(Ax0, 75) → (- Ax0, 25)

Ahora bien, el estándar probatorio que exige seguridad "más allá de la duda razonable" pone el énfasis analítico principalmente en la segunda parte de la fórmula antedicha; es decir, en la razonabilidad de nuestra creencia en – A. No creemos en A porque tenemos una duda; la pregunta a resolver sería, ¿hasta qué punto puede decirse que dicha duda es razonable?

Para llenar este vacío podemos partir de diferenciar las probabilidades remotas de las razonables (Clermont, 2015). El estándar de la seguridad "más allá de toda duda razonable", no significa, entonces, que el juzgador debe considerar que – A es absolutamente imposible; pueden existir escenarios en los que – A se dé, pero si la probabilidad de ocurrencia de estos es lejana o remota, aún podría decirse que el hecho A ha quedado probado "más allá de toda duda razonable". Para determinar lo remoto o lo razonable de – A, los tribunales suelen recurrir a un sub estándar, el criterio de una "persona razonable".

Aunque la mayoría de autores y tribunales se muestran reticentes a asignar un número al grado de probabilidad de ocurrencia del hecho, algunos se han aventurado a afirmar que este número podría situarse vagamente en un 80% (Franklin, 2006). Es decir, según este criterio, las dudas que los juzgadores podrían tener respecto de – A, no deberían exceder un grado de probabilidad de ocurrencia del 20%; si lo hicieran, ya dejarían de ser probabilidades remotas y pasarían a ser probabilidades razonables. Otros autores, discrepan y asignan este porcentaje en un 90% o 95% (Newman, 2006).

V. PRESUNCIONES Y CARGAS DE LA PRUEBA

Finalmente, junto con los estándares probatorios, todo sistema procesal debe contar también con presunciones. Las presunciones son el punto de partida de todo proceso y van atadas al estándar probatorio. Es decir, si tomamos como referencia el estándar probatorio que exige seguridad "más allá de toda duda razonable", partimos del punto en el que se presume que las probabilidades de que el acusado sea inocente son del 80% - 95%; de tal modo, corresponde al acusador (generalmente el fiscal) generar pruebas y persuasión al punto de llegar al extremo contrario; es decir, lograr convencer al juzgador de que existe al menos un 80%-95% de probabilidades de que el acusado sea, en efecto, culpable.

Existe una conexión intrínseca entre las presunciones y las cargas de la prueba, en el sentido de que tener una presunción a favor, significa no tener la carga de la prueba y al contrario, partir de una

presunción en contra, significa tener la carga de la prueba. Así por ejemplo, la presunción más conocida es la presunción de inocencia. Se parte del supuesto de que la persona acusada es inocente, lo que significa que no está obligada a generar prueba a favor de su inocencia, ni de persuadir al juzgador al respecto.

Es importante notar que las presunciones generalmente deciden casos. En el contexto ecuatoriano, la ley se presume constitucional, lo que significa que la persona que demanda su inconstitucionalidad está obligada a generar la evidencia necesaria para desvirtuar dicha presunción; caso contrario, se ratificará la presunción de constitucionalidad de la ley.

Supongamos, por ejemplo, que se demande la inconstitucionalidad de una supuesta ley que permite la extracción hidrocarburífera por medio de la técnica conocida como "Fracking" (fracturación hidráulica), alegando que esta técnica afecta los derechos de la naturaleza. Como en el Ecuador lo que se presume es la constitucionalidad, correspondería al accionante demostrar que la técnica en cuestión afecta derechos constitucionales; para lo cual necesitaría recabar abundante y convincente evidencia científica al respecto. Es altamente probable, que el accionante ciudadano no tenga los colosales recursos económicos necesarios para llevar a cabo los estudios científicos necesarios, para demostrar el daño; siendo así, su demanda estaría condenada al archivo. Por el contrario, si se partiera de la presunción de inconstitucionalidad, sería el Estado quien tendría la carga de demostrar la inocuidad de la técnica y de no poder hacerlo, la ley debería ser declarada inconstitucional.

VI. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha evidenciado que encontrar la verdad en el marco de un proceso judicial es un ideal imposible. Ante ello, lo que nos resta es buscar satisfacer un estándar de prueba que puede y debe ser más o menos exigente según el costo del error judicial. Los estándares de prueba más exigentes deberían ser reservados para casos en los que la sociedad perdería mucho si se declara que algo que no es, es. Por el contrario, el estándar menos exigente debería ser reservado para los procesos en los que la sociedad perdería mucho si se declara que algo que es, no es. Es de suma importancia tener en cuenta que a pesar de que los sistemas jurídicos civilistas no hacen explícitos los estándares de la prueba, estos están presentes, aunque sea de manera implícita, como se demostró en el caso de las medidas cautelares en materia constitucional.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos.* Quito.

Calamandrei, P. (1953). Proceso y justicia. *Rivista di diritto proccesuales civile* , 9-23.

Clermont, K. M. (2004). Standards of Proof in Japan and the United States. *Cornell International Law Journal*, 263-284.

Clermont, K. M. (27 de julio de 2015). *www.ssrn.com.* Obtenido de Trial by Traditional Probability, Relative Plausibility, or Belief Function?: http://ssrn.com/abstract=2636469

Clermont, K. M., & Sherwin, E. (2002). A Comparative View of Standards of Proof. *The American Journal of Comparative Law*, 243-276.

Davis, M. L. (1994). The value of truth and the optimal standard of proof in legal disputes. *Journal of law, economics and organization*, Vol 10, No. 2.

Franklin, J. (2006). Quantification of the "proof beyond reasonable doubt" standard. *Law probability and risk*, 159-165.

Haneko, H. (1958). Responsibility for Adducting Proof. *Lectures on the Law of Civil Procedure*, (pág. 568). Japan.

Koehler, J. J., & Meixner, J. (2016). Decision making and the law: Truth barriers. En K. Hideon, & W. george, *The Wiley Blackwell Handbook of Judgement and Decision Making* (págs. 749-774). Wiley.

Lerner, C. (2006). Reasonable Suspicion and Mere Hunches. *Vanderbilt Law Review*, 407-473.

Newman, J. O. (2006). Quantifying the standard of proof beyond a reasonable doubt: a comment on three comments. *Law, Probability and Risk*, 267-269.

Risinger, D. M. (2007). Innocents convicted: An empirically justified factual wrongful conviction rate. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 761-806.

Tarski, A. (1944). The Semantical Conception of Truth and the Foundations of Semantics . *Philosophy and Phenomenological Research*, 341-376.

Taruffo, M. (2009). *La semplice veritá.* Bari: Laterza.

Taruffo, M., & Cavallone, B. (2012). *Verifobia.* Lima: Palestra.

EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Jorge Zavala Egas[17]

I. PODER Y POTESTADES

El poder público del Estado es un elemento de su estructura que lo configura, es parte de su composición junto a la población y al territorio, su ejercicio es soberano en cuanto a su independencia con respecto a cualquier otra voluntad que no sea la del mismo Estado que radica, en última instancia, en su pueblo.

La Administración Pública es un instrumento creado por el Estado para cumplir con la realización del interés general, pero esta es creada y atribuida con poderes normativos, o poderes jurídicos "*vinculados al servicio de intereses distintos del de su titular*" (Huergo, 1998, pág. 262). Las potestades son creación del Derecho que pone el Estado y vinculan al sujeto al que se las atribuye, por esta razón no "*puede constituir objeto de disposición por parte de su titular*" (Romano, 1964, pág. 341).

En nuestra Constitución de la República la potestad es reconocida como atributo de la Administración Pública en la norma que contiene el artículo 226: "*Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución*".

Es clara la relación entre potestad y actividad del estado, sólo existe actuación jurídicamente válida de los entes estatales si está atribuida la potestad para ejercerla y además, limitada por la competencia que determina la Constitución y la ley.

Podemos afirmar que, según nuestra Constitución, existe un poder público estatal (Art.1, inciso segundo CRE) que se organiza a través de órganos a quienes es atribuido, a través de las formas (procedimiento y categorías) del Derecho, en dosis distintas a cada uno de ellos. Así enunciamos las potestades legislativa, ejecutiva y jurisdiccional, asignadas a órganos de creación constitucional, diferentes y separados entre sí, como son la Asamblea, el Presidente de la República y los centros judiciales quienes actúan como Estado haciéndose, tales potestades, operativas; esto es, concretándose en actos cuyos resultados y efectos se viven por los asociados como son las leyes, los actos administrativos y las sentencias. "*El Poder único se distribuye en órganos constitucionales que configuran el Estado y en estos centros de Poder público, que son los mencionados órganos, se distribuye ese Poder único que, de esa forma, se hace operativo, esto es, funciona, desarrolla actividad.*" (Zavala, 2011, pág. 233).

[17] Magíster en Derecho Constitucional, Universidad Especialidades Espíritu Santo (2015). Abogado de los Tribunales y Juzgados de la Republica del Ecuador, Universidad de Guayaquil (2010). Profesor tiempo completo de la Universidad Espíritu Santo.

La potestad pública es sinónimo de poder público no político, pues mientras este se caracteriza por su absoluta libertad jurídica y sólo obedece a la razón, a la oportunidad y a la fuerza, aquella es el mismo poder público, pero sometido al Derecho Objetivo, es fuerza unilateral que emana del Estado y que es juridificado por este para que genere, en forma continuada e indefinida, relaciones jurídicas concretas entre las personas. Así el poder público estatal de dictar leyes debe someterse a un procedimiento jurídico que regula la constitución, desde que ocurre ese sometimiento se trata ya de una potestad legislativa; el poder público de expropiar bienes de propiedad privada, para que no sea confiscación prohibida, debe sujetarse a las condiciones que impone la misma constitución y encauzarse en el procedimiento que dispone la ley y la llamamos potestad administrativa y finalmente, las sentencias dictadas por los jueces deben adecuarse a las reglas del debido proceso que constan en la constitución y que configuran las leyes procesales y por ello, se trata de potestad jurisdiccional.

Las potestades no se atribuyen para toda actividad que sea voluntad del órgano desarrollar, no es una maqueta normativa indiferenciada, pues, "*no se manifiesta en bloque, sino parcelado, distribuido en el conjunto de los órganos que integran el aparato organizado del Estado (…) Debe destacarse, por tanto, que la potestad no se concede "in genere¨, sino que es siempre potestad ad hoc, esto es, para el cumplimiento de los fines específicamente atribuidos (y no de otros). Dicho con otras palabras: la potestad pública, la dosis de poder administrativo con que se dota a cada órgano o ente está vinculada y limitada a su competencia específica*" (Ariño, 1973, pág. 52).

De ahí que definamos la potestad como el poder único del Estado, dosificado y distribuido para su efectivo ejercicio, dirigido al cumplimiento de fines específicos entre varios órganos, formalmente sometido al Derecho objetivo que siempre tiene la última palabra sobre su ejercicio.

II. POTESTADES PÚBLICAS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El Estado, a través de la Constitución y de la ley, difumina su poder único en un "*haz de potestades*" públicas atribuyéndoselo a la Administración que, por eso, se califica como Pública. La Administración Pública se caracteriza, esencialmente, por encarnar potestades públicas que le están atribuidas como conjunto orgánico, esto significa que "Administración Pública" es un concepto simplificado que resume la realidad de las diversas administraciones públicas que son las que existen y actúan, pues, a cada una de estas se la identifica con aquel y este comprende a todas ellas, así el Servicio de Rentas es una administración pública específica, al igual que lo es el Servicio Nacional de Aduanas y también, el Instituto de Seguridad Social, la Comisión de Tránsito del Ecuador y cientos más, pero todas o un grupo de ellas actuando constituyen el concepto "Administración Pública del Ecuador" que es el utilizado por la Constitución en el Título IV, Capítulo VII, Sección 2da. El concepto simplifica la realidad que se evidencia en la vida de muchas y de variadas especies de administraciones públicas que existen.

Las administraciones públicas son sujetos de Derecho, sean personas jurídicas o simples órganos de estas, que tienen un límite que fija la ley para tales poderes jurídicos el mismo que se encuentra en la competencia (Art. 84 ERJAFE) que posee cada uno de estos en razón de territorio,

materia, grado, y tiempo (Art. 85 ERJAFE), por ejemplo, la persona jurídica "Servicio de Rentas Internas" tiene atribuida la potestad pública normativa y la competencia para ejercerla le corresponde al órgano "Director General" como máxima autoridad, en todo el territorio nacional, para la materia constituida por los diversos tributos internos y por hipótesis, puede ser ejercida sólo dentro del plazo de noventa días (90) después de estar en vigencia la ley a la que van a dar aplicación, luego de transcurrido ese período de tiempo opera la caducidad.

Potestad y competencia, poder y límite determinados por el ordenamiento jurídico, a través de la Constitución y de la ley, es lo que concreta el principio de juridicidad de la actividad de las administraciones públicas que es reconocido por la norma contenidas en el artículo 226 CRE. Las categorías de actos por medio de los cuales la administración manifiesta su voluntad para el cumplimiento de los fines propios de cada ente (*ad hoc*), razón de ser de la atribución de las potestades, para satisfacer con objetividad los intereses generales, son las disposiciones, los actos administrativos, las vías de hecho y los contratos, tal como lo apunta el artículo 64 del ERJAFE.

Sujetos públicos atribuidos de potestades, que actúan dentro de los límites de su competencia, para el cumplimiento de sus fines propios y satisfacción del interés general, es la definición estructural-funcional que nos trae la norma constitucional del artículo 226, estructural porque contiene los elementos que configuran una administración pública (sujeto, potestad, actividad y fin) y funcional porque determina que cada uno de esos elementos tiene un rol que cumplir, una función que ejecutar.

Sobre la prevalencia de uno de esos elementos sobre los otros es un tema que no debe debatirse, pues, todos son indispensables para la conformación de la Administración Pública desde un punto de vista dogmático.

III. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN TODA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Por la configuración del Estado como constitucional de derechos (Art.1 CRE) la administración está bajo la sujeción de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política y en consecuencia, no es jurídicamente válida ninguna manifestación de voluntad proveniente de sus órganos cuyo efecto sea vulnerarlos (Art. 84 CRE), lo cual tiene coherencia con lo prescrito en el artículo 226 ídem en cuanto a la obligación que tiene de "*hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución*".

Por su ubicación, dentro del Título de la organización del poder (IV) que diseña la Constitución, la administración pública se inserta en la previa división de poderes públicos y corresponde su sitio dentro de la función ejecutiva, teniendo como órgano máximo en jerarquía al Presidente de la República a cargo de quien corre la obligación de su organización y de su actuación (Art. 141 y 147. 5 CRE), por eso es el responsable y el director máximo de la misma. En consecuencia, la Administración Pública obedece al principio de la división de poderes que es esencial para la construcción de un Estado de derechos (Art.1 CRE).

La Administración está indisolublemente vinculada al principio de rango constitucional de juridicidad, más conocido como de legalidad, que se contiene en el enunciado normativo del artículo 226 de la Constitución, se sintetiza en declarar la invalidez de toda actuación de las administraciones públicas, cuando los sujetos públicos que las desarrollan no tienen atribuida la potestad y su connatural competencia, para realizar esa específica actividad. La actuación administrativa, inexcusablemente, debe estar cubierta por una potestad otorgada por el Derecho objetivo, a través de sus normas de rango constitucional o legal, excluyendo cualquier otra atribución por efectos de cualquier norma de rango infralegal por manifiesta inconstitucionalidad normativa. Cuando existe norma constitucional o legal atributivas de potestades hay actuación administrativa válida, no obstante que anulable, cuando no existe la norma jurídica de ese nivel jerárquico, o por el contrario, está adjudicada la potestad por un reglamento o un acto normativo de inferior rango, dicha actuación es nula de pleno derecho, nulidad que una vez declarada surte efectos de inexistencia jurídica para el acto que se trate.

También está ordenada por el principio del control jurisdiccional a la legalidad de la actividad administrativa que enuncia el artículo 173 de la Constitución de la República, derivado del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y del debido proceso, sustantivo y adjetivo, que reconocen los artículos 75 y 76 ídem que serán objeto de desarrollo más adelante.

La Administración, igualmente, se somete al principio de integridad patrimonial de los administrados cuando sus bienes o sus derechos son sacrificados por causa del interés general o se le ocasionan daños que no tiene la obligación jurídica de soportar (Art.11.9 CRE).

IV. LA PRERROGATIVA DE LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

Las normas que regulan los derechos de las personas son aplicadas por la Administración Pública (Arts.82, 75 y 76.1 CRE) y por los jueces (Art.172 ídem) en situaciones y casos concretos, la primera mediante resoluciones o actos administrativos, los segundos vía providencias, sean autos o sean sentencias y las dos, en ejercicio de potestades administrativas, la primera y de la potestad jurisdiccional, los segundos dentro de los límites que marca la competencia de cada funcionario administrativo o judicial. Son aplicadores del Derecho, en consecuencia, las autoridades administrativas con competencia para decidir, con efectos particulares, posiciones jurídicas concretas, sea creándolas, reformándolas o extinguiéndolas y lo son los jueces que, mediante sus actos decisorios (providencias) declaran el derecho (sentencias declarativas), constituyen situaciones jurídicas concretas (sentencias constitutivas) o imponen cargas a los sujetos mediante obligaciones de hacer o de no hacer (sentencias de condena).

Los derechos de las personas, entonces, se determinan en sede administrativa por parte de la Administración Pública que tiene, como función del Estado, la obligación de prestar la respectiva tutela, protección o amparo a esos derechos, para cuyo efecto tiene la potestad de aplicar las normas jurídicas y el deber de garantizar su cumplimiento, todo lo cual está contenido en los artículos 75 y 76.1 de la

Constitución de la República, por ello, afirmamos que está prohibida la arbitrariedad y por el contrario, en la Administración está impuesto que impere la racionalidad y la proporcionalidad en el ejercicio de sus potestades.

El Estado, obligado a prestar la tutela que demandan como derecho subjetivo las personas (Art.75 CRE), concede a la Administración la prerrogativa de la autotutela para la conciliación del interés general con los derechos subjetivos de los administrados, pero mantiene el derecho de estos a la heterotutela judicial efectiva que está bajo la responsabilidad de jueces independientes. Es decir, mientras el ordenamiento jurídico encarga a la Administración la tutela del interés común o general, siempre con la obligación de ""*hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución*" (Art.226 CRE), la libera de la exigencia que recurra a un tercero para ese efecto y por lo tanto, es ella misma la que declara el Derecho aplicable a cada situación concreta y a su vez, es también esta la que ejecuta lo declarado.

La Administración Pública que, como hemos visto, goza de la prerrogativa de la autotutela declarativa y de la autotutela ejecutiva como mecanismo o instrumento jurídico necesario para el ejercicio de sus potestades, con el objetivo de lograr el cumplimiento de sus fines propios así, por ejemplo, una administración tributaria como el Servicio de Rentas debe desarrollar su *potestad recaudadora* de tributos por sí misma, siguiendo el predeterminado procedimiento de ejecución (autotutela ejecutiva), si previamente existe cumplida la *potestad determinadora* de tributos, esto es, la declaración o manifestación de voluntad que ha hecho la misma Administración, a través del respectivo procedimiento conformador del acto administrativo que la contiene, de la existencia de una deuda determinada, líquida y de plazo vencido, en consecuencia, exigible (autotutela declarativa).

Nuestra Corte Constitucional[18] determina que "*el privilegio de la autotutela o autodefensa administrativa consiste, en síntesis, en la capacidad que tiene la administración pública de tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, eximiéndose de este modo de la necesidad de recabar tutela judicial, lo que es consecuencia lógica del hecho de que la administración pública esté investida de poder público (…) Ahora bien, todas las facultades que tiene la administración pública, que se manifiestan a través de los actos administrativos que expida, deben observar los procedimientos formales establecidos para el efecto y respetar los derechos constitucionales de las personas (…)*".

Las leyes son las que determinan la competencia de los órganos encargados de ejercer la potestad que puede ser declarativa o constitutiva de derechos, también de condena y señalan el procedimiento que debe cumplirse para la expedición de la resolución o acto administrativo que contenga la regulación jurídica para el caso concreto, el mismo que, generalmente, nace con las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad adheridas y por lo tanto, configurados como actos ejecutables; sin embargo, la efectiva ejecución se realiza a través del ejercicio de la competencia de otra autoridad diferente, o no, a la que decidió la actuación de la ley y siguiendo otro procedimiento distinto

[18] Sentencia No. 156-12-SEP. R.O. No. 743, 14-VI-2012.

al del nacimiento del acto administrativo y en ambos casos, cuidando de respetar los derechos de las personas y bajo ninguna circunstancia, dejándolas en indefensión.

Declaración y ejecución administrativas son dos etapas diferentes en la realización del acto administrativo, la autotutela administrativa y la autotutela ejecutiva obedecen a principios reguladores disímiles, la primera es concreción de la ley a un caso concreto, la segunda es la realización de las operaciones materiales necesarias para hacerla eficaz y dar por cumplida esa ley cuando no hay acatamiento voluntario por parte del obligado. Así, por ejemplo, es necesario, primero, declarar una deuda al Estado y constituir a uno o más responsables y una vez exigible aquella, además, de acaecido el incumplimiento por parte del deudor, es posible ejecutar las medidas de apremio sobre sus bienes para la satisfacción de la obligación.

V. LA POTESTAD Y PRERROGATIVA DE LA AUTOTUTELA DECLARATIVA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

La potestad pública administrativa es una dosis del poder público encuadrado en el Derecho (juridificado) que otorga prerrogativas o facultades a los órganos de la Administración Pública –que forma parte del ejecutivo (Art.141 CRE) y está dotada de su autoridad- que la tienen atribuida, mediante las cuales esta sobrepasa a los ciudadanos y sus poderes jurídicos ubicándola en una posición de supremacía frente al administrado. La *autotutela* es una de las potestades que constituye una prerrogativa o facultad de la Administración Pública, para declarar (reconocer, crear, reformar o extinguir) situaciones jurídicas particulares y ejecutarlas sin requerir de la tutela de los jueces. La que se denomina *autotutela declarativa* es previa e indispensable para que actúe la Administración. La segunda es otra especie de la misma potestad de autotutela llamada *autotutela ejecutiva* que se ejerce frente a los administrados y resulta necesaria para la inmediata eficacia de las declaraciones efectuadas por la Administración.

La autotutela, como potestad atribuida a las administraciones públicas y como prerrogativa frente a los particulares, autoriza a que la Administración pública, a través del órgano competente, declare en forma unilateral lo que es Derecho, declaración que puede tener como contenido el simple reconocimiento de una situación jurídica, o tener como efecto la constitución, reforma o extinción de situaciones jurídicas por su sola voluntad, sin necesidad del consentimiento del destinatario que recibe las consecuencias de esa declaración.

La declaración que hace la Administración a través de sus órganos es una expresión de voluntad y consiste en disposiciones que decide en ejercicio de sus diversas potestades (expropiatoria, determinadora de tributos, sancionadora, etc.) que le atribuye la Constitución o la ley. Estas disposiciones constituyen una *declaración* o *expresión* de voluntad (que se dé, haga, no se haga o se soporte una carga), de juicio, deseo o conocimiento. Ejemplificando:

> El contenido normal del acto administrativo es una declaración de «voluntad» (sancionar a quien infringe las normas de tráfico, otorgar becas a los buenos estudiantes), pero también

> puede ser la declaración de un «deseo» (las propuestas de nombramiento de un funcionario o la propuesta de adjudicación de un contrato a determinada empresa), «conocimiento» (la certificación de las calificaciones académicas de un estudiante, o el acta que expide el Secretario de un órgano colegiado para dejar constancia del orden del día, los asistentes, la deliberación y los acuerdos adoptados), o un «juicio» (un informe o un dictamen sobre la legalidad de una licencia urbanística) (Blanquer, 2010, pág. 433).

Generalmente se afirma que se trata la autotutela declarativa del privilegio por el que se autoriza a la Administración pública expedir actos administrativos que se presuman *válidos* o *legítimos* o conformes a la ley, pero además, implica que ese mismo acto sea presumido como *veraz* o *cierto* en cuanto a los hechos considerados y *acertado* o *correcto* en los juicios o valoraciones efectuadas. Se trata de una triple ficción: validez, veracidad y acierto.

Lo primero que hay que poner en claro es que se trata de un presunción en sentido amplio o, lo que es más apropiado definir, como una *ficción*, vale decir, una irrealidad que el Derecho finge real y necesaria para asegurar un valor jurídico prevalente, como es la eficacia de la Administración pública en la realización del interés general. Por lo tanto, su finalidad es que provisionalmente y de manera contingente se instituya la *autotutela administrativa* y se postergue la *heterotutela judicial*. De esta forma, la Administración pública puede, por sí sola, declarar lo que es Derecho creando obligaciones que puede exigir en forma inmediata al administrado, sin que deba pasar primero y por tanto, esperar a que los jueces convaliden la legalidad de la actuación administrativa. Si un acto administrativo creador de obligaciones a los ciudadanos debe, primero, someterse a los jueces para que le sea exigida la obligación y sólo después de la declaración de este deba cumplir lo ordenado dar, hacer, no hacer o soportar, la eficaz realización del interés general queda en cuestionamiento.

Se trata en consecuencia de la creación de tres ficciones caracterizadas por su provisionalidad: a) la de *validez* o *legitimidad* de su adecuación al ordenamiento jurídico; b) la de *veracidad* o *certeza* de los hechos que se subsumen en la hipótesis normativa y c) la de *acierto* o *corrección* de los juicios sobre esos hechos. Por ejemplo, cuando la Administración pública manifiesta la voluntad de desalojar habitantes de una propiedad pública se la supone, provisionalmente, una decisión administrativa *válida* o *legítima* que debe surtir inmediatamente efectos, pero, además, la ficción de *veracidad* o *certeza* opera sobre el hecho que el predio tiene una cabida de doce hectáreas y finalmente, se hace presente la ficción de *acierto* o *corrección* cuando se ha emitido el juicio, que se trata de propiedad pública cuya posesión debe ser recuperada.

Luego, la declaración o manifestación de voluntad que es producto de la autotutela declarativa no sólo se limita a decir lo que es Derecho: el hecho *H* se comprende en la norma *N* (ficción de validez), sino también la existencia comprobada del hecho H (ficción de certeza o veracidad) y que ha sido valorada la propiedad como pública (ficción de acierto o corrección).

Es de afirmar también que las ficciones de validez, certeza y corrección son propias de los contratos administrativos, de los reglamentos y de las resoluciones o actos administrativos que son producto del procedimiento y son aptos para modificar la realidad, esto es, transformar la situación jurídica que se trate, pero no se predican de los actos de simple administración, o de los actos que son expresión de conocimiento, juicio o deseo.

Hay que tener presente que esas ficciones no operan cuando se trata de una declaración que sea expresión o manifestación de la voluntad de imponer una sanción, pues en este caso, prevalece la presunción de la inocencia del administrado. Se trata de una excepción a la regla general dado que "*la inocencia del acusado de una infracción es un valor prioritario que constitucionalmente se impone a la validez del acto administrativo*" (Blanquer, 2010, pág. 439).

Sin embargo, los demás poderes públicos que configuran y expiden sus actos institucionales como las leyes o las sentencias lo hacen en forma igualmente unilateral no es, pues, en esta característica (unilateralidad) donde vamos a encontrar la diferencia con la actividad de la Administración, sino en el grado superior de fuerza jurídica, de obligatoriedad o de eficacia de las consecuencias de las declaraciones, resoluciones o actos administrativos que le otorga a estos la presunción *iuris tantum* de legalidad o legitimidad. Aquí se ve la medida de fuerza superior de las manifestaciones de voluntad administrativas. "*La voluntad de los gobernantes vale en cuanto representa la voluntad del Estado. Los individuos aceptan el poder del Estado porque este poder se articula sobre la idea de Derecho; la imperatividad del acto administrativo se basa en la presunción iuris tantum de legalidad*" (Duguit, 1927). Es decir, la presunción de legalidad de los actos administrativos nos hace comprender la fuerza imperativa de la Administración Pública cuando vemos que ellos, por sí solos, transforman la realidad de situaciones subjetivas concretas amparadas por el Derecho.

> La presunción de legalidad de los actos administrativos explica la capacidad de la Administración pública para «imponerse», transformando por sí sola la realidad jurídica, sin necesidad de contar con la voluntad de los destinatarios de los efectos jurídicos del acto administrativo. Este efecto peculiar del acto administrativo para su destinatario se conoce como «fuerza ejecutiva» del mismo (Lafuente, 1992, pág. 22).

En consecuencia, la potestad pública de declarar el Derecho en forma unilateral e imperativa que tiene atribuida la Administración Pública, se realiza a través de la expedición de resoluciones o actos administrativos que son definidos como "*toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa* (Art. 65 ERJAFE), la misma que, por la potestad y la prerrogativa de la autotutela, es declarada por sí mismo. No hay necesidad de acudir al juez para que se reconozca a la Administración su exigencia, o pretensión frente al administrado, la declara y reconoce ella misma.

Cuando el contenido del acto es meramente declarativo se limita a constatar un hecho o situación jurídica y no modifica la misma, las posiciones jurídicas no sufren ninguna reforma. Hay

eficacia jurídica de la declaración que la surte inmediatamente y exige obediencia a todos sobre lo declarado. "*Los actos administrativos (…) se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha que se dicten (…) La eficacia está supedita a su notificación (…)*" (Art. 125 ERJAFE). Lo que sucede es que los actos simplemente declarativos no requieren de materialización, esto es, de ejecución por parte del interesado. Por ejemplo, la declaración contenida en un acto que el administrado "X S.A." tiene derecho a un debido procedimiento antes que sea sancionado por el órgano competente, es una simple declaración realizada unilateralmente con efectos particulares en ejercicio de la función administrativa. En este supuesto que es el de un acto con contenido meramente declarativo al ser dictado y notificado consuma sus efectos, pues, es suficiente la declaración de voluntad notificada para que el acto produzca consecuencias jurídicas y estas así quedan ejecutadas.

Mas, las demás declaraciones que tienen por objeto constituir, reformar o extinguir posiciones jurídicas, igualmente, crea de inmediato esta situación y por ello, "*el particular a quien afecte tal declaración administrativo resulta, desde el momento en que esta se le notifica, titular del derecho o la obligación declarada por la Administración por la fuerza misma de la declaración*" (García & Fernández, 2005, pág. 520). Prescribe el artículo 124 ERJAFE que "*Los actos de la Administración pública serán ejecutivos (…). Se entiende por ejecutividad la obligación que tienen los administrados de cumplir lo dispuesto en el acto administrativo*"; sin embargo, requieren de su ejecución para que tales actos administrativos tengan eficacia y se cumplan. Por ejemplo, una autorización o permiso para ocupar una parte de la acera pública para un restaurante se declara, o resuelve mediante acto administrativo del órgano administrativo competente, es tal decisión el contenido del acto administrativo que se notifica, el cual por sí solo tiene como efecto convertir al particular en titular del derecho autorizado a la efectiva ocupación de la acera (*ejecutividad*), pero esta declaración para que sea eficaz se debe materializar en el acto ocupacional cumplido por parte del administrado que nadie puede obstaculizar o impedir (*ejecución*), o se impone una multa mediante resolución que se notifica, lo cual la torna de obligatorio cumplimiento para el administrado (*ejecutividad*), este incumple, lo cual da paso a la intimación al pago en plazo y luego a la *ejecución forzosa* para que coactivamente pague y se haga efectiva la sanción.

Esa fuerza ejecutoria del acto administrativo (conceder el derecho y crear la obligación correlativa) nace de la *presunción de legalidad* de lo declarado, de la decisión adoptada "*se trata de una técnica formal para imponer el inmediato cumplimiento de las decisiones administrativas, consagrando una capacidad de autotutela a la Administración y dispensándola de la necesidad de obtenerla de los tribunales*" (Lafuente, 1992, pág. 22).

La presunción de legalidad que atribuye el Derecho a la decisión administrativa formalmente adoptada en un acto administrativo crea al destinatario del mismo la carga de impugnarlo o recurrirlo para derrotar tal presunción de adecuación a la ley o de validez asignada a la decisión. Igual tal impugnación puede ser en sede administrativa o en sede judicial donde, la Administración, pasa a ocupar la posición de parte impugnada o demandada; pero la carga de recurrir no debe crear la

confusión que conlleva afirmar que también la carga de la prueba se traslada al accionante en cualquiera de las sedes. "*La Administración es titular de la carga de la prueba con normalidad en el plano material de las relaciones (…) de modo que si la ha desatendido y no obstante ha dado sin prueba por probado determinados hechos la decisión que adopte será inválida (...). El administrado tendrá la carga de impugnar esta decisión y de justificar su ilegalidad, desde luego, pero para hacerlo le bastará con invocar la desatención de la prueba que incumbía a la Administración, argumento formal que no le grava a él en el proceso con la carga de hacer una prueba contraria, muchas veces por lo demás (siempre que se trate de hechos negativos) virtualmente imposible*" (García & Fernández, 2005, pág. 520-521).

Lo que nos hace concluir que el acto administrativo formaliza la decisión administrativa que se la expresa mediante una declaración que se presume legítima por ser adecuada a Derecho y que la dota de fuerza ejecutoria para que, una vez notificada, nazca inmediatamente el vínculo entre el titular del derecho creado (Administración o particular) y la obligación de todos a respetarlo.

VI. LA POTESTAD Y PRERROGATIVA DE LA AUTOTUTELA EJECUTIVA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Los actos administrativos con contenido constitutivo son declaraciones de voluntad que innovan una situación jurídica existente, crean otra y la anterior es reformada o se extingue, pero lo esencial es que estas declaraciones de voluntad administrativa requieren de ejecución, pues existe una obligación de dar, de hacer, de no hacer o de soportar como contenido. Aquí interviene el administrado para la materialización de ese contenido en forma voluntaria o pudiendo ser coaccionado para que cumpla. En el primer caso, tiene plena concreción el contenido del acto con la colaboración del administrado, pero, en el segundo caso, entre a operar la autotutela ejecutiva. "*La Administración tampoco precisa de una decisión judicial «ejecutiva» que imponga al particular la obligación de cumplir. La Administración tiene, en estos casos, reconocida la potestad de hacer uso de sus propios medios de coacción para obtener el cumplimiento de los actos por ella dictados cuando son incumplidos por sus destinatarios. Esa potestad es denominada «autotutela ejecutiva»*" (Lafuente, 1992, pág. 24).

La autotutela ejecutiva históricamente nace a partir del *Arrêt* pronunciado en el caso "*Société Immobilière de Saint Just*" (2/12/1902) por parte del Comisario ROMIEU quien definió la ejecución forzosa como "*un medio empírico justificado legalmente en defecto de otro procedimiento por la necesidad de asegurar la obediencia de la ley*", lo que aplicó en la decisión antes mencionada prescribiendo "*(…) es imposible en la Francia del régimen administrativo, de la centralización, de la división de poderes, que los actos de la Administración sean desobedecidos, porque la Ley y, consiguientemente, la Administración en su ejecución, debe ser obedecida y los será por la fuerza cuando no exista ningún otro medio*"(Lucas, 2007, pág. 996).

En este caso el administrado debe tener la opción de cumplir voluntariamente con la obligación contenida en el acto administrativo, pues, sólo en el caso de incumplimiento voluntario, luego de intimación a que cumpla, puede entrar a activarse la potestad de autotutela ejecutiva en su desarrollo procedimental como ejecución forzosa.

La autotutela ejecutiva se desarrolla en el plano de la materialidad, de lo fáctico o de los hechos, a través, de actuaciones o de operaciones también materiales y en ejercicio de la "*propia coacción*", esto es:

> Sin necesidad de recabar el apoyo de la coacción judicialmente administrada. Así como la autotutela declarativa se manifiesta en una declaración o en un acto, la ejecutiva supone el paso al terreno de los hechos, del comportamiento u operaciones materiales, concretamente al uso de la coacción frente a terceros (García & Fernández, 2005, pág. 522).

La autotutela ejecutiva está ligada a un acto previo que contiene una declaración que ha sido ejercicio de la autotutela declarativa, en el que acto formal hace las veces de un título ejecutivo "*de modo que la ejecución intenta llevarlo coactivamente a cumplimiento pleno*" (García & Fernández, 2005, pág. 522).

Lo que nos conduce, según los mismos profesores, a diferenciar la potestad y facultad o prerrogativa de autotutela ejecutiva de la "*coacción directa que no supone la ejecución forzosa de un acto previo y que se lanza directamente contra una situación objetivamente irregular sin el intermedio de un título formal*".

La coacción sólo es legítima en un Estado de Derecho si es ejercida por los órganos competentes del poder público, vale decir, sólo es válida la "*coacción pública*" y consiste, en este caso, en poder imponer la Administración, por sí misma, la ejecución forzosa de sus propios derechos mediante acciones directas llamándose esa potestad "*coacción directa*".

Es preciso diferenciar la denominada *ejecutoriedad* de las declaraciones formalizadas en actos administrativos que significa la fuerza vinculatoria de estos por el hecho de haber sido expedidos y notificados estando, por lo tanto, comprendida aquella dentro de la comprensión de la autotutela declarativa que es, por otra parte, una prerrogativa de naturaleza subjetiva, esto es, propia del sujeto Administración pública y no una cualidad asignada a los actos administrativos. Siendo así, no es difícil comprender que la coacción directa que puede ejercer el órgano de la Administración no se refiere, en exclusiva, a la ejecución forzada de los actos administrativos, sino a toda situación de hecho que la requiere, "*sin el intermedio de un acto declarativo previo cuya ejecución se pretenda (…)*", pues, la diferencia se manifiesta explicando "*que dentro de las formas de manifestación jurídica de un sujeto una cosa es una declaración, que se concreta en actos y otra una ejecución, que se expresa en conductas (físicas, en acción sobre la situación de hecho, en modificación real y material y no meramente ideal o de título)*" (García & Fernández, 2005, pág. 783). Por ejemplo, *declarar* la imposición de una sanción de clausura concretada en una resolución administrativa que, luego de no acatada voluntariamente por parte del administrado, debe ejecutarse forzosamente, no es lo mismo que la *directa e inmediata actuación* de la policía en el desalojo de una invasión cometida a la propiedad pública.

Luego, de lo dicho aparece con claridad que existe, por un lado, la coacción pública para realizar la *ejecución forzosa de los actos administrativos* y por otro, la coacción pública *directa e*

inmediata que actúa sobre una situación de hecho para generar una alteración en la misma, supuesto en el que no se trata de obligar al acatamiento de un acto administrativo, previo que contiene una declaración o manifestación de voluntad administrativa, sino enfrentar un hecho acaecido.

La *ejecución forzosa* se sustenta en la habilitación que le confiere la norma que contiene el artículo 162 del ERJAFE: "*La Administración pública, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento a la ejecución forzosa de los actos administrativos (…)*". De esta forma, cuando los actos administrativos determinan obligaciones de dar, hacer, no hacer o de soportar que el administrado haya incumplido, la Administración puede ejecutarlos en forma coactiva. "*Aquí se comprueba una vez más que la coacción administrativa es, justamente, un medio de autotutela de los derechos y competencias de la Administración, los cuales constituyen la faz activa de las obligaciones de cuya ejecución se trata*" (García & Fernández, 2005, pág. 784).

Donde se vuelven a identificar ambas especies de coacción pública es en cuanto a su sometimiento a ley estricta y por supuesto, al respectivo control jurisdiccional de legalidad, pues, ambas especies de actuación coactiva deben ceñirse en forma estricta a la ley y que, en caso de irregularidad, la ejecución forzosa se resuelve en la nulidad del procedimiento y la coacción directa en la reparación de daños y perjuicios.

VII. LA EJECUCIÓN FORZOSA REQUIERE UN TÍTULO DE EJECUCIÓN HABILITANTE: EL ACTO ADMINISTRATIVO

Se cumple el brocardo que algunos califican de principio «*nulla executio sine titulo*», el mismo que tiene el rol de hacer evidente que la ejecución no podía ser iniciada sin título además, que este debe contener un derecho declarado en una forma que le otorgue certidumbre, sin dar margen a ninguna situación contraria (incertidumbre). Es que antes de la declaración judicial (sentencia) o administrativa (acto administrativo), producto de un proceso judicial o un procedimiento administrativo de conocimiento, lo que existe es una situación jurídica material o sustancial incierta. De ahí "*a partir de la premisa que la cognición debería anteceder a la ejecución, fue establecido el principio de la «nulla executio sine titulo», que quiere decir que la ejecución no puede ser eficaz sin título*" (Marinoni, 2007, pág. 35). Es decir, no cabe ejecución sin título y esta es la función que desempeña el acto administrativo en el caso de la coacción para su ejecución forzosa. Por lo tanto, la exigencia es de un acto unívoco, de contenido cierto y con obligado específico, que no sea ambiguo y requerido de una búsqueda de su significado en cuanto a su delimitación y amplitud de ámbito.

Luego, el "*presupuesto básico para iniciar las actividades de ejecución forzosa es la existencia de un documento donde resulte determinada una obligación o un deber, cuyo cumplimiento puede exigirse de una persona (deudor o ejecutado), en favor de otro (acreedor o ejecutante): en esto consiste el título de ejecución*" (Moreno, 2009, pág. 75). De acuerdo a esta definición todo título de ejecución reúne los siguientes elementos: a) *Documento* que por disposición legal se convierte en título de ejecución, el que por su sola existencia fundamenta la pretensión ejecutiva, totalmente independiente de la obligación

que se ha documentado y de su exigibilidad, basta con que el documento reúna los requisitos formales que exige la ley; b) La *obligación* se encuentra documentada la misma que genera un *deber* cuyo cumplimiento se pretende y que puede consistir en dar, hacer, no hacer o soportar alguna cosa. "*Ello no quita para que la obligación documentada pueda haber devenido inexistente o inexigible, porque se hubieran producido desde la formación del título hasta la iniciación del procedimiento de ejecución hechos extintivos o excluyentes que desvirtúen la validez o exigibilidad actuales de la prestación, al menos tal y como aparece en el título de ejecución*" (Moreno, 2009, pág. 76), lo cual significa que el órgano judicial debe sustanciar la causa de acuerdo al título formalmente regular, sin perjuicio que la excepción de pago de la obligación, por ejemplo, deje sin validez o sin eficacia tal proceso; y, c) Las *partes legitimadas* derivan de las personas que aparecen en el mismo título como acreedores y deudores.

El título de ejecución deriva en un proceso que concluye con una sentencia que condena al demandado a dar, hacer o no hacer, obviamente, es de naturaleza jurisdiccional y se encuentra amparado por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Art.75 CRE) que comprende un debido proceso con derecho de defensa. Sin embargo, hay que ejecutar lo juzgado también en sede jurisdiccional, e igualmente como ejercicio del mismo derecho fundamental a la protección, o tutela judicial que se hace *efectiva* sólo mediante el cumplimiento de las decisiones judiciales por los propios órganos de la judicatura competentes.

Esta es la situación general, sin embargo esto no excluye "*que exista también una vía de ejecución administrativa, a través de la cual el Estado y otros entes públicos pueden hacer efectivas las deudas tributarias y demás cantidades que deben percibir como ingresos de Derecho público. La ejecución administrativa funciona de un modo autónomo e independiente de la ejecución forzosa de naturaleza jurisdiccional*" (Moreno, 2009, pág. 30). Así lo corrobora el artículo 162 del ERJAFE cuando habilita a la Administración pública para proceder a la "*la ejecución forzosa de los actos administrativos*", es decir, a ejercer la autotutela ejecutiva que tratamos antes. De la misma forma el Código Orgánico Tributario precisa que la ejecución de los créditos tributarios se realicen mediante acción coactiva (Art.157), en forma privativa "*por los funcionarios recaudadores de las administraciones tributarias con sujeción a las disposiciones de esta sección, a las reglas generales de este Código y supletoriamente, a las del Código de Procedimiento Civil*" (Art. 158), completando el ERJAFE el sistema de ejecución forzosa mandando que "*si en virtud de acto administrativo hubiera de satisfacerse cantidad de dinero, se seguirá el procedimiento previsto en el Código Tributario, salvo lo previsto en leyes especiales*" (Art. 164.1).

No se puede negar que realizan funciones similares la ejecución forzosa de los actos administrativos (*autotutela ejecutiva*) y la ejecución de los procesos judiciales (*potestad jurisdiccional*), dado que en ambas existe un título de ejecución que en un caso, es el acto administrativo y en el otro, una sentencia judicial; es decir en los dos supuestos hay una actuación del Derecho, pero tienen distinta naturaleza jurídica ya que "*en el primer caso, estamos ante un procedimiento de ejecución administrativa cuya finalidad es hacer cumplir forzosamente al administrado el acto administrativo que aquél se niega a obedecer. Se trata, pues, de que la Administración, que ha dictado el acto, le da ejecución sin la voluntad*

del obligado o en contra de ella. De este modo, la Administración satisface por sí misma el contenido de su declaración de voluntad. En el segundo caso, hay un procedimiento de ejecución judicial en el que un tercero –el juez-satisface una pretensión jurídica de ejecución ajena, en la que no está interesado" (Lafuente, 1992, págs. 50-51). Es decir, en el primer caso la autora de la manifestación de voluntad administrativa (*declaración*) tiene interés en la ejecución, en el segundo supuesto el juez es un tercero que interviene en una situación jurídica ajena, dado que en ella ocupan distintas posiciones sujetos con los cuales el tercero imparcial no comparte interés alguno. Esta diferente naturaleza jurídica, administrativa (*autotutela*) la primera, jurisdiccional la segunda (*potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*) explica el mandato constitucional del control judicial de legalidad de los procedimientos de ejecución forzosa en los términos que prescribe el artículo 173 de la Constitución de la República.

Es importante destacar que la ejecución forzosa de naturaleza jurisdiccional para hacer efectivas obligaciones pecuniarias, o las que no lo sean exige un título ejecutivo previo (sentencias de condena, acuerdos judicialmente autorizados, laudos arbitrales, títulos nominativos extrajudiciales, etc.), mientras que la ejecución forzosa de naturaleza administrativa exige como título de ejecución un acto administrativo contentivo de obligaciones de dar, hacer, no hacer o soportar. Ambas especies de títulos tienen eficacia ejecutiva por la ley otorgada "*a una decisión fundada en verosimilitud, pues el título no puede ser visto algo que proviene de la existencia del derecho, sino como una simple opción para su realización concreta*" (Marinoni, 2007, pág. 38). Lo que nos debe hacer concluir que el título ejecutivo «sentencia» mientras no tenga efectos de cosa juzgada y el título configurado por un acto administrativo hasta tanto no haya causado estado, o se contenga en una resolución administrativa ejecutoriada, sólo gozan de una presunción de certeza en cuanto al derecho que evidencian y que la ley les otorga fuerza ejecutiva para asegurar la ejecución anticipada que garantice la ejecución plena, o efectiva de la tutela judicial.

VIII. LA EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO NACE DE SU PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD.

El profesor Alejandro NIETO expresa lo medular sobre la ejecución de los actos administrativos cuando enuncia que "*Los actos se ejecutan por la Administración cabalmente porque se presumen legales. Sin que los derechos de los ciudadanos se vean quebrantados, desde el momento en que la presunción puede ser deshecha por los Tribunales*" (Nieto, 1987, pág. 8).

En efecto, la ejecutoriedad del acto administrativo nace de la presunción de su conformidad con el ordenamiento jurídico, lo que es común a todos los actos expedidos por órganos del Estado, pues, como dice Bartolomé FIORINI, "*toda ley se presume constitucional, toda sentencia se presume válida y todo acto administrativo se presume legítimo*" (1976, pág. 348).

La presunción de legitimidad es calificada como *iuris tantum*, por lo tanto, legal, relativa, provisional y transitoria que puede ser derrotada por el administrado, demostrando que el acto es contrario al ordenamiento jurídico, o en el caso de nulidad manifiesta, invocando la nulidad absoluta. "*La legitimidad representa en el Estado de Derecho la razón lógica, la justificación moral de la*

ejecutoriedad. La Administración tiene poder para compeler, posee la fuerza suficiente para hacer ejecutorios sus actos venciendo la resistencia que puedan oponer los particulares" (Rodríguez, 1949, pág. 37), claro está, mientras actúe dentro del marco de la juridicidad, pues, de otra forma incurría en vía de hecho administrativa que es pura fuerza proscrita por el Derecho. ALESSI en la misma línea dice que "*La supremacía de la Administración se expresa no sólo en la fase de emanación del acto, sino en la fase sucesiva de realización coactiva del acto en caso de falta de cumplimiento espontáneo. En esta fase la supremacía de la Administración viene referida a los institutos de ejecutoriedad del acto administrativo y a la autotutela de la Administración*" (1970).

La ejecución forzosa del acto administrativo es, en consecuencia, derivación de la legalidad presumida de esa decisión de la Administración pública y "*admitir lo contrario es defender, por un lado, la validez y eficacia del acto administrativo desde su emisión, para posteriormente impedirle que su contenido se materialice por la propia Administración, lo que equivale a dificultar que aquella armonice la realidad concreta, modificada por la decisión administrativa, con el ordenamiento jurídico; esto sería lo mismo que proponer para el acto administrativo una imperatividad mitigada y predicar del mismo una presunción de legalidad que quedaría desvirtuada ante la menor resistencia del particular. Ello supondría, en la mayor parte de las ocasiones, un entorpecimiento de la satisfacción de los intereses públicos*" (Lafuente, 1992, pág. 34-35).

En consecuencia, el acto administrativo es título de ejecución forzosa cuando goza de la presunción de legitimidad, la que no surge cuando el acto administrativo ha sido declarado ilegal, o se ha invocado, por parte del administrado, su nulidad de pleno derecho, esto es, que adolece de algún vicio insubsanable que provoca irremediablemente su nulidad con efectos retrotraídos desde su origen mismo. En cambio, subsiste la presunción de legitimidad cuando el acto ha sido recurrido por mera irregularidad o disconformidad con el ordenamiento legal vigente y por ello, puede ser ejecutado (Art.189. 1 ERJAFE), salvo que opere la suspensión de sus efectos "*previa ponderación suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público, o a terceros, dispondrá la suspensión y de oficio o a solicitud del recurrente, suspenderá la ejecución del acto impugnado cundo la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación*" (Art.189.2 ERJAFE).

IX. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS DE PLENO DERECHO ¿GOZAN DE LA PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD Y SON EJECUTIVOS?

La mera afirmación de la existencia, en un acto administrativo, de un vicio que causa la nulidad de pleno derecho que haga en recurso de impugnación interpuesto por el administrado no es suficiente para que destruir la presunción de legitimidad y en consecuencia, tampoco la ejecutoriedad del acto administrativo, por lo que no se frustra su ejecución. Lo que nos lleva a sostener que el acto nulo de pleno derecho puede ser ejecutado forzosamente, salvo cuando sea manifiesto el vicio que lo invalida.

El ERJAFE no se adhirió a esta tesis desde el año 2000 hasta el 2007 que rigió la norma que contenía el numeral 2 del artículo 189: "*Si el recurso se fundamenta en alguna de las causas de nulidad de pleno*

derecho previstas en el artículo 130 de este Estatuto, la ejecución del acto se suspenderá inmediatamente con la presentación del recurso". La norma la derogó el Ejecutivo mediante Decreto Ejecutivo No. 171 (R.O. 47 del 21 de marzo del 2007) por las siguientes consideraciones:

> Que los actos administrativos de la Administración Pública Central e Institucional de la Función Ejecutiva gozan de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad, por ende deben de cumplirse;
>
> Que la parte final del número 2 del artículo 189 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, establece la suspensión del acto administrativo impugnado cuando el recurso se fundamente en algunas de las causales de nulidad de pleno derecho;
>
> Que lo establecido en la norma citada contradice lo dispuesto en el artículo 68 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, respecto de la presunción de legitimidad que gozan los actos de la Administración Pública, y además de lo dispuesto en la primera parte del número 2 del artículo 189 que faculta al órgano que le compete resolver el recurso sobre la suspensión, o no del acto impugnado, previa ponderación suficientemente razonada;
>
> Que un criterio contrario al expuesto, puede provocar un fenómeno sumamente dañino para los intereses de la Administración Pública, ya que bastaría con un sencillo recurso invocando una nulidad de pleno derecho de las mencionadas en el artículo 130 del ERJAFE, para que el administrado de forma inmediata paralice los efectos de un acto administrativo, sin previa ponderación de la administración, con lo cual se sacrificaría el interés público que es el fin por el cual actúa la Administración Pública, por el interés particular (…).

La equivocación del Ejecutivo es manifiesta al afirmar una contradicción entre la eficacia de los actos administrativos ("*deben cumplirse*") y la ejecutoriedad de los mismo (*fuerza potencial para que se cumplan forzosamente*), pues, lo que el Estatuto prescribía es la ineficacia de la presunción de legitimidad frente a un vicio insubsanable del título de ejecución (*acto administrativo*) y como consecuencia, la falta de fuerza ejecutoria para hacerlo eficaz por la fuerza (*ejecutividad* o *coacción*). El ERJAFE disponía que la regla general de la presunción de legitimidad y su consecuente ejecutoriedad eran, ambas características, inherentes a los actos administrativos (Art.189.1) y que la suspensión de los efectos ejecutivos se debía realizar previa ponderación de los intereses en juego (Art.189.2), pero, por excepción, afirmada la invalidez absoluta del acto, en recurso formalmente interpuesto por el administrado, siempre por causa taxativa que constituya vicio insubsanable, *ipso iure* cesaba la presunción de legitimidad y por ello, el acto administrativo quedaba impedido de cumplirse hasta que se decida sobre su nulidad, es decir, podía ser desobedecido.

La derogación de la norma causa mayores problemas a los titulares de los órganos administrativos, pues, dada la retroactividad de la nulidad de pleno derecho o su eficacia *ex tunc*, esto

es, desde su origen mismo, ahora, en caso de ejecución aquel, de no proceder a la suspensión rogada, queda con la obligación de responder por los daños y perjuicios causados.

La cuestión de la suspensión de los efectos de los actos nulos de pleno derecho ,o de su inejecución, no obstante haber sido recurridos por el interesado, ha quedado en igual plano que en los actos regulares y los anulables, esto es, son susceptibles de ser ejecutados forzosamente, salvo suspensión decidida conforme el número 1 del artículo 189 del ERJAFE. La diferencia, estimamos, es que si se trata de los primeros la suspensión de sus efectos *debe* ser decidida por la autoridad, pues, por lo general los vicios son manifiestos, evidentes y ostensibles, mientras que la suspensión de los efectos de los demás debe someterse a un juicio de razonabilidad para evaluar el daño que se causaría al interés general por dilatar su eficacia y la gravedad de los que causa al administrado su inmediata ejecución. El concepto de irreparabilidad del daño se ha abandonado por imposible de hallar en la realidad, pues, el hecho que la caja fiscal siempre sea poderosa nos da la idea que todo daño puede ser reparado por el equivalente pago indemnizatorio.

X. EL RÉGIMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO VIGENTE EN EL ERJAFE ES APLICABLE A TODAS LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Dijimos antes que la prerrogativa de la autotutela declarativa, así como la ejecutiva, se desarrolla a través de un procedimiento que está determinado en el Ecuador por las normas contenidas en el ERJAFE como común a todas las administraciones públicas y por leyes especiales, como el Código Tributario, Código del Trabajo, Ley de Compañías, Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y otras que rigen para las materias propias del ámbito de cada cual.

Las normas del ERJAFE se aplican a toda Administración Pública, sea o no integrante de la Función Ejecutiva, cuando existen lagunas o se está en juego un valor que exige la presencia de un principio general del Derecho Administrativo para su aplicación. Es claro que si se parte del ERJAFE como categoría normativa reglamentaria y con su órbita material limitada no se explica cómo puede ser aplicado a las administraciones públicas independientes del Ejecutivo, o a las territoriales conformadas por los gobiernos autónomos descentralizados a nivel provincial y cantonal; pero si se enfoca al contenido de estas normas como receptoras de principios generales de Derecho Administrativo, se llega a la conclusión de su debida aplicación a toda la materia concerniente a las administraciones públicas.

La fuente originaria, en estos casos, puede ser una norma del ERJAFE que tiene rango reglamentario, la misma ha sido receptada por la que contiene el Art.28 de la Ley de Modernización: "*La formación, extinción y reforma de los actos administrativos de las instituciones de la Función Ejecutiva, se regirán por las normas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.*" y así se preserva el principio de legalidad en la materia administrativa inherente a la órbita del ejecutivo**.**

La actividad administrativa se desarrolla a través de las distintas categorías de las manifestaciones de voluntad de la Administración Pública Central o Institucional de la Función

Ejecutiva, sean actos normativos, actos administrativos, vías de hecho o contratos. Toda esta actividad está regulada y se rige por la normativa común que prescribe el ERJAFE. Esto es, el régimen jurídico de la actividad administrativa y del procedimiento administrativo común para la Administración Pública Central e Institucional (Art.1 ídem) de la Función Ejecutiva deriva de esa normativa, mientras que los regímenes que corresponden a las administraciones públicas independientes y seccionales se regulan por las leyes especiales y ambas normativas, se sujetan, para su validez jurídica, a la CRE y en caso de falta de preceptos positivos de rango legal, se someten a los «*principios generales*» que rigen en el ámbito del Derecho Administrativo que es dogmáticamente autónomo y que prevalecen sobre reglamentos, ordenanzas y demás normas menores. "*Así pues, los principios jurídicos que no se encuentren positivizados en la Constitución se sitúan en el escalón jerárquico inmediatamente inferior al de las normas de rango legal, pero por encima de las de rango reglamentario*" (Beladiez, 2010, pág. 172). El orden jerárquico de prevalencia es Constitución, leyes, principios generales, reglamentos y normas menores (instructivos, circulares, etc.). Debiendo aclarar que los *principios generales* cuando son receptados positivamente por las dos primeras categorías adquieren el rango jerárquico de estas, así por ejemplo, el principio del debido procedimiento administrativo tiene jerarquía constitucional (Art.76.3 CRE) y los principios de eficiencia, agilidad, transparencia, coparticipación en la gestión pública y solidaridad social tienen rango legal (Art.3 LEMYP).

En los casos de lagunas normativas y de valoraciones jurídicas, es menester aplicar principios generales del Derecho Administrativo que se encuentran en su gran mayoría positivados en el ERJAFE, así lo enseña la mejor doctrina. En estos casos se acude a estos principios generales del Derecho que "*se aplican directamente no sólo en el caso de laguna lega;, sino siempre que sea necesario resolver conforme al valor en él contenido (porque) son prescripciones jurídicas y como tales, pueden servir de fundamento para solucionar un conflicto concret.*" (Beladiez, 2010, pág. 160 y 177). Igual criterio es el de los maestros GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNANDEZ quienes sostienen que "*esa idea básica de que no sólo la legalidad escrita vincula de una manera positiva la acción –cualquier acción: plenitud del sometimiento – de los poderes administrativos de cualquier orden; el Derecho, como distinto de la Ley, es aquí el fondo material de justicia que, en el sentido expuesto, expresan precisamente los principios generales y sublegales y que es siempre inexcusable aplicar en la relación Administración-ciudadano como fundamento mismo del orden político*" (2005, pág. 91).

La Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en su Resolución 16-07 de 22-I-2007, R.O. No. 345 (S) de 26 de mayo de 2008, se ha pronunciado enunciando una realidad que compartimos plenamente y que la expresa así:" (…) *que, a juicio de esta Sala,(…) el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo compila una serie de «principios de Derecho Administrativo» que son extensibles, en razón de su propia naturaleza y no por su fuente, a todas las administraciones públicas* (…)". Doctrina jurisprudencial que ha sido reiterada en la Resolución 24-07 de 24-I-2007, publicada en el mismo Registro Oficial y que se resume en dejar precisado que el ERJAFE, además, de sus reglas y a través de estas, incorpora «*principios de Derecho Administrativo*» aplicables a

todas las administraciones públicas, esto aparte y con independencia que aquel y su normativa positiva específica - que es fuente de Derecho en el ámbito del Ejecutivo – integre la categoría de reglamento autónomo y con ámbito de eficacia delimitado a la Función Ejecutiva y sus administraciones central e institucional. La máxima Corte reconoce a través de sus fallos, o sea institucionalmente, la vigencia de los *Principios Generales de Derecho Administrativo* que, como fuente del Derecho Administrativo, se compilan en el ERJAFE.

De lo expresado resulta que el ERJAFE es fuente de Derecho como categoría "reglamento" regulador de lo administrativo de la función ejecutiva, pero su contenido normativo cuando es principio general del Derecho Administrativo, se aplica a todas las administraciones públicas independientes, incluidas las del régimen autónomo territorialmente descentralizado provincial o municipal.

XI. EL PROCEDIMIENTO ES LA FORMA DE EJERCITAR LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Afirmemos, sin necesidad de argumentación, que la relación entre Administración Pública integrante del Estado con el administrado, que también es parte del mismo Estado, es una de poder, en la cual aquella tiene supremacía y a este lo cualifica la sujeción. El poder se manifiesta a través del ejercicio de potestades públicas que cuando se relacionan con el cumplimiento de deberes configuran una función. Precisamente, cuando se hace referencia a una función comprendemos al poder-potestad como algo limitado tan solo al cumplimiento del deber, aquel se ejerce para este fin y no puede extralimitarse de lo necesario para la realización del deber. Por ejemplo, en el ámbito tributario: "*La actividad administrativa desarrollada en la gestión tributaria supone un ejercicio de potestades públicas encuadrables en el tipo de actividades que, por ser jurídicamente relevantes en su conjunto y por estar encaminadas a satisfacer intereses públicos, se comprenden en el concepto de función administrativa*" (Pérez, 2000, pág. 28).

Así, la potestad recaudadora del SRI, al vincularse con el cumplimiento del deber de cumplir la ley, de aplicarla, se convierte en la función administrativa recaudadora, esta encapsulada como potestad-deber y por lo tanto, limitada a la concreción de este. Esta función, amalgama de potestad – deber, se desarrolla o cumple a través de un procedimiento que es, por ello, la forma en que se ejercita la función.

Conforme al artículo 88 del ERJAFE "*los actos administrativos que dicten las administraciones públicas, sea de oficio o a instancia del interesado, se expedirán por el órgano competente y acorde al procedimiento establecido*". Mediante la ejecución del debido procedimiento administrativo se utilizan los mecanismos propios que este contiene para conciliar los derechos subjetivos de las personas y los intereses generales de la colectividad, pues, de esta forma la síntesis, o armonía lograda pasa a reflejarse en la situación jurídica que se declara, se constituye, se reforma o se extingue y así, esa situación de equilibrio entre derechos e intereses comunes, pasa a ser la que materialmente rige en la sociedad. De ahí la trascendencia del procedimiento como garantía de la vigencia de los derechos de los administrados y la vigencia de los intereses generales. Por eso "*todos los procedimientos deben servir al*

objetivo de asegurar y realizar situaciones materiales, haciéndolo por una parte de la forma más efectiva posible y por otra, respetando al máximo los derechos de los ciudadanos, tanto desde el punto de vista individual como colectivo" (Pérez, 2000, pág. 28).

XII. OMISIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEBIDO ES CAUSA DE NULIDAD DE PLENO DERECHO DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

El acto derivado del ejercicio de potestades públicas, o sea, el que se denomina acto de autoridad pública es uno derivado del poder, uno nacido en ejercicio de imperio, de mando, pero cuya concreción se ajusta a límites como el de la competencia y otros que le confieren validez, por lo que en caso de omisión de cumplirlos, el ordenamiento jurídico, le niega tal reconocimiento como acto válido, esto es, el ejercicio de la potestad pública se debe constreñir a un procedimiento, mejor dicho, a un debido procedimiento administrativo. "*Todo acto de autoridad emanado de cualquiera de los órganos estatales involucra un ejercicio de imperio, de mando, de poder ejercido conforme a precisos límites de requisitos de validez y competencia; en suma, de sujeción a un procedimiento. Cuando nos referimos al procedimiento, decimos `garantías y remedios efectivos para el particular`*" (Rodríguez, 1998, pág. 32).

Esta realidad jurídica la recoge nuestra normativa administrativa fundamental, la que recepta los principios generales del Derecho Administrativo, el *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva* (ERJAFE) prescribiendo que:

> Art. 129.- Nulidad de pleno derecho.- (Sustituido por el Art. 1 del D.E. 3389, R.O. 733, 27-XII-2002).-
>
> 1. Los actos de la Administración Pública son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:
>
> e. Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no.

Se trata de la nulidad de pleno derecho del acto formado y que es consecuencia de una vía alejada del procedimiento preestablecido por la ley, pero que, además, omita cuestiones esenciales para que la voluntad de la Administración Pública se forme y exprese. No prevé la prescindencia de formas no esenciales a la conformación de la voluntad administrativa, esto es, aquellas que, de haber existido, no alteran el contenido de esa voluntad, sino sólo las que, al ser omitidas, producen un contenido de la voluntad del órgano administrativo viciada y que pudo haber sido otro de haberse cumplido con la exigencia formal omitida. Por ejemplo, no conceder, en un procedimiento impugnativo, el término de prueba para que se pueda derrotar la presunción de legitimidad del acto es una omisión sustancial, así como lo es el marginamiento de un informe necesario o vinculante.

Se trata de dos causas la falta del procedimiento y la violación, durante el procedimiento de adopción del acto, de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Sólo nos referiremos a la primera que, en la interpretación actual alejada de la literalidad, se produce no sólo cuando el acto administrativo es expedido sin previo procedimiento, sino también cuando se omite un trámite esencial o cuando se sigue un camino procedimental distinto al legalmente previsto, tal como lo admite la doctrina en forma pacífica.

El procedimiento administrativo es una garantía al libre ejercicio del poder público constitutivo de una vía de hecho que es lo que está prohibido y se pretende impedir y para esta finalidad, es que se sanciona con la nulidad a la omisión del debido procedimiento; pero, sin embargo, que no hay que confundir el vicio de procedimiento como incumplimiento de toda garantía formal con la violación de algún trámite que lo componga. No es el mismo supuesto que se produzca una actuación sin ninguna garantía de legalidad y el hecho que se hayan incumplido alguna, o algunas garantías determinadas en la ley. "*Se trata de supuestos distintos y por ello la forma no tiene el mismo valor en uno y otro caso*" (Beladiez, 1994, pág. 120).

Por lo expuesto antes, se hace necesario considerar, primero, la finalidad que cumple la garantía procedimental infringida para concluir si tiene fuerza invalidante. La pregunta que debe formularse como prioritaria es si la omisión del cumplimiento del trámite concreto impide conocer si el contenido del acto es jurídicamente válido y esto, porque la finalidad de todo procedimiento es asegurar que el contenido del acto sea adecuado a Derecho. De aquí surge la tesis que cuando el contenido del acto es adecuado a Derecho, esto es, se trata de un acto jurídicamente correcto por su contenido, la omisión de un trámite no tiene fuerza invalidante. En estos casos, justificado sólo si se trata de actos reglados "*la intrascendencia del vicio de forma (esto es, de una concreta formalidad) cuando esta no persigue otra finalidad que la de garantizar la legalidad material del acto y esta ha sido conseguida*" (pág. 122). No así cuando se trata de actos discrecionales en que la formalidad omitida tiene como finalidad garantizar la oportunidad de la decisión que adopta la Administración, pues, en estos casos la forma se constituye en una garantía frente a la arbitrariedad, dice la misma autora en cita.

Por otra parte, no es desconocido que en un procedimiento administrativo los derechos de las personas que pueden ser conculcados son los de tutela judicial y de defensa y esta es la finalidad esencial a cumplir por todo procedimiento: su garantía de intangibilidad que enuncia la norma que contiene el artículo 75 de la Constitución de la República.

Si partimos de la realidad que los actos administrativos pueden causar, a los destinatarios de estos, perjuicios -y muy graves- de orden patrimonial y en sus posiciones jurídicas, en general por atender la satisfacción del interés general, al menos debe darse al administrado la posibilidad de defenderse. En ningún caso se aceptará la validez de un acto administrativo, que haya sido adoptado en un procedimiento que vulnere alguna forma que sea garantía del derecho de defensa y por lo mismo, del derecho a la tutela judicial efectiva, por ejemplo, aquellas actuaciones de la Administración

mediante actos de mero trámite interno, sin conocimiento del administrado, para lograr la determinación de una deuda contra este la cual es comunicada sólo en el procedimiento de ejecución. El sujeto ejecutado no ha tenido oportunidad de defenderse en sede administrativa y por ende, tampoco ante la jurisdicción. Dice la misma profesora BELADIEZ, "*cuando se trate de actos de gravamen, la Administración no sólo está obligada a dictar el acto con un contenido conforme a Derecho, sino que, además de esta legalidad material, debe siempre respetar el derecho de defensa de los particulares*" (Beladiez, 1994, pág. 125).

Toda formalidad que sea necesaria para que se cumpla con la finalidad constitucional y "*deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines*" (Art.226 CRE) y que se omita causa la nulidad de pleno derecho del acto que se trate. La eficacia de la Administración Pública en la satisfacción del interés general depende del cumplimiento del deber de coordinación que tienen diferentes órganos de la misma administración como las administraciones entre sí.

Cuando el vicio de forma se constituye en un impedimento para que otras administraciones ejerzan sus propias competencias concurrentes, se está conculcando la posibilidad que el acto cumpla con uno de los objetivos que el Derecho pretendía conseguir y por lo tanto, debe ser declarado inválido.

La conclusión a la que llegamos es que las formas del procedimiento tienen valor en cuanto sirven para garantizar la legalidad de fondo de todo acto administrativo, pero algunas tienen además otras finalidades valiosas para el Derecho y relevantes para el interés público, cuando se omite uno de estos trámites procedimentales la nulidad de pleno derecho opera sin duda alguna.

XIII. LOS EFECTOS DE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO

Primero establezcamos que la eficacia de un acto administrativo depende de la validez de este, siendo aquella la obligatoriedad de lo que es propio del acto en cuestión. La validez, en cambio, es la pertenencia del acto administrativo como parte del ordenamiento jurídico.

Las causas de nulidad de pleno derecho o absoluta llevan "*consigo que los actos administrativos así viciados carezcan, como regla, de eficacia, que no sean susceptibles de desplegar ningún tipo de efectos jurídicos, siendo su ineficacia, su inhabilidad o incapacidad para producir efectos jurídicos, total y absoluta*" (Bocanegra, 2004, pág. 104).

Los efectos de la nulidad absoluta, o de pleno derecho es que elimina la validez del acto y lo torna ineficaz *ab initio,* mientras que la declaratoria de esta nulidad sólo elimina la duda mediante la impugnación formal ante el órgano competente de la administración. El tema de la ineficacia y de la presunción de validez de los actos administrativos, para nosotros, se resuelve negando que surja tal presunción de actos jurídicamente inválidos, pues, sencillamente no pertenecen al ordenamiento jurídico, tanto así que "*si la Administración no aprecia la invalidez absoluta del acto nulo (de lo que se trata es sencillamente de evitar que la Administración se vea obligada a cumplir un acto nulo), este no deba ser impugnado, sino todo lo contrario. Los afectados deberían interponer los correspondientes recursos para evitar la consolidación de la nulidad por la vía de los hechos, pero la resolución del recurso,*

si es estimatoria, tendrá un carácter meramente declarativo de la nulidad de pleno derecho y de su ausencia de efectos" (pág. 107).

Por la razón antes expresada de la invalidez *ab initio* del acto administrativo nulo de pleno derecho este es recurrible en todo tiempo, pues, la nulidad es indisponible para los sujetos de la relación jurídico-administrativa. El recurso de revisión por nulidad de pleno derecho puede ser interpuesto en cualquier tiempo, sin sometimiento a plazo alguno. No hay prescripción de la acción de nulidad que, por el contrario, es imprescriptible.

También, como efecto de la nulidad absoluta de los actos administrativos, debe afirmarse que ella es insubsanable, siendo subsanable sólo los actos que son anulables.

La declaración de nulidad produce siempre efectos *ex tunc*, mientras que el acto que declara la anulabilidad tiene efectos *ex nunc*, no obstante, según los casos, pueden producirse ambos efectos en supuestos de nulidad de pleno derecho. Cuando el acto se consuma en una sola ejecución, el efecto de la nulidad de pleno derecho es *ex tunc*, pero la nulidad declarada de un acto que se ejecuta en el tiempo (una pensión) puede tener efectos sólo *ex nunc* por el principio de confianza que debe ser protegido.

XIV. LA SUSPENSIÓN DE LA EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La suspensión de los efectos de un acto administrativo no significa otra cosa que la cesación temporal de la eficacia del acto para evitar la consumación, en el mundo de los hechos, de su contenido regulativo. Siempre opera como medida cautelar que asegure el resultado de la acción o recurso interpuesto contra el acto y por lo tanto, también siempre será exigible para su otorgamiento el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* a cargo del requirente. Es como medida cautelar, elemento inescindible del derecho fundamental a la tutela administrativa de los derechos de los administrados y también, de la tutela judicial efectiva.

Si bien la suspensión, por lo general, debe ser objeto de requerimiento expreso por parte de los administrados, la ley puede ordenarla para que opere sin necesidad de declaración administrativa o judicial (*ipso iure*), cuando ocurren determinadas condiciones como, por ejemplo, la interposición de un recurso o por silencio administrativo con efectos positivos.

Los efectos de la suspensión declarada u ordenada por la ley son para los destinatarios de los mismos; es decir el administrado y la administración pública que se trate. Para esta surge la obligación de paralizar la ejecución de los efectos del acto administrativo y para aquel nace el derecho subjetivo a lograr que se produzca esa paralización administrativa.

De lo que se trata es de neutralizar la ejecutividad del acto administrativo, pues, la presunción de legitimidad del mismo se mantiene inalterable y sólo puede ser destruida o vencida al momento de dictarse resolución administrativa o sentencia judicial estimatoria de su impugnación por razón de legalidad.

Sobre la competencia de hacer cumplir la suspensión de la eficacia de los actos administrativos, cuando la Administración no quiere cumplir la decisión judicial voluntariamente, ya sea reiterando la

dictación de actos homogéneos o dilatando el tiempo de hacer efectiva la suspensión, le corresponde al Juez que ordenó la suspensión, pues, esta fase es parte del deber de prestación de la tutela judicial efectiva.

XV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alessi, R. (1970). *Instituciones de Derecho Administrativo.* Barcelona: Bosch.

Ariño, G. (1973). Sobre el concepto de Administración Pública y el Derecho Administrativo. *Programa de Derecho Administrativo y guía para su estudio*, 48-58.

Beladiez, M. (1994). *Validez y eficiacia de los actos administrativos.* Madrid: Marcial Pons.

Beladiez, M. (2010). *Los principios jurídicos.* Madrid: Civitas.

Blanquer, D. (2010). *Derecho Administrativo.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Bocanegra, R. (2004). *Lecciones sobre el acto administrativos.* Madrid: Civitas.

Duguit, L. (1927). *Tratado de Derecho Constitucional.* Paris: Ancienne Librairie Fontemoing.

Enterría, G. d., & Fernández, T. R. (2005). *Curso de Derecho Administrativo.* Madrid: Thomson-Civitas.

Fiorini, B. (1976). *Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Huergo Lora, A. (1998). *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas.* Madrid: Civitas.

Lafuente Benaches, M. (1992). *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública.* Madrid: Tecnos.

Lucas Cordeiro, M. (2007). Sobre la ejecutoriedad del acto administrativo. En *Derecho Administrativo.* Caracas: Paredes.

Marinoni, L. G. (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.* Brasil: Palestra.

Moreno Catena, V. (2009). *La ejecución forzosa.* Lima: Palestra.

Nieto García, A. (1987). Actos administrativos cuya ejecución precisa una entrada domiciliaria. *RAP*, 7-60.

Pérez Arraiz, J. (2000). *La liquidación y comprobación tributaria.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Rodríguez Moro, N. (1949). *La Ejecutividad del acto administrativo.* Madrid: Publicaciones del Instituto de Estudios de Administración Local.

Rodríguez, M. J. (1998). *El acto administrativo tributario.* Buenos Aires: Ábaco.

Romano, S. (1964). *Fragmentos de un diccionario jurídico.* Buenos Aires: Europa-América.

Zavala Egas, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo.* Guayaquil: EDILEX.

MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS: RECURSO DE APELACIÓN Y RECURSO DE CASACIÓN

Francisco Javier Albuja Varela [19]

Agenor Martí (1943), sobre El Proceso de
Franz Kafka: "…late la intimidad ultrajada de un
hombre común y corriente en un día cualquiera, por el
mecanismo opresivo que cosifica al ser humano,
lo colectiviza y lo convierte en un número más
de los sentenciados a perder la libertad más elemental
a manos de las maquinarias del poder".

I. INTRODUCCIÓN

Luego de recibir la gentil invitación del señor decano de la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo de la Universidad Espíritu Santo, magíster Tito Quintero Jaramillo, para participar como ponente en el Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal COGEP, consideré abordar a dos de los mecanismos de impugnación procesal contenidos en el nuevo Código como temas de relativa importancia a ser tratados y dirigiendo tal análisis hacia el recurso de apelación y el recurso de casación. Esto por cuanto el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) aborda el desarrollo de aquellos a la luz de ciertas consideraciones existentes, tanto en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley de Casación, regulándolos y sobretodo ubicándolos de este modo en un solo cuerpo normativo.

Como primer punto entonces, a mi juicio resultó adecuado que el legislador incluya la regulación del recurso de casación dentro del COGEP (Capítulo IV, Título IV), en la medida en que con el transcurso de los años ha sido ampliamente consolidada y ratificada la necesidad de contar con un órgano jurisdiccional de control de legalidad de las decisiones judiciales (Corte Nacional de Justicia), en reemplazo de la *tercera instancia* que existió hasta la década de los noventa. En este sentido, las consideraciones legislativas para que el recurso de casación sea incorporado en el cuerpo normativo

[19] Licenciado en Ciencias Jurídicas y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista Superior y Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar. Candidato a Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad San Francisco de Quito. Miembro y vocal del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal. Docente invitado de posgrado en la Universidad Andina Simón Bolívar. Docente tiempo parcial de la Universidad Espíritu Santo. Ex coordinador constitucional jurisdiccional y asesor de la Corte Constitucional del Ecuador y ex director de derechos humanos del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Autor de la obra "Ejecución de sentencias internacionales – Mecanismos jurídicos para su efectividad" publicada por la Universidad Andina Simón Bolívar y la Corporación Editora Nacional, 2015.

resultan razonables en la medida en que se codifica todo el régimen de recursos procesales de los procesos no penales y no constitucionales en este cuerpo normativo.

Ahora bien, antes de entrar en el estudio y revisión de las características jurídicas de los mecanismos de impugnación propuestos, considero importante hacer una breve mención a la importancia de que aquellos existen como manifestación jurídica del derecho constitucional, a la tutela judicial efectiva y que esta a su vez se sustenta en la teoría general del proceso, por cuanto para comprender adecuadamente los fines y propósitos de los recursos procesales en un esquema de administración de justicia orgánica, es fundamental comprender qué principios y derechos constitucionales sustentan la posibilidad de ejercer tal actividad ante dichos órganos de administración de justicia.

II. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y RECURSOS PROCESALES

Cuando Vanesa Aguirre Guzmán cita a Gimeno Sendra y a José Garberi Llobregatr, formula una idea según la cual sostiene que el derecho a la jurisdicción constituye la constitucionalización del derecho de acción o dicho en otras palabras, se trata de la *acción constitucionalizada* y señala para el efecto que tal afirmación "… encuentra sin lugar a dudas su origen en la autonomía del derecho de acción, la cual hoy se reconoce indiscutiblemente y que ayuda a comprender que hay un derecho a la tutela jurisdiccional abstracta, con independencia de la existencia o ficción del derecho material controvertido" (Aguirre, 2012, pág. 94-95).

La teoría de la acción que compone parte de la teoría general del proceso[20] se traduce en aquella posibilidad jurídica de activar el órgano jurisdiccional a través de la formulación de una o varias pretensiones específicas y de obtener de aquel una decisión fundada en derecho y debidamente motivada, debiendo aclarar en todo momento que la distinción entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se distingue del derecho subjetivo o material que se persigue tutelar, en la medida en que el primero constituye un derecho abstracto que se consolida en la actividad misma del órgano jurisdiccional y de las partes a través de la actividad probatoria, pero que no se encuentra condicionado a la aceptación de la pretensión perseguida.

Esta misma lógica debe ser abordada cuando analizamos la relación entre la tutela judicial efectiva y la posibilidad de impugnar decisiones judiciales a través de los recursos y de conformidad con el ordenamiento jurídico. En efecto, entre las garantías que componen el debido proceso y que constan en el artículo 76 de la Constitución de la República, se encuentra aquella contenida en la letra *m* del numeral 7 de dicho artículo, cuando establece la garantía de "Recurrir del fallo o resolución en

[20] Sugiero la revisión de Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, págs. 175 a 189, quien establece las siguientes postulaciones: a. *Teoría de la acción como elemento del derecho material subjetivo y como este derecho en movimiento*; b. *Teoría de la acción como autónoma e independiente;* c. *Teoría de la acción como facultad del derecho de la personalidad;* d. *Teoría de la acción como derecho subjetivo público para obtener la tutela del Estado por sentencia favorable;* e. *Teoría de la acción como derecho concreto, autónomo, potestativo y privado;* y, f. *Teoría del derecho subjetivo procesal, abstracto y público para el cumplimiento del proceso.*

todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos". Sin embargo, a mi juicio el constituyente incurrió en una falta de precisión al momento de redactar esta garantía por cuanto en muchas ocasiones se asume que la actividad procesal de *impugnar* constituye en sí mismo un *derecho de las partes* en lugar de una garantía y bajo esta consideración, se ha llegado a afirmar en el foro y en no pocas ocasiones, que la imposibilidad de impugnar implicaría teóricamente en una negación, desconocimiento o restricción de un derecho.

Mediante sentencia n°. 216-14-SEP-CC, la Corte Constitucional del Ecuador al resolver el caso n°. 0997-12-EP, expresó que el derecho [garantía] a recurrir de las decisiones judiciales "constituye una garantía constitucional que, al haber sido insertada en la Constitución, permite limitar las actuaciones de los jueces en las causas sometidas a su conocimiento, en razón de ser proclives a cometer errores, todo lo cual es subsanado mediante la tutela judicial que debe estar garantizada por un juez, o tribunal de instancia superior, el cual examinará si la actuación del juez *a quo* es conforme con la Constitución y las leyes".[21]

Por ello, es fundamental desarrollar este análisis desde la idea según la cual las garantías procesales de las partes, en efecto, permiten cumplir adecuadamente el ejercicio de la tutela judicial efectiva y con ello, la posibilidad de demandar o exigir derechos subjetivos a través de las pretensiones formuladas al órgano jurisdiccional, pero sin dejar de considerar que el proceso como tal, no pertenece en sí mismo a las partes en virtud del principio de interés público del proceso, en tanto aquel persigue la justicia, la conservación y restauración del orden social. Dicho en otras palabras, las partes disponen de garantías procesales que son ejercidas en el marco del desarrollo del proceso, bajo la égida del juzgador y este de la Constitución y la ley, con el propósito de formular una decisión que resuelva sobre las pretensiones formuladas, pero debiendo tomar en cuenta que tales garantías procesales no nacen ni son consecuencia de la esencia de la condición humana de los litigantes, como si se tratasen de los derechos humanos; es decir, no debe hablarse en modo laxo sobre un *derecho de impugnar*; de allí es que se explica aquella naturaleza compleja de la tutela judicial efectiva; es decir cuando planteamos la idea de que aquella se trata de un derecho constitucional en sí mismo: las personas tienen derecho a la tutela judicial efectiva; mas su propósito primigenio radica y se dirige hacia la protección de otros de derechos de las personas, sean estos constitucionales, subjetivos, etc.

La tutela judicial efectiva es un derecho constitucional complejo de orden público y si este tiene una naturaleza pública, los mecanismos de impugnación procesal también deben ser comprendidos como garantías de orden público y por lo tanto son reguladas desde el ordenamiento jurídico y no se encontrarán sujetas a la sola voluntad de las partes, con las salvedades previstas en la ley. Dicho en otras palabras, para comprender adecuadamente la regulación del régimen de recursos procesales como parte de la tutela judicial efectiva, debemos aceptar aquella premisa que explica que los mecanismos de impugnación, no constituyen *derechos* subjetivos de las partes en un litigio; son garantías adjetivas y su finalidad es adjetiva, cuyo propósito principal radica en que otro juzgador, en el

[21] Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n°. 216-14-SEP-CC, caso n°. 0997-12-EP.

caso de los recursos verticales, sea revisada por un juez o tribunal orgánicamente superior y de acuerdo a la naturaleza y características del mecanismo.

Sin embargo de lo expresado y aun cuando este planteamiento pudiese gozar de suficiente claridad teórica, la práctica en el foro no ha resultado suficientemente receptiva para entender los alcances de esta garantía del debido proceso y en muchas ocasiones, se ha venido afirmando en la práctica procesal que la negativa de un recurso, por sí sola, afecta al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y al debido proceso y que tal trasgresión debe subsanarse tal afectación mediante la aceptación de la acción extraordinaria de protección establecida en el artículo 94 de la Constitución de la República y en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Los recursos procesales son instituciones de configuración legislativa y existen en la medida en que el legislador determina su existencia, procedencia, organicidad, límites, alcances, efectos jurídicos y por lo tanto la impugnación procesal debe ser tratada desde las especificidades de origen legislativo. La no concesión de un recurso por causas establecidas en la ley, no implica *per se* una afectación a la tutela judicial efectiva y al debido proceso y es justamente por ello que cada caso debe ser analizado de modo individual en el evento de llegarse a impugnar una decisión judicial a través de la garantía jurisdiccional mencionada previamente; además, es fundamental tener en cuenta que el principio de *doble instancia* que es una de las formas de garantizar la impugnación procesal – no la única -, no es un principio absoluto en tanto no todo tipo de decisión judicial merece ser impugnada y resuelta por una instancia superior ni que por ello, en aplicación de la garantía establecida en el artículo 76, numeral 7 letra *m* de la Constitución de la República, los justiciables se encuentren facultados a exigir al juez que todo acto procesal del juez deba ser impugnado a dicha segunda instancia.

La Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición mediante sentencia n°. 017-10-SCN-CC de fecha 05 de agosto de 2010 y al resolver la consulta de constitucionalidad de la norma contenida en el artículo 498 del Código de Procedimiento Civil, señaló en cuanto al recurso de apelación:

> … el recurso de apelación forma parte de la garantía universal de impugnación contra las decisiones judiciales. Sin embargo, resulta necesario mencionar que la doble instancia mediante el reconocimiento del recurso de alzada no es obligatoria en todos los asuntos que son de decisión judicial, puesto que la ley está autorizada para establecer excepciones siempre y cuando se respete el debido proceso, el derecho a la defensa, la igualdad y no se niegue el acceso a la administración de justicia. (Cita de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia n°. C-377/02).
>
> Lo anterior significa que el principio de la doble instancia no tiene carácter absoluto en el sentido de que necesariamente toda sentencia o cualquier otra providencia judicial es susceptible de ser apelada o consultada, *"pues su aplicación práctica queda supeditada a las regulaciones que expida el legislador dentro de su competencia discrecional, pero sin rebasar el*

límite impuesto por los principios, valores y derechos fundamentales constitucionales (Corte Constitucional de Colombia, sentencia n°. 153 de 1995). Así pues, es facultad del legislador señalar en qué casos los procesos judiciales se tramitarán en dos instancias y en cuáles no. [22]

Además debemos tener en cuenta que los recursos procesales también constituyen mecanismos jurídicos que garantizan acceso a la justicia a través del *acceso* a las instancias orgánicamente superiores (Cortes provinciales y Corte Nacional de Justicia) y por lo tanto, debe existir cierto nivel de formalidad y ritualidad razonable en el cumplimiento de los requisitos que tales mecanismos requieren, dependiendo como es lógico de su naturaleza y propósito y sin que la omisión de meras formalidades constituya un sacrificio a la justicia [23] conforme lo determina el artículo 169 de la Constitución de la República y el artículo 18 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En definitiva, lo que intento señalar es que los recursos procesales son medios para garantizar y concretizar el derecho a la tutela judicial efectiva y al acceso a los órganos de la Función Jurisdiccional, pero que tratándose de medios / garantías, necesariamente requieren de regulación a través del ámbito legislativo y por lo tanto, para entenderlos y manejarlos adecuadamente, es fundamental comprender su diseño legislativo y con ello, garantizar al profesional litigante el uso apropiado de tales herramientas procesales en aplicación de la buena fe y lealtad procesal, sin dejar pasar por alto que no toda limitación a un recurso adjetivo implica por sí sola una afectación a la tutela judicial efectiva que pueda ser impugnada mediante acción extraordinaria de protección, quedando de esta manera, en manos de los litigantes la responsabilidad de hacer uso adecuado y racional de esta garantía jurisdiccional que ofrece el ordenamiento jurídico.

III. REGLAS GENERALES SOBRE IMPUGNACIÓN EN EL COGEP

Para dar inicio al análisis de la presente ponencia, debo señalar en primer término que el capítulo I del título IV del COGEP contiene las denominadas *reglas generales* en materia de impugnación y que los litigantes deben observar al momento de formular recursos en las causas correspondientes a las materias no penales y no constitucionales. Estas reglas se encuentran previstas en los artículos 250, 251 y 252 del COGEP; curiosamente y por razones que aún intento comprender, el primer inciso del artículo 250, establece como primera regla general que en todos los procesos que tengan relación con los intereses *patrimoniales* del Estado, además de las partes intervinientes, estará legitimado para impugnar las providencias judiciales, la Procuraduría General del Estado. Es decir que la primera regla general que debe tenerse en cuenta en materia de impugnación se relaciona con la posibilidad de que el

[22] Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, sentencia n°. 017-10-SCN-CC, caso n°. 0016-10-CN.

[23] Constitución de la República del Ecuador. "Artículo 169.- 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".

legislador ha dotado de legitimidad procesal a los servidores de la Procuraduría General del Estado para formular recursos cuando se trate de procesos que tengan relación con *intereses patrimoniales* del Estado, aclaración que a mi juicio no impide y no excluye que la autoridad judicial dé paso a impugnaciones de resoluciones en donde se encuentren en juego intereses del Estado y que no se agoten en aspectos en aspectos patrimoniales.

El segundo inciso del artículo 250, se encuentra compuesto de dos partes que desde mi punto de vista, al menos en el caso del primero, refuerza lo dicho en líneas anteriores en lo que respecta a que los recursos "deben ser concedidos únicamente cuando estos estén previstos en la ley". La segunda parte de este inciso establece que en el caso de los recursos verticales, es decir, apelación, casación y de hecho, las providencias sobre las cuales se permita esta posibilidad, serán aquellas únicamente que la ley permita, mientras que en el caso de los recursos horizontales, es decir, aclaración, ampliación, revocatoria y reforma, estos son admisibles en todos los casos con las limitaciones que sobre impugnación de sentencias y autos prevé el COGEP.

Finalmente, el último inciso del artículo 250 establece los términos de las sentencias y autos definitivos no dictados en audiencia correrán a partir de la notificación por escrito, lo cual nos permitiría comprender que la impugnación de sentencias y autos definitivos dictados en audiencia, deberían ser impugnados en el mismo acto procesal en el que son dictados. Tómese en cuenta que el artículo 93 del COGEP establece la obligación del juzgador al finalizar la audiencia de *pronunciar su decisión en forma oral* y que la resolución escrita motivada se ha de notificar a las partes en el término de hasta diez días, por lo que desde mi punto de vista, en este caso resultaría aplicable el inciso final del artículo 250.

Por su parte, el artículo 251 del COGEP determina la clasificación de los recursos y que fueron mencionados en el artículo 250 y que en definitiva son: **1.** Horizontales: aclaración, reforma, ampliación, revocatoria; **2.** Verticales: apelación, casación y de hecho; señalando finalmente la norma que cuando un recurso ha sido concedido o negado, no se puede interponer por segunda vez, lo cual es jurídicamente lógico en aplicación del principio de preclusión procesal.

Por último, el artículo 252 complementa lo expresado en el artículo 251 al señalar que en el mismo acto procesal es improcedente interponer recursos horizontales y verticales sucesivos, excepto en el caso de aclaración o ampliación; es decir que con el propósito de respetar el principio de preclusión, resulta contrario a derecho que en un mismo acto procesal, por ejemplo, en la audiencia de juicio en procedimiento monitorio en donde una vez expedida la sentencia oralmente, se interpongan sucesivamente el recurso de ampliación, la revocatoria, la reforma y el recurso de apelación, por el caos procesal que tal conducta provocaría.

Sobre la autoridad de cosa juzgada de las sentencias y de los autos interlocutorios

Otro tema que merece atención al analizar los mecanismos de impugnación procesal, radica en la calidad de cosa juzgada que se otorga a ciertas providencias judiciales. Debemos tener en cuenta que de conformidad al artículo 88 del COGEP, las providencias judiciales se clasifican en autos de

sustanciación, autos interlocutorios y sentencia, desapareciendo los decretos que constan en el Código de Procedimiento Civil.

En el caso de las sentencias y los autos interlocutorios, el COGEP a través del artículo 99 establece que estos pasan en autoridad de cosa juzgada en los siguientes casos: **1.** Cuando no son susceptibles de recurso; **2.** Si las partes acuerdan darle ese efecto (renuncia al derecho de impugnar); **3.** Si se dejan transcurrir los términos para interponer un recurso sin hacerlo; **4.** Cuando los recursos interpuestos han sido desistidos, declarados desiertos, abandonados o resueltos y no existen otros previstos por la ley. En el caso de los autos interlocutorios, el COGEP establece una regla específica en tanto señala que un auto interlocutorio firme, que no sea de aquellos que pone fin a un proceso, puede ser modificado al dictarse sentencia, siempre que no implique retrotraer el proceso.

Ahora bien, en cuanto al principio de inmutabilidad de la sentencia, el artículo 100 establece que cuando una sentencia ha sido pronunciada y notificada**,** cesa la competencia del juzgador respecto de la cuestión decidida y no se podrá modificar la misma en parte alguna aunque se presenten nuevas pruebas. Este último punto, asumo, debe ser entendido en el período de tiempo entre el cual se expidió la sentencia oralmente durante la audiencia correspondiente y el momento en que la misma es reducida a escrito y notificada a las partes procesales, quedando así excluida la posibilidad de presentar tales nuevas pruebas y posteriormente, quedando a salvo la garantía de presentar los recursos de aclaración o ampliación dentro del término correspondiente.

La excepción al principio de inmutabilidad de la sentencia se encuentra previsto en el segundo inciso del artículo 100 cuando establece como posibilidades de modificación de dicho acto procesal lo siguiente: errores de escritura en nombres, citas legales, cálculos o aspectos puramente numéricos, que pueden ser corregidos por el juzgador o a petición de parte, incluso durante la ejecución de la sentencia sin que se modifique el sentido de la resolución. Este aspecto, sin duda fundamental, debe cumplirse en el menor tiempo posible por cuanto de iniciarse la fase de ejecución de la sentencia, dependerá de una descripción exacta y de precisión en cuanto a las obligaciones, por ejemplo aquellas de pago a ser cumplidas contenidas en la sentencia, a fin de no lesionar otro tipo de derechos de quien sufrió agravio con la decisión judicial.

Finalmente, el artículo 101 del COGEP establece el principio de cosa juzgada como categoría procesal que impide a las partes a iniciar un nuevo proceso que guarde identidad subjetiva (intervención de las mismas personas), identidad objetiva (demanda de misma cosa, cantidad o hecho) y se sustente en la misma causa, razón o derecho (causalidad). De todos modos, el principio de cosa juzgada de decisiones judiciales se ha relativizado, en tanto la acción extraordinaria de protección nació a la vida jurídica de nuestro país y permite que cualquier decisión judicial pueda ser revisada por la Corte Constitucional, sin perjuicio de que tal decisión judicial haya continuado con su ejecución en

aplicación de lo previsto en el artículo 62, cuarto inciso de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. [24]

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

El procesalista uruguayo Eduardo Couture, al referirse al recurso de apelación, señala que "la apelación o alzada es el recurso concedido a un litigante que ha sufrido agravio por la sentencia del juez inferior para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior" (2010, pág. 286). El recurso de apelación es aquel mecanismo procesal que materializa la doble instancia y aun cuando se trata de un recurso abierto y ordinario, contiene regulaciones que el COGEP ha establecido en el capítulo III del título IV y que conviene tenerlas en cuenta.

Sobre la procedencia (artículos 256 y 257)

Este recurso procede únicamente en contra de sentencias y autos interlocutorios (quedarían excluidos los autos de sustanciación de acuerdo al COGEP) que son dictados por jueces de primera instancia, así como también en contra de aquellas providencias en las que la ley permite tal interposición. Además, aun cuando este recurso puede interponerse (formularse) en modo oral en la audiencia respectiva, el mismo debe fundamentarse por escrito en el término de diez días de notificada por escrito la decisión impugnada; mientras que en materia de niñez, el recurso debe fundamentarse en el término de cinco días.

Un aspecto que debe tenerse en cuenta es, que tanto la apelación como la adhesión al recurso que no sean debidamente fundamentadas, es decir reducidas a escrito y debidamente justificadas, serán rechazadas de plano y se considerará que el recurso no fue deducido, cuestión que desde mi punto de vista es razonable, en tanto obliga a las partes procesales a responsabilizarse de haber anunciado en audiencia su decisión de formular tal recurso, o de adherirse al recurso presentado por la otra parte y sin que deba ser posible alegar en lo posterior vulneración a la tutela judicial efectiva a través de la acción extraordinaria de protección, por cuanto en este caso, el legislador ha establecido con claridad una carga procesal que corresponde cumplir exclusivamente a quien ha optado por hacer uso de este mecanismo.

En cuanto a las sentencias adversas al sector público, el artículo 256 segundo inciso señala que aquellas se elevarán en consulta a la respectiva Corte Provincial aunque las partes no recurran, a excepción de las sentencias dictadas por los tribunales de lo contencioso administrativo y tributario, debiendo tomarse en cuenta que en estos casos, no se especifica que tales sentencias sean adversas al sector público y que refieran a asuntos patrimoniales, tal como lo describe el primer inciso del artículo 250 mencionado previamente, lo cual desde mi punto de vista constituye un privilegio de la

[24] Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Artículo 62, cuarto inciso: "La admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción".

administración pública y uno de los aspectos que merecen ser analizados a la luz de los principios del derecho administrativo del futuro.[25]

Sobre el procedimiento (artículo 258)

Una vez que el recurso de apelación es fundamentado y Este es notificado a la otra parte, se concede un término de contestación de diez días, que en materia de niñez y adolescencia se reduce a cinco días. Además, tanto en los escritos de fundamentación como en la contestación a la apelación, se concede a las partes procesales la posibilidad de anunciar, prueba que se ha de practicar en la audiencia de segunda instancia, siempre y cuando se trate de acreditar *hechos nuevos*, dándose a notar que el legislador ha pretendido que las cortes de apelación resuelvan los recursos *prima facie* por el mérito de los autos. De igual manera, el COGEP permite la práctica de la prueba que aun cuando verse sobre hechos ya analizados en la instancia, solo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, el artículo 259 establece que cuando el juzgador recibe el pedido de apelación "la admitirá si es procedente", terminología que considero poco técnica por cuanto considero que debía señalarse "la admitirá o inadmitirá de acuerdo a la ley" en tanto la procedencia es una categoría procesal que debe ser utilizada cuando, una vez admitido el recurso de apelación, este será aceptado y su procedencia debe ser declarada en sentencia de segunda instancia; no obstante, se entiende que cuando el legislador utilizó el término "procedente" quiso decir que el recurso será enviado a la corte provincial para su correspondiente pronunciamiento conforme a derecho.

Pero además, este artículo establece que queda en manos del juez de primera instancia la calificación sobre los efectos de la apelación, es decir, si el recurso produce los siguientes efectos: *i.* Sin efecto suspensivo; *ii.* Con efecto suspensivo; y, *iii.* Con efecto diferido, cuyo detalle se encuentra establecido en el artículo 261 del COGEP[26] y debiendo señalar que por regla general, el recurso de apelación se concede con el efecto suspensivo y en el caso de haber una apelación con efecto diferido, la corte provincial deberá pronunciarse en primer lugar sobre ésta y luego sobre la apelación principal.

De igual manera, el recurso de hecho o como lo denomina la doctrina *recurso de queja,* puede ser presentado cuando el recurso de apelación no es admitido, sin embargo aun cuando esta norma no

[25] Sugiero la revisión de Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, Tomo I, Parte General, primera edición, Capítulo II "Pasado, presente y futuro del derecho administrativo", Buenos Aires, 2013.

[26] Art. 261.- Efectos. La apelación se concede: 1. Sin efecto suspensivo, es decir se cumple lo ordenado en la resolución impugnada y se remiten al tribunal de apelación las copias necesarias para el conocimiento y resolución del recurso; 2. Con efecto suspensivo, es decir no se continúa con la sustanciación del proceso hasta que la, o el juzgador resuelva sobre la impugnación propuesta por el apelante; 3. Con efecto diferido, es decir, que se continúa con la tramitación de la causa, hasta que de existir una apelación a la resolución final, este deba ser resuelto de manera prioritaria por el tribunal. Por regla general, la apelación se concederá con efecto suspensivo. El efecto diferido se concederá en los casos en que la ley así lo disponga.

establece un plazo para la presentación del recurso de hecho, el artículo 280 del COGEP señala que el mismo debe ser presentado dentro del término de tres días siguientes al de la notificación de la providencia denegatoria y ante el mismo órgano que la expidió.

Audiencia

De conformidad con el artículo 260 del COGEP, una vez que el tribunal de apelación recibe el expediente, debe convocar a audiencia en el término de quince días en los casos generales y en el término de diez días para la materia de niñez y adolescencia y al finalizar el debate el tribunal pronunciará oralmente su decisión; sin embargo, la norma no establece en qué tiempo debe reducirse la decisión a documento escrito.

Asimismo hay que tener en cuenta que el artículo 238 del COGEP hace mención al *desistimiento del recurso o de la instancia,* señalando que se puede desistir del recurso desde que aquel fue planteado y mientras no haya pronunciamiento en sentencia, salvo que la otra parte también haya recurrido, en cuyo caso se requeriría que aquella también formule desistimiento.

Ahora bien, el COGEP no emite pronunciamiento sobre la falta de comparecencia a la audiencia del artículo 260 por parte del recurrente y qué efectos jurídicos produce tal inasistencia, pero desde mi punto de vista, considero que sería insuficiente considerar que este evento deba provocar el desistimiento del recurso por cuanto fue fundamentado por escrito en la etapa procesal correspondiente y esto sin perjuicio de que tal inasistencia provoque prejuicio al recurrente en cuanto a la práctica las pruebas que pudo haber anunciado en el escrito contentivo de la impugnación, en cuyo caso, la corte provincial podría (nótese la forma gramatical del verbo) considerar que la asistencia a la audiencia constituye una mera formalidad que no debe sacrificar la justicia y por lo tanto, debería resolver el recurso de apelación de acuerdo al mérito de los autos.

Apelación parcial y recursos contra la sentencia de segunda instancia

En cuanto a la apelación parcial, el COGEP determina que puede apelarse parcialmente de la resolución y en cuyo caso se ejecutoriará (el COGEP usa incorrectamente el término “ejecutará”) la parte no impugnada, criterio que no necesariamente comparto porque rompe el principio de unidad e integralidad de la sentencia y podría provocar inconvenientes al momento de ejecutar la misma; en virtud de lo cual considero los jueces de apelación que conozcan y resuelvan una apelación parcial, deberán actuar con suma minuciosidad a fin de no afectar la integralidad de la decisión impugnada y su ejecutabilidad.

Finalmente el artículo 265 establece que frente a las sentencias de segunda instancia únicamente procederán los recursos de aclaración, ampliación y casación en los casos previstos en el propio COGEP, especificación que desde mi punto de vista resultaría necesaria en la medida en que los litigantes hagan uso abusivo de las garantías de impugnación y así solicitar recursos de reforma o revocatorias de las decisiones de segunda instancia, con el propósito de retardar la litis y evitar que el

proceso retorne al juez de primer nivel para su ejecución. En todo caso, el legislador ha aclarado las tres opciones impugnatorias que se encuentran permitidas para este tipo de decisiones.

Como puede advertirse, la regulación del recurso de apelación tiene características puntuales que difieren en algunos casos de la regulación constante en el Código de Procedimiento Civil y creo sin lugar a duda que la práctica procesal nos dará luces sobre el desarrollo de este mecanismo y develará los desafíos que el foro deba enfrentar en la práctica procesal con el recurso de apelación.

V. RECURSO DE CASACIÓN

El capítulo IV del título IV del COGEP regula el recurso de casación, que tal como quedó indicado en la parte introductoria, ingresa en el Código a través de la derogación de la Ley de Casación.

Procedencia

El artículo 266 del COGEP en gran medida replica el contenido del artículo 2 la Ley de Casación, cuando señala que "El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las corte provinciales de justicia y por los tribunales de lo contencioso tributario y administrativo", en cuyo caso pensaríamos que en este grupo se encuentran tanto el proceso ordinario (artículo 289 del COGEP), como el juicio sumario (artículo 332 del COGEP). Sobre el proceso ejecutivo, el último inciso del artículo 354, señala textualmente que "No será admisible el recurso de casación para este tipo de procesos"; en el proceso monitorio, también está excluido el recurso de casación en la fase de oposición de la demanda y esto puede ser advertido cuando en la parte final del artículo 359 se señala "… y en la misma diligencia se dictará sentencia contra la cual sólo caben la ampliación, aclaración y el recurso de apelación".

De igual forma el COGEP establece que este recurso también procede en contra de providencias expedidas por cortes provinciales, o tribunales en fase de ejecución de sentencias dictadas en procesos de conocimiento, cuando estas providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado, cuestión que además de replicar lo que establece el segundo inciso del artículo 2 de la Ley de Casación, tiene sentido y lógica jurídica en cuanto, incurrir en tal conducta resultaría una afectación a la naturaleza de cosa juzgada de las resoluciones judiciales en una fase procesal que debe excluir tales posibilidades.

Término

El último inciso del artículo 266 determina que el recurso de casación debe interponerse de manera escrita dentro del término de diez (10) días posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración, norma que a mi criterio es razonable en la medida en que a diferencia de lo previsto en el artículo 5 de la Ley de Casación, otorga diez días término a ambas partes y no menciona la posibilidad de las entidades del sector público cuenten con mayor tiempo para formularlo como en efecto sucede en este último.

Escrito de fundamentación

El artículo 267 del COGEP establece los requisitos que el escrito contentivo del recurso de casación debe contener en modo obligatorio, señalando para el efecto los siguientes:

1. ***a****. Indicación de la sentencia o auto recurrido individualmente*
   b*. Individualización del juzgador que dictó la resolución impugnada*
   c. *El proceso en el que fue expedido*
   d*. Las partes procesales*
   e. *La fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación.*
2. *Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se*
3. *hayan omitido.* (Parte enunciativa)
4. *La determinación de las causales en que se funda (*Parte descriptiva)
5. *La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causal invocada.*
   (Parte argumentativa)

Como puede advertirse, los requisitos previstos en el artículo 267 del COGEP guardan sintonía con los requisitos contenidos en el artículo 6 de la Ley de Casación con algunos puntos adicionales que podrían ayudar a perfeccionar la técnica en la formulación del recurso.

Casos o causales

El aspecto más importante que todo recurso de casación debe tener en cuenta se encuentra en las causales que el legislador ha establecido para que tal recurso sea procedente. Así, una de los de los puntos medulares que nos trae la regulación de las causales de este recurso y que consta en el artículo 268 del COGEP, es que la ordenación de las causales contenidas en la norma, es aquella que por lógica procesal debe constar en el cuerpo normativo mencionado. Es decir, comenzará por revisarse la causal de aplicación indebida, falta de aplicación, o errónea interpretación de normas procesales (causal primera y que en la Ley de Casación se encontraba en la causal segunda del artículo 3) hasta la causal de aplicación indebida, falta de aplicación, o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo (causal quinta y que en la Ley de Casación se encontraba en la causal primera del artículo 3).

Tenemos entonces que la regulación sobre la procedencia del recurso de casación en cuanto al ámbito de normas procesales se encuentra en la causal primera del artículo 268 y lo que refiere al ámbito de las normas sustantivas, se encuentra en la causal quinta de la norma en mención.

La causal segunda, por su parte, hace mención a la falta de requisitos exigidos por la ley de la sentencia, o auto que se impugna, o que en la decisión impugnada se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, así como que aquella no observe el requisito de motivación que como

conocemos, constituye una de las garantías del debido proceso establecida en el artículo 76, numeral 7 letra *l* de la Constitución de la República. A mi juicio, esta causal es la causal menos *técnica* del recurso de casación, dado que no tiene como propósito observar el control de la legalidad, en cuanto a la debida aplicación, oportuna aplicación o correcta interpretación de normas sustantivas, adjetivas o aquellas que regulan los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba y tiene un amplio ámbito de actuación para los justiciables, en tanto la coherencia de la sentencia, o auto impugnado, así como su debida motivación, con categorías jurídicas procesales flexibles que permitirían afectar la naturaleza extraordinaria del recurso de casación. Por esta razón, considero que al momento de calificar la admisibilidad del mismo, en cuanto a la causal segunda, el conjuez competente deberá actuar con suma diligencia y precisión para evitar que tal causal sea usada como un mecanismo de ordinarización del recurso de casación en perjuicio de la buena fe procesal.

La causal tercera del artículo 268 hace mención a lo que la doctrina denomina vicios procesales por incongruencia de lo demandado, frente a lo resuelto por la autoridad jurisdiccional. El procesalista Enrique Véscovi sostiene:

> El objeto del proceso *(theme decidendum)* lo fijan las partes y es dentro de esos límites como el juez debe decidir. Hasta las pruebas con aquellas que las partes soliciten. Si el Tribunal dispone alguna para mejor proveer, lo será respecto de los hechos que las partes han invocado.
>
> En consecuencia, el tribunal deberá fallar de conformidad con lo alegado y probado por las partes (*secundum allegata e probata).* Él no conoce otros hechos fuera de los que las partes invocan, ni otras pruebas que las que estas presentan. Su sentencia debe fijarse dentro de los límites de las pretensiones deducidas por el actor y aquello que reconoce o controvierte el demandado; si va más allá, será *ultra petita* o *extra petita* (se resuelve más de lo pedido o fuera de lo pedido) y esto no es admisible en el proceso dispositivo. Este principio es el llamado de congruencia de las sentencias y de acuerdo con él, el tribunal debe resolver todo lo que las partes piden, pero no más; en otras palabras, conforme (congruente) a lo solicitado por las partes" (Véscovi, 1999, págs. 45-46).

Con esta causal, que además consta en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, se persigue el cumplimiento del principio de congruencia que debe estar presente en autos interlocutorios y sentencias, incluyendo además la procedencia del recurso cuando la providencia impugnada ha omitido resolver algún punto de la controversia.

La causal cuarta del artículo 268 del COGEP recoge la causal contenida en el numeral tercero del artículo 3 de la Ley de Casación y que se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación, o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto. Obsérvese que esta disposición añade el término "sustantivo" luego de señalar "normas de derecho" y se distingue en cuanto a lo establecido en la causal tercera del artículo 3 de la

Ley de Casación que únicamente hace mención a "normas de derecho", lo cual aclararía que las normas procesales quedarían excluidas al analizar esta causal con el COGEP.

Procedimiento

El artículo 269 establece que el órgano con competencia para resolver el recurso de casación es la Corte Nacional de Justicia, además de que tal competencia se encuentra establecida en la Constitución de la República y en el Código Orgánico de la Función Judicial.

Un aspecto que debe tenerse en cuenta en cuanto al procedimiento del recurso de casación, es que de conformidad a lo establecido en el segundo inciso del artículo 269, las cortes provinciales de justicia cuyas sentencias o autos son impugnados mediante este mecanismo, deben limitarse a calificar que el recurso de casación ha sido presentado dentro del término del artículo 266 y remitirlo de inmediato a la Corte Nacional de Justicia, lo cual denota una diferencia sustancial en cuanto a la competencia de las cortes provinciales asignada de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley de Casación, en tanto tal norma faculta a las cortes provinciales a evaluar si con la presentación del recurso concurren las siguientes circunstancias: 1. Si la sentencia o auto objeto del recurso es de aquellos contra los cuales procede de acuerdo con el artículo 2; 2. Si se ha interpuesto en tiempo y 3. Si el escrito mediante el cual se lo deduce reune los requisitos señalados en el artículo 6", quedando en manos de las cortes provinciales la posibilidad de admitir o negar el recurso.

Otro aspecto adicional a considerar que el auto de inadmisión de recurso de casación expedido por las cortes provinciales, únicamente es susceptible de aclaración o ampliación, lo cual daría a pensar que el legislador ha colocado una limitación a la garantía de impugnación y que el recurso de hecho no sería aplicable en este panorama, es decir, por incumplimiento en el término.

En tal sentido, nótese que con la entrada en vigencia del COGEP, las cortes provinciales deberán limitarse a identificar si el recurso de casación fue interpuesto en el término previsto por el artículo 266 y no les corresponderá efectuar análisis sobre presupuestos de admisibilidad, en tanto tal competencia corresponde de acuerdo al artículo 270 del COGEP, por sorteo, a un conjuez de la Corte Nacional de Justicia quien en el término de quince días de recibido el proceso, admitirá a trámite el recurso o no. Esta norma, además, aclara que el conjuez deberá inadmitir el recurso de casación cuando "lo que se pretende es la revisión de la prueba", lo cual guarda lógica con el sentido mismo de la casación.

Caución y suspensión de la ejecución

Sobre la caución conviene señalar que el recurrente, de acuerdo al artículo 271 del COGEP, puede acogerse a esta posibilidad a fin de que se suspenda la ejecución de la sentencia o auto recurrido, sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda ocasionar a la contraparte y debiendo el tribunal establecer el monto de la caución al momento de expedir el auto que califica la oportunidad del recurso.

Audiencia y sentencia

En lo que respecta a la audiencia del recurso de casación, el artículo 272 del COGEP se limita a señalar que tal acto procesal se llevará de acuerdo a las normas generales de audiencias contenidas en el propio Código, lo cual efectúa un reenvío al capítulo V del título I, Libro II que se refiere a la actividad procesal y sin que sea necesario profundizar sobre la relevancia sobre esta audiencia, en tanto el legislador no ha establecido que tal acto constituirá el requisito de la fundamentación del mismo.

Sin embargo, lo que sí establece el artículo 273 es que al terminar el debate, el órgano de casación (el COGEP incorrectamente emplea la frase "el juzgador de casación") debe pronunciar sentencia a la luz de los siguientes preceptos:

Casación por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales.	→	La Corte Nacional de Justicia declarará la nulidad y dispondrá remitir el proceso, dentro del término máximo de treinta días, al órgano judicial a fin de que conozca el proceso desde el punto en que se produjo la nulidad, sustanciándola con arreglo a derecho.
Casación por errónea decisión en cuanto a normas de valoración de la prueba.	→	El tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia o el auto recurrido y pronunciará lo que corresponda.
Otras causales	→	El tribunal de la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia casará la sentencia en mérito de los autos y expedirá la resolución que en su lugar corresponda, reemplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos.

Desde mi punto de vista, la resolución y decisión de un recurso de casación no debería efectuarse en una audiencia, por cuanto dada la naturaleza misma del recurso, su tecnicidad y extraordinariedad requiere que los jueces casacionistas efectúen ejercicios de interpretación sumamente minuciosos y de hermenéutica jurídica de alto nivel, que demandan la aplicación de técnicas jurídicas pertinentes para resolver este recurso, cuestión que a mi juicio difícilmente pueden darse en una audiencia. En otras palabras, el ejercicio hermenéutico de la normativa jurídica y del control de legalidad de las sentencias y autos debe realizarse a través de otros mecanismos de interpretación, que permitan a los jueces de la Sala a contar con insumos de recursos jurisprudenciales y de tiempo suficiente de análisis, que sustenten adecuadamente su decisión y que aquella se exprese a través de una decisión escrita.

Efectos

Por regla general, la sentencia o auto impugnados mediante recurso de casación deben ser cumplidos de conformidad al artículo 274 cuanto estos sean admitidos y las excepciones a esta regla, es decir los

casos en donde no deben ser cumplidos los autos y sentencias admitidos, son aquellos en donde el proceso verse sobre el estado civil de las personas y que el recurso haya sido propuesto por los organismos o entidades del sector público.

Legitimación para interponer el recurso

El artículo 277 del COGEP recoge la disposición contenida en el artículo 4 de la Ley de Casación y que se refiere a la legitimación para interponer este recurso, estableciendo como primera condición de tal legitimación, que solo podrá ser interpuesto por quien recibió agravio en la sentencia, o auto que se impugna y siguiendo el mismo criterio de la Ley de Casación, también determina que no puede interponer el recurso quien no apeló de la sentencia, o auto expedido en primera instancia, ni se adhirió a la apelación de la contraparte, cuando la resolución del superior haya confirmado en su totalidad la sentencia de primer nivel, descripción normativa que no configura la regulación procesal vigente. Finalmente, el COGEP prohíbe la adhesión al recurso de casación deducido por otro de acuerdo al último inciso del artículo 277.

Como puede advertirse, el recurso de casación considera varias de las disposiciones de la Ley de Casación pero además y creo que esa es su característica principal, ha tomado en su desarrollo a criterios jurisprudenciales que durante los últimos años ha venido expidiendo la Corte Nacional de Justicia, así como la ex Corte Suprema de Justicia, con el propósito primigenio que deben perseguir los recursos procesales: la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia a través de los órganos procesalmente superiores del esquema orgánico de la Función Judicial y sin que su limitación jurídica, razonable y establecida en la ley, constituya *per se* en una afectación a tal derecho constitucional.

IV. COLOFÓN

Los recursos procesales son garantías y como tales, mecanismos del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, deben ser utilizados a la luz de los principios de buena fe y lealtad procesal por los litigantes, en modo responsable y con ética jurídica pues el profesional del derecho, es también un servidor del sistema de administración de justicia.

Concluyo así esta ponencia agradeciendo nuevamente a las autoridades de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo por su gentil invitación y deseando sinceramente que la práctica procesal a cargo del foro se apropie críticamente del Código Orgánico General de Procesos, resaltando sus virtudes y prestando atención a los detalles que requieran ser debatidos y de ser necesario, intervenidos legislativamente en aras de alcanzar un sistema procesal que nos brinde las mejores garantías para la protección efectiva de los derechos.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguirre Guzmán, V. (2012). *Tutela jurisdiccional del crédito.* Quito: Ediciones Legales y Universidad Andina Simón Bolivar.

Asamblea Constitucional. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.* Quito.

Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador.* Montecristi.

Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos.* Quito.

Couture, E. (2010). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires: Editorial B de F.

Devis Echandía, H. (1997). *Teoría General del Proceso.* Buenos Aires: Universidad.

Véscovi, E. (1999). *Teoría General del Proceso.* Santa Fé: Temis S.A.

FORMAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO JUDICIAL SEGÚN EL COGEP

Johnny De La Pared Darquea[27]

Inicio esta intervención agradeciendo a la Universidad de Especialidades Espíritu Santo por esta gentil invitación al Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal, el cual fomenta el interés por el estudio y actualización de los profesionales del derecho y en especial de los estudiantes de la carrera. Esto adquiere especial reconocimiento con la reciente publicación del COGEP que implementa algunas figuras innovadoras, que se valen de la oralidad como principio rector que regula la administración de justicia.

En efecto, el nuevo Código Orgánico General de Procesos (COGEP) es un cuerpo de normas jurídicas vinculante, que recopila una serie de normativas y procedimientos generales y específicos, que anteriormente se encontraban separados en diversos códigos y que han venido regulando las materias no penales, esto es, el procedimiento civil, trabajo, contencioso tributario, contencioso administrativo, de familia, mujer, niñez y adolescencia, de inquilinato, etc.

Habiendo sido aprobado por la Asamblea Nacional del Ecuador, el referido Código reafirma algunos de los principios y normas que han regido el procedimiento en materias no penales recogidas en el Código de Procedimiento Civil. Asimismo, en muchos casos moderniza instituciones procesales con la finalidad de guardar concordancia y afinidad con la Constitución, en la búsqueda de afianzar la vigencia de los derechos.

El COGEP tiene el reto de disciplinar la actividad procesal en todas las materias, con excepción de la constitucional y penal que tienen procedimientos propios y determinados. Al igual que en materia laboral y penal el juzgador tiene la dirección del proceso, a través de las audiencias controlará y regulará las actividades de las partes procesales con base en el principio de imparcialidad y en la aplicación del principio dispositivo. En este sentido, el juez impedirá las demoras injustificadas en aplicación directa del principio de celeridad, e inclusive podrá interrumpir para encauzar los alegatos y practicar las acciones enmendadoras que avale la directa aplicación del principio dispositivo, que promueve la actuación de las partes en la entrega de información sobre el caso y el impulso del proceso.

En reglas generales, el COGEP comprime de aproximadamente ochenta procedimientos judiciales a cuatro, con lo cual se reducen los lapsos de gestión de las causas judiciales no penales, esto es, civiles, inquilinato, laborales, contenciosos administrativos y tributarios, etc. Es más, en la presentación de una demanda, el interesado deberá acompañar las pruebas que justifiquen la iniciación del proceso judicial, reduciendo el tiempo procesal del consabido término probatorio que en determinadas ocasiones mantiene un gran espacio de tiempo procesal. Así las cosas, debo señalar que

[27] Magíster en Derecho Constitucional, Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Abogado asociado de la firma Corral Rosales Carmigniani Pérez. Profesor invitado de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Experto en Derecho Procesal.

con el Código de Procedimiento Civil se han venido proponiendo demandas que no necesariamente se encuentran amparadas con los elementos probatorios del caso, lo cual se traduce en que un gran porcentaje del trabajo judicial se despliega en hechos hipotéticos que adolecen de realidades y pruebas. Esta situación ha traído reiteradamente decisiones judiciales que no solucionan los litigios, ya que las causas no tienen la fuerza probatoria que en definitiva es el soporte para que el juez resuelva apropiadamente.

El nuevo Código se basa en el uso del sistema oral para la gestión de las causas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 168 de la Constitución de la República que dispone que *"la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en 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"*. Precisamente, se aplicará la oralidad con la práctica de las audiencias en todos los tipos de procesos sean ordinarios, sumarios, monitorios, ejecutivos, especiales, contenciosos administrativos y/o contenciosos tributarios. Esto conlleva el alejamiento de los abultados y enormes expedientes que reúnen toda la información acopiada durante años de litigio.

En este sentido, debo destacar el sistema oral como avance del nuevo Código, ya que esa eliminación de la extrema formalización de los procedimientos, sortea en gran medida el desarrollo de solemnidades innecesarias, que han sido requerimientos obligatorios de cumplimento en los procedimientos vigentes, que en reiterados casos demoran las respuestas a las causas sometidas a la decisión de un juez. Este cambio, también va en concordancia con lo que dispone el art. 169 de la Constitución que dice: *"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".*

La ausencia de ritualismos innecesarios en una causa judicial se encuentra vinculada con el principio de celeridad y economía procesal, sobretodo en función de evitar gastos innecesarios en la administración de justicia, inclusive en el uso apropiado del tiempo de los sujetos procesales en las audiencias. Estos cambios positivos del Código Orgánico General de Procesos, pueden ser concretados únicamente si existe la colaboración por parte de las partes procesales a través de sus abogados, de lo contrario los cambios estructurales no reemplazarán al esquema inoficioso que ha tenido el sistema procesal ecuatoriano.

Dentro de lo dispuesto en el COGEP y en relación a las formas de terminación de un juicio es necesario determinar cuáles son las circunstancias ordinarias y extraordinarias para su concreción. Resulta obvio que la manera ordinaria y apropiada para finalizar un juicio es la sentencia, independientemente quien pueda ser favorecido con el fallo. Dicha sentencia se dicta luego del análisis minucioso que realiza el juez con base en las pruebas y alegaciones presentadas por las partes. Una vez

obtenido el fallo el juicio termina y comienza el procedimiento de ejecución de la sentencia con la finalidad de ejecutar lo juzgado.

Las causas extraordinarias de conclusión de un juicio que se encuentran incorporadas en el COGEP son las siguientes:

• Conciliación;
• Transacción;
• Retiro de la demanda;
• Desistimiento;
• Allanamiento y
• Abandono.

- **CONCILIACION (Art. 234 COGEP)**

La conciliación es un medio alternativo de resolución de conflictos legales, a través del cual las partes resuelven directamente un litigio con la intervención o colaboración de un tercero. Es precisamente este tercero que puede ser el Juez de forma directa o un Mediador debidamente acreditado por la propia Función Judicial.

Resulta evidente que la finalidad de la conciliación es resolver, mediante el acuerdo de las partes, un conflicto ya existente, pudiendo ser positivo su efecto por cuanto se logra un acuerdo y evita la continuación de la causa, o negativo sin que se llegue a concretar una solución lo que ocasiona la continuación del pleito judicial. En este sentido, existen dos tipos de conciliación: la conciliación extrajudicial y la judicial.

1. La conciliación extrajudicial es un medio alternativo al proceso judicial, mediante la cual las partes resuelven sus problemas sin tener que acudir a un juicio. Resulta un mecanismo flexible, donde el tercero que actúa o interviene puede ser cualquier persona y el acuerdo al que llegan las partes suele ser un acuerdo de tipo transaccional.
2. Por su parte, la conciliación judicial es un medio alternativo a la resolución del conflicto mediante una sentencia dentro de un proceso judicial. El tercero que dirige esta clase de conciliación es el juez de la causa, que además de proponer bases de arreglo, homologa o convalida lo acordado por las partes, otorgándole validez de cosa juzgada. Con esta clase de conciliación, el juez cumple con su facultad prevista en el Art. 130 numeral 11 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En este sentido, el Código de Procedimiento Civil dispone en su artículo 1012 que en todo juicio contencioso, en la primera o segunda instancia se tenga la Junta de Conciliación. Esta disposición expresó en su momento el deseo de evitar la continuación de los litigios y se insistía a propósito de varios tipos de juicios en dicha audiencia -con diversos nombres- y a veces, con modalidades

específicas. Sin embargo, estas diligencias solo confirmaban la posición de cada parte sin que el juez hiciera el menor esfuerzo, o estuviera inclusive presente para que lleguen a una conciliación.

Por su parte, el COGEP dispone que la conciliación se pueda dar en cualquier estado procesal, inclusive en la etapa de ejecución de una sentencia en el evento de que exista alguna controversia entre las partes. Los principios rectores que rigen a la conciliación son: Voluntariedad, Confidencialidad, Equidad, Legalidad, Flexibilidad, Honestidad, Imparcialidad y Neutralidad.

En caso que las partes arriben a una conciliación a través de los mecanismos de mediación dentro de una causa judicial, esta terminará con la aprobación del juez en sentencia. Si la conciliación se realiza en la audiencia preliminar o de juicio, el juez la aprobará en sentencia y declarará terminado el juicio. En otras palabras, surtirá el mismo efecto que una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. En caso de que la conciliación se presente con ocasión del cumplimiento de la sentencia, el juez deberá señalar día y hora para la práctica una audiencia en la que se resolverá la aprobación de dicho acuerdo.

El juez de la causa deberá promover la conciliación entre las partes procesales conforme lo dispone -asimismo- el numeral 4 del art. 294 del COGEP. En el evento de llegar a una conciliación total, esta será aprobada en el mismo acto, mediante sentencia que causará ejecutoria. Por otro lado, si se produce una conciliación parcial, la o el juzgador la aprobará mediante auto que causará ejecutoria y continuará el proceso sobre la materia en que subsista la controversia. Dentro de las facultades del juez, de oficio o a petición de parte, puede disponer que la controversia pase a un centro de mediación legalmente constituido, para que se busque un acuerdo entre las partes.

Con las atribuciones y facultades conferidas al juez para que propenda la conciliación se deberá tener muy en cuenta que las manifestaciones de dirección de las audiencias, inclusive la proposición de fórmulas de arreglo entre las partes y las ordenadas para el cumplimiento de las actividades previstas en la misma, en ningún caso significarán prejuzgamiento. Por esta causa, la o el juzgador no podrá ser acusado de prevaricato, recusado, ni sujeto a queja.

- **TRANSACCION (Art. 235 COGEP)**

La transacción está regulada como un contrato para terminar los litigios o precaver eventuales litis (art. 2348 Código Civil). Este medio de arreglo privado, se permite aún para lo relativo a la acción civil que nace de delito (art. 2351 Código Civil). Este contrato puede ser traslaticio de dominio, pero también declarativo, como lo ha establecido ampliamente la doctrina. En tal virtud, para diferenciar si el contrato es traslaticio de dominio o declarativo debe distinguirse a la transacción pura y la compleja.

La transacción pura es aquella que recae sobre la materia disputada, es decir la materia en litigio y sus efectos son puramente declarativos. Por otra parte, la transacción compleja es aquella en la cual intervienen objetos extraños a la controversia y en este caso nos encontramos ante un contrato traslaticio de dominio.

En tal virtud, para que la transacción produzca efectos procesales deberá presentarse solicitud escrita por quienes la hayan celebrado, dirigida al Juez o Tribunal competente, tal como se dispone para la demanda. Esta solicitud deberá precisar los alcances del acuerdo o acompañando el documento que lo contenga. La fuerza de la decisión de finalizar el juicio proviene exclusivamente del contrato de transacción.

Los requisitos para que la transacción sea válida son:

1) Que exista una incertidumbre jurídica, puesto que si la misma no se presenta en relación a un determinado derecho no constituye transacción, debido a que la esencia de esta última es la eliminación de una disputa;
2) Que exista la intención de las partes para terminar esa incertidumbre o litigio; y,
3) Que existan concesiones reciprocas de las partes.

Una de las principales diferencias entre la conciliación y la transacción es que la primera se realiza dentro de la causa judicial, sin embargo la segunda es un acuerdo eminentemente extrajudicial que puede ser presentada y autorizada ante y por el juez con la finalidad de que se declare la terminación del proceso.

El COGEP determina que la transacción válidamente celebrada termina el proceso y el juez autorizará la conclusión del proceso cuando le sea presentada por cualquiera de las partes. Sin embargo, en caso de que se presente una transacción parcial, se estará a las reglas que sobre la conciliación parcial revisamos anteriormente. En el evento, de que se incumpla lo dispuesto en el acta transaccional podrá ejecutarse forzosamente como título de ejecución, con base en lo dispuesto en el numeral 6 del art. 363 ibídem. En este último punto es importante tener en cuenta que la Ley señala que el acta transaccional presentada y autorizada por el juez será considerada título de ejecución. En otras palabras, la transacción extrajudicial que no ha sido presentada ni autorizada por el juez no será admitida como título de ejecución.

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto por el art. 2362 del Código Civil, la transacción surte el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá pedirse por cualquiera de las partes contratantes la declaración de nulidad o la rescisión.

- **RETIRO DE LA DEMANDA (Art. 236 COGEP)**

Esta es una figura nueva que ha sido incorporada en el COGEP que sirve para concluir el proceso. La parte actora podrá retirar su demanda antes que esta haya sido citada, debiendo el juzgador ordenar su archivo. Como punto de reflexión considero que únicamente procedería el retiro de la demanda si no se ha citado al demandado y tampoco se hayan dictado medidas cautelares, tal como parte de la doctrina se ha pronunciado. El retiro de la demanda vuelve las cosas al estado en que tenían antes de haberla propuesto, pudiendo la parte actora ejercer una nueva acción.

En efecto, cuando se retira la demanda hay lugar a iniciar nuevamente el proceso con las mismas partes, los mismos hechos y las mismas pretensiones, pues no existió el primer proceso al no controvertirse la demanda con el demandado, al no haber sido puesta en su conocimiento. En caso de existir medidas cautelares practicadas con anterioridad, estimo que el juez en el auto en el que autorice el retiro de la demanda debe ordenar previamente el levantamiento de dichas medidas condenando al demandante al pago de daños y perjuicios.

Requisitos:

- Que no se haya generado o iniciado la relación procesal y
- Que no se hayan practicado medidas cautelares, o en su defecto una vez dictadas se ordene el levantamiento de dichas medidas previo al retiro de la demanda.

En este punto, resulta importante diferenciar el retiro de la demanda con el desistimiento. La divergencia básica de estas dos figuras jurídicas es la oportunidad en que pueden ser ejercidas por el demandante, el cual se encuentra legitimado para efectuar cualquiera de las dos. En este sentido, el hecho de que tanto el desistimiento como el retiro de la demanda puedan ser ejercidos por el demandante es una característica que las asemeja: sin embargo sus efectos son totalmente distintos. Se diferencia el desistimiento del retiro de la demanda en lo siguiente:

- La oportunidad para efectuar el retiro de la demanda es totalmente distinto a la del desistimiento; la demanda puede ser retirada mientras no se haya citado al demandando, por su parte el desistimiento se puede efectuar en cualquier momento siempre y cuando no se haya dictado sentencia que ponga fin al proceso.
- Con el retiro de la demanda el demandante se encuentra en la posibilidad de volverla a presentar nuevamente, si así lo desea, o por el contrario puede decidir no hacerlo, mientras que cuando se desiste se renuncia a lo pretendido; es decir, se pone fin a un proceso, ya que el desistimiento produce los mismos efectos que la sentencia.
- Cuando se retira la demanda hay lugar a iniciar nuevamente el proceso con los mismas partes, los mismos hechos y las mismas pretensiones, ya que en este caso no hubo proceso al no controvertirse la demanda por el demandado, por no haberse puesto esta en conocimiento de él, en cuanto al desistimiento este constituye cosa juzgada.

- **DESISTIMIENTO (Art. 237 COGEP)**

El desistimiento es un acto procesal en virtud del cual el demandante manifiesta su propósito o decisión de no continuar ejecutando la acción en contra del demandado, de este modo el actor tiene la facultad de apartarse de la acción planteada. El desistimiento consiste en retirarse del ejercicio de un derecho o facultad procesal ya iniciada, por tanto puede referirse a la acción de la instancia, recurso, prueba, incidente, etc. Nuestra jurisprudencia en reiteradas ocasiones ha señalado que el desistimiento

es una manifestación de voluntad de poner fin a la relación procesal antes de que se dicte sentencia, pero requiere del cumplimiento de ciertos requisitos que dispone la Ley.

Asimismo, es necesario destacar que el desistimiento de la acción y del recurso tiene consecuencias distintas. El efecto del desistimiento del recurso será la ejecutoria de la sentencia o auto del que se reclamó, es decir se produce cosa juzgada. En relación a la acción, el que desiste renuncia su derecho a reclamar algo a las mismas partes o sus representantes legales, con lo cual termina el litigio.

Las características fundamentales del desistimiento son:

- Es un acto de parte, no de oficio;
- Trae consigo la extinción de la acción, de tal manera que las cosas vuelven al estado anterior a la presentación de la demanda;
- Requiere de poder especial cuando se realiza por medio de mandatario;
- Puede efectuarse en cualquier estado del juicio;
- No afecta al valor legal del procedimiento, ni aun con relación a las partes litigantes;
- Produce perdida o caducidad de la instancia;
- No se puede ejercitarse de nuevo la acción intentada;
- Se requiere del consentimiento de la otra parte si es condicional;
- El que desiste debe pagar las costas a la otra parte.

Según el COGEP, se podrá presentar el desistimiento en cualquier estado del proceso antes de la sentencia de primera instancia, la parte actora podrá desistir de su pretensión y no podrá presentar nuevamente su demanda. La o el juzgador se limitará a examinar si el desistimiento procede por la naturaleza del derecho en litigio y por no afectar a intereses de la contraparte o de terceros. La parte demandada que haya planteado reconvención, igualmente podrá desistir de su pretensión o renunciar al derecho, para lo cual se procederá en la forma señalada.

En relación a la validez del desistimiento, el COGEP dispone en su art. 239 lo siguiente:

- Que sea voluntario y hecho por persona capaz
- Que conste en los autos y se halle reconocida la firma de quien lo realiza ante la o el juzgador.
- Que sea aprobado por la o el juzgador.
- Que si es condicional, conste el consentimiento de la parte contraria para admitirlo.

Asimismo, el COGEP (art. 240) señala las inhabilidades para desistir conforme a lo siguiente:

- Quienes no pueden comprometer la causa en arbitraje.
- Quienes intenten eludir, por medio del desistimiento, el provecho que de la prosecución de la instancia pudiera resultar a la otra parte o a un tercero.
- Quienes representen al Estado y no cuenten con la autorización del Procurador General del Estado, en los términos previstos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.
- Quienes sean actores en los procesos de alimentos.

Por último se puede establecer que el desistimiento se encuentra determinado por la doctrina como una forma anormal de terminar un proceso judicial, utilizo este término ya que la normalidad para

terminar un litigio ventilado en un proceso es dictar una sentencia. Por su parte, el retiro de la demanda comporta un acto que evita la iniciación de la causa, debido a que no se le notifica la admisión de la demanda al demandado y podría decirse por ello que no existió proceso contencioso.

- **ALLANAMIENTO: (Art. 241 COGEP).-**

El allanamiento es una forma anormal de terminación de un proceso judicial, pues antes de que dicte sentencia por parte del juez, el conflicto termina por el asentimiento del demandado en cuanto a lo que pretende el demandante. Por tanto, es indispensable que para su procedencia se presenten algunos presupuestos, como por ejemplo la manifestación expresa de quien se allana que debe ser efectuada por quien tenga la facultad para hacerlo. El allanamiento puede ser total o parcial. Sera total cuando reconoce todas las pretensiones del demandante y será parcial cuando reconoce solo un aparte de las pretensiones del actor siempre que sean susceptibles de pronunciamiento por separado.

De acuerdo al COGEP, el allanamiento procederá en cualquier estado del proceso, antes de la sentencia, excepto cuando se trate de derechos indisponibles. En este sentido, conviene recordar que los derechos indisponibles son los eminentemente inconciliables por ser de carácter personal, natural, inalienable y por consiguiente no pueden ser materia de discusión. Asimismo, el allanamiento de uno o varios demandados, sobre una obligación común divisible, no afectará a los otros y el proceso continuará con los otros. Si la obligación es indivisible, el allanamiento deberá provenir de todos. Si el allanamiento es parcial o condicional, deberá seguirse el proceso con respecto a lo que no ha sido aceptado.

Igualmente, el allanamiento será ineficaz en los siguientes casos:

• Cuando el demandado sea incapaz, excepto cuando se trate del allanamiento de personas jurídicas.
• Cuando el derecho no sea susceptible de disposición de las partes.
• Cuando los hechos admitidos no puedan probarse por medio de la declaración de parte.
• Cuando la sentencia deba producir efecto de cosa juzgada con respecto a terceros.

Para que el Estado y sus instituciones puedan allanarse será requisito que la o el Procurador General del Estado lo autorice expresamente. De no constar esta autorización, el allanamiento carecerá de valor. La o el juzgador aprobará el allanamiento mediante sentencia, la que causará ejecutoria.

- **ABANDONO: (Art. 245 COGEP)**

El abandono es una institución jurídica que extingue la relación procesal en el estado en que se encuentre el proceso, por inactividad de las partes y del juez que no realiza actos de prosecución de la instancia, cuyo efecto es poner fin al proceso. Esta es una forma extraordinaria de terminación del proceso que se produce cuando las partes dejan de seguir dentro de los plazos y formas requeridos por la Ley un acto procesal imprescindible y el juez no hace uso del impulso procesal de oficio. El Código de Procedimiento Civil establecía la procedencia del abandono en un plazo de 18 meses, situación que ha cambiado sustancialmente con el COGEP.

En efecto, según el COGEP se declarará el abandono en caso de que quien presentó la demanda o solicitud no asista a la audiencia correspondiente. En caso de retraso, se admitirá su participación, tomando la audiencia en el estado en que se encuentre, conforme lo dispone el art. 87. El juzgador declarará el abandono del proceso en primera instancia, segunda instancia o casación cuando todas las partes que figuran en el proceso hayan cesado en su prosecución durante el término de ochenta días, contado desde la fecha de la última providencia recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos. El término para el abandono se contará desde el día siguiente de la última notificación de la última providencia dictada, o si es el caso, desde el día siguiente al de la última actuación procesal.

En el art. 245 del COGEP se identifican los elementos constitutivos del abandono procesal, transcurso del término 80 días desde la última providencia que signifique una gestión útil para que se impulse el proceso. Anteriormente, se computaba desde la fecha de la última providencia, sin que la jueza o juez deba calificar la "gestión útil", situación que en la actualidad ha sido modificada, ya que lo deberá calificar como tal. Pero ¿qué se debe entender por gestión útil? Estimo que esta es una expresión ambigua, difusa, incompleta e inclusive en un momento dado contradictoria, ya que lleva inevitablemente a una interpretación subjetiva y diversa -no uniforme- de los jueces, a la incertidumbre y a una sensación de indefensión de los litigantes y por tanto, a la inseguridad jurídica, que causa daño al cabal funcionamiento de la administración de justicia.

El art. 247 del COGEP señala que el abandono será improcedente en los siguientes casos:

1. En las causas en las que estén involucrados los derechos de niñas, niños, adolescentes o incapaces;
2. Cuando las o los actores sean las instituciones del Estado y
3. En la etapa de ejecución.

En relación a su procedimiento el Art. 248 del COGEP dispone que sentada la razón que ha transcurrido el término señalado, la o el juzgador mediante auto, se limitará a declarar de oficio, o a solicitud de parte, que ha operado el abandono. Declarado el abandono, se dispondrá que se cancelen las providencias preventivas que se hayan ordenado en el proceso. El auto interlocutorio que declare el abandono podrá ser impugnado, siempre que se justifique única y exclusivamente, un error de cómputo.

Los efectos del abandono se establecen en el Art. 249 del COGEP disponiendo de forma expresa que una vez declarado se cancelarán las providencias preventivas que se hayan ordenado en el proceso. Además, si se declara el abandono de la primera instancia, no podrá interponerse nueva demanda. En el evento de que se declare el abandono en segunda instancia, o en el recurso extraordinario de casación, se tendrá por desistida la apelación, o dicho recurso y por firme la resolución recurrida y se devolverán las actuaciones al tribunal, o a la judicatura de donde procedieron.

En materia fiscal (art. 325 COGEP), la declaración de abandono termina el proceso en favor del sujeto activo del tributo y queda firme el acto o resolución impugnados, o deja ejecutoriadas las providencias o sentencias que hayan sido recurridas. La o el juzgador ordenará, la continuación de la coactiva que se ha suspendido, o su iniciación si no se ha propuesto o que se hagan efectivas las

garantías rendidas sin lugar a ninguna excepción. Dentro del proceso concursal se ha dispuesto un plazo de abandono de más de diez años, conforme lo dispone el tercero inciso del art. 430 del COGEP. No procede el abandono en las causas relacionadas con los derechos de niñas, niños, adolescentes u otras personas naturales consideradas jurídicamente incapaces.

En cuanto a la aplicación del abandono debo indicar que la Disposición final Segunda del COGEP dispone:

> El Código Orgánico General de Procesos entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, con excepción de las normas [...] regulan períodos de abandono, copias certificadas, registro de contratos de inquilinato y citación, que entrarán en vigencia a partir de la fecha de publicación de esta Ley.

Por su parte, en el Registro Oficial No. 539 de 9 de julio de 2015, se publicó la Resolución No. 07-2015 de la Corte Nacional de Justicia, que dispone las reglas para la aplicación de la figura del abandono del proceso establecida en el artículo 245 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

La Corte ha señalado que en todas las materias no penales, los juzgados y unidades judiciales de primer nivel, salas y unidades especializadas de las cortes provinciales, tribunales distritales, unidades judiciales de única instancia y salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, declararán de oficio, o a petición de parte, el abandono de la primera, segunda o única instancia, así como del recurso de casación o de hecho, según corresponda, por el transcurso del término de ochenta días hábiles continuos, que correrán a partir de la publicación del Código Orgánico General de Procesos, esto es desde el 22 de mayo de 2015. Además, resolvió que las solicitudes de abandono presentadas hasta antes de la expedición del COGEP, se tramiten con la normativa aplicable al momento de su presentación.

Sin embargo, conviene recordar y tener en cuenta que la Disposición Transitoria Primera del COGEP de forma expresa dice:

> PRIMERA.- Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio. Las demandas interpuestas hasta antes de la implementación del Código Orgánico General de Procesos en la respectiva jurisdicción, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación.

Por lo expuesto, estimo que la Resolución dictada por la Corte Nacional de Justicia va en contra de la disposición del propio COGEP, esto es, que los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de su vigencia, continúen sustanciándose hasta su conclusión, conforme con la normativa vigente al momento de su inicio, es decir, con la norma del Código de Procedimiento Civil que establecía la procedencia del abandono en un plazo de 18 meses.

PRINCIPIOS GENERALES DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS Y LOS TRATADOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

René Astudillo Orellana[28]

I. INTRODUCCIÓN.

Considero que la dinámica en la que se encuentra actualmente la renovada Función Judicial ha permitido superar la inestabilidad precedente y por el contrario, activar la constante coordinación y cooperación interinstitucional, como corresponde a la gestión de un Estado moderno optimizando sus recursos. En esta última década se han obtenido evidentes progresos en materia de acceso a los servicios de justicia; en lo atinente a la garantía del debido proceso y la lucha contra la impunidad; en lo concerniente a moderna y funciona! infraestructura civil y equipamiento tecnológico, o en la incorporación de nuevos jueces, juezas y fiscales, en ejercicio de la meritocracia, para mencionar algunos aspectos sustanciales dentro de la nueva cara a la justicia.

Pero es importante considerar que parte esencial de la transformación del sistema de justicia reside en la actualización de las normativas, las mismas que deben de estar en consonancia con el desenvolvimiento de la realidad social, lo que favorece el pleno ejercicio de los derechos ciudadanos en esta corriente de derechos y garantías que gozamos todos los ciudadanos, siendo eminente y primordial aplicar la oralidad en todos los procesos judiciales y en ese mismo sentido es imperativo simplificar nuestro derecho adjetivo en ciertas materias, que en la actualidad eran incongruente y confuso, con la realidad procesal.

El numeral 6 del Art. 168 de la Carta Fundamental prescribe que: *"La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo a los principios de concentración, contradicción y dispositivo".* Así lo establece nuestra constitución ecuatoriana la misma que guarda armonía con el Art. 169 de la Constitución de la República determina lo siguiente: *"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 normas del debido proceso..."*.Por ello la urgencia de abordar modificaciones sustanciales en la ley vigente, para que con su aplicación la administración de justicia tenga instrumentos legales que permitan cumplir con los mandatos constitucionales sobre derechos y justicia.

[28] Magíster en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, Universidad de Guayaquil. Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Universidad de Guayaquil. Docente tiempo parcial de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Agente Fiscal de lo Penal del Guayas.

II. DESARROLLO.

La implementación de la oralidad en el sistema judicial es un elemento fundamental para cumplir con los fundamentos del derecho procesal. Garantiza el derecho a la defensa; asegura la inmediación procesal; supone la posibilidad de interactuar entre las partes procesales y la jueza, juez o tribunal; afianza la transparencia; facilita la presentación y valoración de las pruebas; permite la contradicción procesal; acelera la resolución del proceso y afirma la simplificación procesal; es decir agiliza el proceso en satisfacción de los sujetos procesales.

De ello infiere, la actual multiplicidad de normas procesales que dificulta la eficiente administración de la justicia. La dispersión de una gama de normativas ocasionaba la inseguridad jurídica, afectando los intereses ciudadanos y dilatando el tiempo de resolución de los juicios. Por ello, es necesario unificar procesos, de manera que las juezas, jueces y tribunales puedan aplicar normas procesales homogéneas.

Es importante señalar que la propuesta de ley COGP ahora una realidad, en su contenido principal elimina la concepción del complicado proceso escrito, que en el sistema vigente concibe al expediente como uno de los ejes de las decisiones judiciales. Esta ley además, suprime las prácticas ritualistas y burocráticas, en nombre de las cuales se sacrifica la justicia y se despoja al proceso de las dilatadas e interminables deficiencias que afectan la correcta administración de la justicia, no cumpliendo con lo indicado en el aforismo legal “Dad a cada uno lo que corresponde”.

Esta Ley Orgánica (COGP) abarca todas las vías procesales: procedimiento civil; procedimiento laboral; procedimiento contencioso-tributario; procedimiento contencioso-administrativo; procedimiento de familia, mujer, niñez y adolescencia; procedimiento en juicios de inquilinato; y, cualquier otro que no sea de naturaleza penal, teniendo en consideración que la referida ley COGP comprende en cinco libros, que trata sobre:(l) Normas Generales; (II) Actividad Procesal; (III) Disposiciones Comunes a todos los Procesos; (IV) De los Procesos; y, (V) Fase de Ejecución.

Hemos podido de manera sucinta plantear que se en los distintos procesos de conocimiento tenemos los siguientes: el proceso ordinario, aplicable a todas las causas que no tengan una vía de sustanciación previamente establecida en la ley. El proceso sumario, para ventilar causas mercantiles, derechos personales y deudas dinerarias de inferior cuantía, que no sean exigibles por otra vía. El procedimiento monitorio, a través del cual se pueden cobrar deudas de reducida cuantía que no constituyan título ejecutivo.

Es importante resaltar que dentro de los procesos de ejecución se prevé la vía ejecutiva para el cobro de títulos ejecutivos, a través de un trámite expedito, coherente con la celeridad que amerita este tipo de controversias. Se consideran procedimientos especiales para atender los procesos contencioso administrativos y contencioso tributarios, que permitirán tutelar los derechos; garantizar o restablecer la legalidad de los hechos, los actos o los contratos de la administración pública, sujetos al derecho administrativo o al derecho tributario y resolver diversos aspectos de las relaciones jurídico administrativa y jurídico tributaría.

En el COGP se incorporan disposiciones específicas para los trámites de jurisdicción voluntaria, a través de un proceso simple, que facilite al ciudadano o ciudadana la resolución inmediata a su pretensión, siendo importante indicar que el actual Código Orgánico General de Procesos, acelerará notablemente la transformación de la justicia; profundizará la democratización del acceso ciudadano al sistema judicial y representará un invalorable aporte para la mejor convivencia ciudadana, sustentada en la confianza colectiva en el sistema de justicia, siendo importante resaltar que en su primer libro encontramos inexorablemente los siguientes articulados que haré un breve análisis sucinto:

Art. 1.-Ámbito de aplicación.- Las normas establecidas en el presente Código son aplicables a todas las causas en materias de naturaleza no penal.

Art. 2.-Principio de la tutela judicial efectiva de los derechos. - La Función Judicial, por intermedio de las juezas y los jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho, o la garantía exigida. Las juezas y los jueces, deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la 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 provocada indefensión en el proceso.

Art. 3.-Principio de acceso a la justicia.- Los operadores de justicia son responsables de cumplir con la obligación estatal de garantizar el acceso de las personas y colectividades a la justicia. En consecuencia, el Consejo de la Judicatura, en coordinación con los organismos de la Función Judicial, establecerá las medidas para superar las barreras estructurales de índole jurídica, económica, social, generacional, de género, cultural, geográfica, o de cualquier naturaleza que sea discriminatoria e impida la igualdad de acceso y de oportunidades de defensa en el proceso.

Art. 4.-Principio dispositivo, de inmediación y concentración.- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y los 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. Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y los jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo.

Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y de los jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso.

Art. 5.- Principio de celeridad e impulso procesal.- La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de las causas, como en la ejecución de lo decidido. En

todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y los jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario.

El retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, los jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley.

Art. 6.- Principio de gratuidad.- El acceso a la administración de justicia será gratuito. La ley establecerá el régimen de costas procesales.

Art. 7.- Derecho al debido proceso.- En todo proceso judicial se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las garantías básicas consagradas en la Constitución de la República, en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador; y, en la ley.

Art. 8.- Derecho a la defensa.- El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

1. Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento;
2. Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa;
3. Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones;
4. Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento;
5. Ser asistido gratuitamente por una traductora, o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento;
6. Ser asistido por una abogada o abogado de su elección, o por una defensora o un defensor público;
7. Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes, presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra;
8. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto;
9. Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer a la audiencia respectiva para responder al interrogatorio formulado por las partes o la jueza o juez;
10 Ser juzgado por una jueza o un juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción, o por comisiones especiales creadas para el efecto;
11 Las resoluciones de las juezas y de los jueces deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulas. Las servidoras o servidores judiciales responsables serán sancionados por la falta de motivación; y,
12 Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

Art. 9.- Principios Rectores.- Sin perjuicio de los principios que han sido enunciados, en las causas de naturaleza no penal reguladas por este Código, se aplicarán los demás principios previstos en la Constitución de la República, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en las leyes pertinentes.

Título II

APLICACIÓN DE LA LEY PROCESAL

Art. 10.- Transparencia y publicidad de los procesos judiciales.- La información de las causas sometidas a la justicia será pública, así como las audiencias y las resoluciones judiciales y las decisiones administrativas, admitiéndose únicamente aquellas excepciones estrictamente necesarias para proteger la intimidad, el honor, el buen nombre, la seguridad de cualquier persona, o para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley.

La jueza o el juez que restrinja el libre acceso a la información de las causas, audiencias, resoluciones judiciales o decisiones administrativas, deberá hacerlo por resolución motivada.

Todas las audiencias serán video grabadas solamente por el sistema implementado por el Consejo de la Judicatura, dicho archivo digital será parte del proceso.

Art. 11.- Proceso oral por audiencias.- El proceso se cumplirá en forma oral, pública y en audiencias, salvo las actuaciones que expresamente se deban realizar por escrito o estén amparadas por reserva.

Los jueces y juezas tendrán las facultades determinadas en la Sección I del Capítulo I del Título III del COFJ, para exigir que se cumpla con todo lo atinente al proceso oral.

Art. 12.- Interpretación de normas procesales.- Al interpretar la ley procesal, la jueza o el juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material.

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.

Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de estos, se aplicará los principios de interpretación e integración contenidos en el Artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Artículo 18 del Código Civil y Artículo 3 de la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en lo que fuera aplicable.

Art. 13.- Aplicación de la ley procesal en el tiempo.- Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir.

Las diligencias, términos y actuaciones que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente.

Debemos de resaltar, que el principio de oralidad, ya se lo implementó en la Constitución Política de 1998, y se puso un plazo de cuatro años para su aplicación; sin embargo, solamente se lo ha aplicado en el COIP, en algunas otras materias específicas y hoy en el Código Orgánico General de Procesos; es decir el COGP, tiene su fundamento en el Código de Procesos de Uruguay y también en las legislaciones: colombiana, peruana, panameña, mexicana, entre otras;

Hay que recalcar, que dos son los métodos judiciales que rigen el acceso a la justicia: el inquisitivo y el dispositivo, cada uno con sus características y mayor o menor aplicación de los derechos y el COGP, recoge el sistema dispositivo tradicional, lo cual evidentemente podría contrariar los nuevos principios rectores de la administración de justicia que contempla el Código Orgánico de la Función Judicial y específicamente, lo que señala el Art. 130.10, el mismo que dispone: "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";* toda vez que la jueza o el juez no es un mero espectador, tampoco es un dictador arbitrario, sino que es el director del proceso, conforme lo señala expresamente tanto el Art. 5.14 del Código Orgánico Integral Penal y el Art. 3 del COGP y para cumplir esta finalidad tiene facultades jurisdiccionales, correctivas y coercitivas, que se encuentran reguladas en los Arts. 130, 131 y 132 del COFJ;

Hay que considerar que los principios procesales que establece el COGP; esto es: igualdad, legalidad, juez imparcial, defensa; en resumen, igualdad en la vida social humana, lo cual implica: *"justicia que quiere decir tratamiento igual de los iguales";* o sea que el COGP, para aplicar este principio de igualdad, contempla la actuación de la Defensoría Pública para las personas que no pueden acceder a una defensa pagada; de tal modo, hay que tener en cuenta los nuevos principios rectores que señala el Art. 4 al 31 del COFJ; aclarando que los Arts. 4, 5 y e) son principios constitucionales, y del 7 al 31, son principios procesales, cuyo análisis lo hago en la presente ponencia y los comparo con los NUEVOS PRINCIPIOS RECTORES EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL; que están detallados en los primeros 31 artículos.

Debemos de ser enfáticos al considerar que en el Art. 168 de la Constitución de la República, que es la base fundamental de los principios en la administración de la misma; siendo importante establecer la competencia de la jueza y del juez y su imparcialidad con la obligación que tienen los juzgadores de concluir las audiencias con una resolución y de este modo, se evita dilatar los trámites y limitar la recusación por falta de sustanciación;

De igual manera los Sujetos Procesales son: actor y demandado; pero también los terceros que no son actores ni demandados, sino que son sujetos procesales, cuando se sienten perjudicados con una providencia judicial; igualmente el COGP, regula lo relativo a la relación litis consorcial; y la novedad, es

la representación de la naturaleza por cualquier persona natural o jurídica, individual o colectiva, a través del Defensor del Pueblo;

III. CONCLUSIONES

Es importante tomar en consideración que para entender de mejor esta normativa COGP es menester hacer las siguientes consideraciones jurídicas preliminares:

El Principio de Oralidad es parte fundamental en la normativa en cuestión porque esta exige la presencia de una nueva cultura de litigio procesal, pues impone a los operadores de justicia, acomodarse a los nuevos mandatos de optimización, frente a la necesidad de justicia de los sujetos procesales; por lo que a propósito, hay que recordar la enseñanza de Carnelutti, quien manifestaba: *"Resulta más fácil hacer una revolución que cambiar los hábitos";* de tal modo, que para la aplicación de COGP, los operadores de justicia y los abogados en libre ejercicio profesional, tenemos que abrir los ojos y la mente al proceso de cambio en materia de justicia implementada a raíz de la vigente Constitución de la República de 2008, y los cambios introducidos con el Referendo del 07 de mayo de 2011; es decir este nuevo paradigma de la justicia que cumple con la armonía de los Tratados y Convenios Internacionales y la propia Constitución de República del Ecuador, siendo el eje principal la celeridad, inmediación y el resultado de una justicia eficaz y expedita a favor de la sociedad.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador.* Quito.

Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial.* Quito.

Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos.* Quito.

Astudillo, R. (s.f.). *Apuntes de cátedra de Derecho Constitucional.* Material no publicado. Guayaquil: Universidad de Guayaquil.

Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica o CADH).* San José.

Taleva Salvat, O. (2004). *Derechos Humanos.* Buenos Aires: Valletta Ediciones.

FUNDAMENTOS PARA LA ACCIÓN CONTENCIOSO TRIBUTARIA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO EN RECURSO DE REVISIÓN (COGEP)

Jorge Zavala Egas[29]

I. NORMAS SOBRE LA EJECUCIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

Enuncia el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial que es competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo: "2. Supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos y la potestad reglamentaria de la Administración no tributaria, como también las acciones judiciales que se incoen por su inactividad;", mientras que el artículo 219 ídem, determina que es asunto competencia de los tribunales distritales de lo contencioso tributario: "10: Las demás asunto que establece la ley ;"(…). El artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado (Sustituido por el Art. 1 de la Ley 2001-56, R.O. 483, 28-XII-2001) prescribe que: "Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o Código Tributario, en su caso (…)". Prescribe el artículo 222, numeral 7 del COT "que corresponde también al Tribunal Distrital de lo Fiscal el conocimiento de los siguientes asuntos: 7.- De los demás que le atribuya la ley".

Añadimos a esto la unánime interpretación jurisprudencial desde la vigencia del artículo 28 de la Ley de Modernización, por lo que, no cabe duda que el silencio de la administración tributaria ante una pretensión del contribuyente, es competencia de los tribunales que ejerzan la jurisdicción contencioso tributaria.

Finalmente, determina el COGEP que, desde su vigencia, esta acción se seguirá sustanciando ante los tribunales distritales de lo contencioso tributario en «procedimiento sumario» dado que es clasificada como una "acción especial" conforme al Art. 322, 12 COGEP.

II. NATURALEZA DEL «*DEBER DE RESOLVER*»

El régimen jurídico de los actos administrativos en cuanto a su procedimiento de origen, su invalidez y extinción se rige, conforme lo prescrito en el artículo agregado al Art. 28 de la Ley de Modernización y Privatizaciones (LMP, en adelante), por el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE, en adelante), en todo lo que no fuera aplicable el Código Orgánico Tributario (COT, en adelante) y lo que en aquel cuerpo normativo se determina.

[29] Magíster en Derecho Constitucional, Universidad Especialidades Espíritu Santo (2015). Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, Universidad de Guayaquil (2010). Profesor tiempo completo de la Universidad Espíritu Santo.

En forma precisa ambas normativas regulan la institución jurídica del «*deber de resolver*» los procedimientos administrativos incoados por los particulares y los que de oficie inicie la Administración, pues hay coincidencia que el ERJAFE aporta una serie de principios administrativos de obligatoria aplicación.

La Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en su Resolución 16-07 (*Arias Valencia vs. IESS*), R.O. No. 345 (S) de 26 de mayo de 2008, lo que reitera en su Resolución 24-07 (*Salazar de Gómez vs. IESS*), publicada en el mismo R.O., se ha pronunciado enunciando una realidad que compartimos plenamente y que la expresa así:" (…) *que, a juicio de esta Sala,(…) el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo compila una serie de «principios de Derecho Administrativo» que son extensibles, en razón de su propia naturaleza y no por su fuente, a todas las administraciones públicas* (…)". Doctrina que ha sido reiterada en otros fallos y que se resume en dejar precisado que el ERJAFE, además de sus reglas y a través de estas, incorpora «*principios de Derecho Administrativo*» aplicables a todas las administraciones públicas, esto aparte y con independencia que aquel con su normativa positiva - que es fuente de Derecho – integre la categoría de reglamento autónomo y con ámbito de eficacia delimitado a la Función Ejecutiva y sus administraciones central e institucional. Es decir, la CSJ reconoce a través de sus fallos, o sea institucionalmente, la vigencia de los *principios generales* de Derecho Administrativo como fuente del Derecho que se compilan en el ERJAFE.

La Administración Pública tiene el «*deber de resolver*» todo procedimiento que inicie de oficio o a instancia de parte, pues, la facultad de instruir y resolver los expedientes corresponde a los órganos administrativos en virtud del ejercicio de la atribución de la potestad resolutiva (Art.69 COT) y de la competencia que les asigna la ley, siendo esta, además, irrenunciable (Art.76 COT); instituciones jurídicas que se erigen -potestad y competencia- sobre la conjunción de poderes-deberes inherentes a la función administrativa.

Son "*Deberes de la Administración*", entre otros, los de dictar "*resolución motivada en el tiempo que corresponda, en las peticiones, reclamos, recursos o consultas que se presenten los sujetos pasivos de tributos o quienes se consideren afectados por un acto de la administración*" (Art. 103. 5 COT), tiene, pues, un origen legal o institucional el «*deber de resolver*».

Es de resaltar que este deber de resolver en forma expresa es para "*todos los procedimientos*" y queda comprendido el de "*notificar*" dicha resolución (Art.115 ERJAFE), por lo tanto, se trata de la proscripción del *non liquet* en vía administrativa que, en la misma forma que el impuesto a los jueces, se funda en los principios de unidad, seguridad jurídica y plenitud del ordenamiento jurídico, los que conllevan la sumisión de jueces y autoridades administrativas al Derecho.

Como consecuencia de este «*deber de resolver*» y la interdicción del *non liquet* la Administración "*en ningún caso podrá abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso*" (Art. 156.4 ERJAFE), se trata de una prohibición análoga a la que se impone a los jueces, explicable dado que ambas autoridades, al fin y al cabo, son por igual aplicadoras del Derecho.

El «*deber de resolver*» determina no sólo que la Administración dicte resolución expresa, sino también que esta decida todas las cuestiones presentes en el expediente (Art.133 COT). El contenido de la resolución, por consiguiente, ha de ser *coherente*, además de *congruente* con el contenido del expediente (Art. 156. 2 ERJAFE). Siendo así, es también equivalente a incumplir el deber de resolver la que se dicta en forma *incongruente por omisión*. No obstante, se matiza su gravedad con respecto a la inactividad total afirmando que esta al menos permite, formalmente, la impugnación del acto en sede judicial.

El deber de resolver es inescindible de la autotutela administrativa sin la cual no es posible estructurar la Administración Pública como objeto del Derecho Administrativo y se convierte, por ello, en principio capital de su formación y es contenido sustantivo de este.

La obligación de resolver comprende que sea expedida la decisión sobre el tema objeto del procedimiento, en forma "*expresa*" y que sea notificada (Art. 115.1 ERJAFE), además que "*sea motivada en el tiempo que corresponda*" (Art. 103. 5 COT) y específicamente, hacerlo cuando sea de "*revisar de oficio sus propios actos o resoluciones dentro del tiempo y en los casos que precisa*" el COT (Art. 103. 8).

Si el ordenamiento jurídico prescribe el *deber de resolver* es coherente que prohíba lo contrario, esto es, que cualquier autoridad se abstenga de hacerlo y por ello, proscribe que, "*en ningún caso*", pueda la autoridad inhibirse o abstenerse de hacerlo, bajo ningún pretexto y jamás en perjuicio del derecho de defensa o de petición constitucionalmente protegidos (Art.156.4 COT).

III. ALCANCE DEL «*DEBER DE RESOLVER*» UN RECURSO DE REVISIÓN

En forma expresa el número 4 del artículo 156 del ERJAFE precisa que la resolución puede contener "*la inadmisión de las solicitudes reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamentos*", pero ello "*sin perjuicio del derecho de petición previsto en la Constitución*", esto es, sin dejar de proporcionar a las peticiones de los administrados "*atención* o *respuestas motivadas*" (Art. 66.23 CRE).

El máximo órgano de justicia ordinaria del país tiene decidido en fallos reiterados y que constituyen prescripciones vinculantes para los jueces acorde con lo prescrito en el artículo 19 de la Ley de Casación que:

Res. 26-2009, R.O. E.E. 141, 4-V-2011

> *Es así que en aras de preservar el derecho de petición y en general, las garantías propias del debido proceso, propias no sólo de los procesos judiciales sino también de los procedimientos administrativos, esta Sala ha fallado reiteradamente en el sentido de que planteado por un particular un recurso de revisión, la autoridad tributaria competente debe darle el trámite previsto en el Art. 144 ya citado, sin que sea posible ordenar, sin más, su archivo (recursos 53-2001, R. 0. 53, miércoles 2 de abril del 2003; 139-2003 y 53-2007, no publicadas aún en el Registro Oficial). En consecuencia, al emitir la providencia de improcedencia impugnada, el Director General del Servicio de Rentas Internas incumplió con el trámite previsto en el Art. 144*

del Código Tributario. (…) En el presente caso, lo que correspondía era que la Sala juzgadora dejara sin efecto la providencia y ordenara que la máxima autoridad del Servicio de Rentas Internas dé curso al recurso de revisión insinuado por la actora. En la sentencia impugnada, por lo tanto, se ha violado el Art. 144 del código Tributario ya citado y la amplia jurisprudencia existente sobre el tema, particular que debe ser corregido por esta Sala, en uso de su facultad de controlar la legalidad prevista en el Art. 273 del mismo código. En mérito de estas consideraciones y en aplicación de los precedentes jurisprudenciales antes anotados, por haberse violado las normas del Código Tributario que constan en este fallo, esta Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, casa la sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 de Quito el 19 de noviembre del 2008 y ordena que el Director General del Servicio de Rentas Internas dé trámite al recurso de revisión insinuado por la Empresa Comercial (…)

Es decir, la norma legal autoriza la inadmisión del Recurso de Revisión por parte de la autoridad, pero en acatamiento al derecho de petición y al debido proceso reconocidos en la Constitución ninguna autoridad puede hacerlo sin que se realice el trámite que prevé el artículo 144 del COT y en consecuencia, solicite el informe del Departamento Jurídico dentro de un expediente en el que comparezca el interesado y sólo en caso de improcedencia (Art.145 COT) podrá rechazar la insinuación formulada por el particular y haciéndolo en forma motivada (Art.81 COT).

En fallo vinculante de casación ha dicho la Corte:

CUARTO.- El Art. 143 del Código Tributario dice a la letra: 'El Director General del Servicio de Rentas Internas, en la administración tributaria central (…) tienen la potestad facultativa extraordinaria de iniciar, de oficio o por insinuación debidamente fundamentada de una persona natural o jurídica, que sea legítima interesada o afectada por los efectos jurídicos de un acto administrativo firme o resolución ejecutoriada de naturaleza tributaria, un proceso de revisión de tales actos o resoluciones que adolezcan de errores de hecho o de derecho (…)', estableciendo seis causales específicas que dan lugar a la insinuación, o a la iniciación oficiosa de este recurso. El artículo 144 del propio Código señala cuál es la tramitación que ha de darse a este recurso, señalando que insinuado o iniciado un recurso de revisión, la autoridad competente, en este caso, el Director General del Servicio de Rentas Internas, previo informe del Departamento Jurídico, si lo hubiere, o de un abogado designado para el efecto, 'dispondrá la instauración de un expediente sumario con notificación a los interesados, siempre y cuando se trate de cuestiones que requieran de la presentación o actuación de pruebas. Si el recurso se refiere a cuestiones de puro derecho, no se requerirá la apertura del referido expediente sumario. El sumario concluirá dentro del término fijado por la administración tributaria el cual no será menor a cinco días ni mayor a veinte días, dentro de los cuales se actuarán todas las pruebas que disponga la administración o las que presenten o soliciten los interesados'. En aras

de preservar el derecho de petición y en general, las garantías propias del debido proceso, propias no sólo de los procesos judiciales sino también de los procedimientos administrativos, esta Sala ha fallado reiteradamente en el sentido de que planteado por un particular un recurso de revisión, la Autoridad Tributaria competente debe darle el trámite previsto en el Art. 144 ya citado, sin que sea posible ordenar, sin más, su archivo (recursos 53-2001, R. O. 53, miércoles 2 de abril del 2003; 139-2003 y 53-2007, no publicadas aún en el Registro Oficial). En consecuencia, al emitir la providencia No. 917012006RREV000078 impugnada, la Directora General del Servicio de Rentas Internas incumplió con el trámite previsto en el Art. 144 del Código Tributario. No procede, sin embargo, que el Tribunal juzgador o esta Sala se pronuncien sobre el fondo de la controversia, esto es, sobre las distintas alegaciones que la actora realizó al insinuar su recurso y posteriormente, al deducir su demanda de impugnación. En el presente caso, lo que correspondía era que la Sala juzgadora dejara sin efecto la providencia y ordenara que la máxima autoridad del Servicio de Rentas Internas dé curso al recurso de revisión insinuado por la actora. En la sentencia impugnada, por lo tanto, se ha violado el Art. 144 del Código Tributario ya citado y la amplia jurisprudencia existente sobre el tema, particular que debe ser corregido por esta Sala, en uso de su facultad de controlar la legalidad prevista en el Art. 273 del mismo Código. En mérito de las consideraciones expuestas, esta Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, casa la sentencia dictada por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 4 de Portoviejo, deja sin efecto la providencia No. 91701200&RREV000078 de 1 de febrero del 2006 y ordena que el Director General del Servicio de Rentas Internas de Manabí dé trámite al recurso de revisión insinuado (…)[30].

Se contemplan excepciones al deber de resolver en "*los supuestos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento (…) terminación del procedimiento por acuerdo o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación o notificación previa a la administración*" (Art.115.1 ERJAFE), sin embargo se deberá resolver, en el supuesto de los primeros cuatro casos, conteniendo una "*declaración de las circunstancia que concurra en cada caso, con la indicación de los hechos producidos y las normas aplicables*", es decir, expidiendo una resolución formal, pero no sobre lo sustantivo del caso que ya se ha extinguido

En todo otro caso se debe expedir resolución expresa que decida lo de fondo del asunto y que constituye el objeto del procedimiento administrativo, incluso ya producido el silencio administrativo (Arts. 115.2 y 118.1 COT), pues, el nacimiento del acto administrativo presunto (Art.129.1, f. ERJAFE)

[30] Res.126-2007, R.O. EE 89, 23-XI-2010

"*no excluirá el deber de la administración de dictar resolución expresa, aunque se hubiera deducido acción contenciosa por el silencio administrativo*" (Art.134 COT), por lo que, incluso después de esta demanda, subsiste la obligación de la Administración de dictar la resolución en la forma y con el fondo que exige el ordenamiento jurídico.

Después del *dies ad quem* subsiste el deber de dictar la resolución expresa tardía, como correlato al derecho del administrado de exonerarse la carga de la prueba del acto presunto esto es, de la certificación que exige el artículo 28 de la Ley de Modernización, resolución que sólo podría ser confirmatoria del acto presunto ya existente, pues, su eficacia sólo puede ser extinguida previa declaración de nulidad siguiendo el procedimiento de revisión (Arts.139 y 143 COT) o de anulabilidad como resultado de un procedimiento de lesividad (Arts.97 y 168 ERJAFE).

Por supuesto, el deber de resolver subsiste después del nacimiento del acto presunto y aun cuando se haya demandado ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso, pues, como la resolución expresa sólo puede ser confirmatoria de este, tiene como efecto extinguir el objeto del proceso contencioso, sea en todo o en parte (Art. 134 COT), además, el deber de resolver de la Administración es exigencia de la Constitución para satisfacer el derecho fundamental de petición del interesado (Art.66.23 CRE) y condición del debido proceso (Art.76.3 CRE).

IV. PLAZO PARA RESOLVER

La autoridad administrativa tiene el plazo previsto por la ley, a partir de su presentación (*dies a quo*), para resolver en forma expresa el recurso de revisión presentado (Art. 147 COT), después de ese término (*dies ad quem*) nació el acto administrativo presunto que tuvo como efectos la aceptación de la pretensión contenida en ese Recurso y en consecuencia, en caso que exista resolución expresa dictada después de este día.

V. INHIBITORIA DE LA AUTORIDAD E INCUMPLIMIENTO

Si en un caso, el Director del SRI, en forma expresa, comunica al administrado su decisión de inhibirse o abstenerse "*de conocer el trámite*" y por lo tanto, "*ordena su archivo*", se niega a dictar resolución expresa, a pesar de no estar en ninguna de las situaciones de excepción que lo dispense de su obligación jurídica, infringe la prohibición legal, desobedece la prescripción legal y vulnera los derechos constitucionales del recurrente.

El «*deber de resolver*» de la Administración Pública se fundamenta en los principios constitucionales de legalidad en cuanto al ejercicio de la competencia administrativa, así como los de eficacia y de eficiencia del servicio (Art. 226 CRE), teniendo vinculación estrecha con el derecho de petición (Art.66.23 CRE) y la garantía del debido proceso (Art. 76.3 CRE), por eso, siempre obligada a dictar la resolución expresa estimatoria o desestimatoria, favorable o desfavorable y sólo para paliar el incumplimiento, se creó la técnica del silencio con efectos negativos y positivos.

Inhibirse en forma expresa es abstenerse de intervenir en un asunto, o en forma concreta en este caso, negarse a ejercer una competencia que debe actuar cuando se está obligado a hacerlo. Es decir, se inhibe correctamente la autoridad administrativa que carece de competencia, pero si hay decisión inhibitoria cuando la misma es competente, carece de eficacia jurídica la decisión porque contradice el instituto de la irrenunciabilidad de la competencia que siempre nace por ley (Art.76 COT y Art.84 ERJAFE) y por tanto, es indisponible.

Luego, se torna jurídicamente exigible que la autoridad administrativa ejerza su competencia y cumpla con su deber de resolver, a pesar que ha hecho que la inactividad del órgano, *ope legis*, haga nacer el acto administrativo presunto por el que se anuló la Resolución que desechara la impugnación contra el acta de determinación tributaria, que era y es contra la que se dirige el Recurso de Revisión interpuesto y no obstante que se haya demandado en la vía contenciosa la invalidez de esa Resolución (Art.134 COT), pues, si llegara ser confirmatoria del acto presunto, luego que se pronuncie la Corte Constitucional, la controversia concluye.

Esto que es actualmente cierto, con el COGEP varía en función de lo que prescribe el inciso final del Art. 300.

VI. LA OPORTUNIDAD PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN CONTENCIOSA

Esta demanda de ejecución del silencio administrativo positivo, no siendo de *impugnación* de acto administrativo expreso, pero sí directa se deberá interponer en el plazo de sesenta días (Art. 306 No. 5 COGEP).

Al respecto ha dicho la Corte Nacional de Justicia en fallos de triple reiteración que:

> (…) *Creemos oportuno realizar algunas consideraciones previas sobre el tema de la caducidad del derecho a demandar y el papel de los sujetos procesales en un caso como el presente. Respecto de la caducidad del derecho a demandar (o extinción del derecho de acción en razón del transcurso del tiempo), esta Sala ha señalado que la fecha de inicio para el cómputo de los términos para determinar la caducidad del derecho de acción, en los casos en que el administrado busca hacer efectivo (ejecutar) el acto administrativo presunto derivado del silencio administrativo con efectos positivos, sería, por regla general, el día siguiente a la fecha en que se habría producido el acto administrativo presunto, cuya ejecución se busca en sede judicial, sin perjuicio de que se hubiese procurado la ejecución del referido acto administrativo presunto en sede administrativa. La única excepción a la regla consistiría en la impugnación de un acto administrativo expreso, o un hecho administrativo que afecten el contenido del acto administrativo presunto si este es meramente declarativo, en cuyo caso se seguirá la regla de caducidad para los actos administrativos notificados, o los hechos administrativos, según sea el supuesto, porque la 'impugnación' de estos actos o hechos serían, en estricto sentido, la materia de la litis. Respecto de los términos para que opere la caducidad, actualmente vigentes, son de*

90 días para el caso del recurso de plena jurisdicción referido a un acto administrativo notificado (esto es, un acto administrativo expreso); tres años para las materias propias del recurso objetivo y cinco años para el caso de controversias relacionadas con contratos y cualquier otra materia no prevista en los supuestos anteriores, en cuyo conjunto se encuentran los actos administrativos presuntos y los hechos administrativos.-[31].

Con el COGEP los plazos varían y desde el vencimiento del que corresponde a la autoridad para resolver, en sesenta días hábiles posteriores caduca el derecho al administrado contribuyente a solicitar la ejecución del silencio administrativo con efectos positivos.

[31] Res.280-09, R.O. E.E. No.147, 16-V-2011.

ISBN: 978-9978-25-079-2