



**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA  
INDOAMÉRICA**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS  
POLÍTICAS Y ECONÓMICAS**

**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:**

---

**“LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA FRENTE A LA INEFICACIA Y LA  
MALA PRÁCTICA JUDICIAL SEGÚN EL COGEP”**

---

Monografía previa a la obtención del Título de Abogada de los Tribunales y  
Juzgados de la República del Ecuador.

**AUTORA:**

María Carlota Chimborazo Guamán

**TUTOR:**

Dr. Alfredo Carrillo

**Ambato – Ecuador**

**2017**

## **APROBACIÓN DEL TUTOR**

En calidad de Director de la monografía: “LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA FRENTE A LA INEFICACIA Y LA MALA PRÁCTICA JUDICIAL SEGÚN EL COGEP”, presentado por la egresada señora Chimborazo Carlota, para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, CERTIFICO, que ha sido revisado en todas sus partes y considero que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del tribunal examinador que se designe.

Ambato, Agosto del 2017

.....  
Dr. Alfredo Carrillo  
TUTOR

## **DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD**

Quién suscribe, declaro que los contenidos recopilados y analizados en la presente Monografía, “LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA FRENTE A LA INEFICACIA Y LA MALA PRÁCTICA JUDICIAL SEGÚN EL COGEP”, como requerimiento previo del examen de titulación, para la obtención del Título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, son absolutamente original, auténtico y personal y de exclusiva responsabilidad legal y académica de la autora.

Ambato, Agosto del 2017

.....  
María Carlota Chimborazo Guamán

C.I. 0201406816

## **AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

Yo, María Carlota Chimborazo Guamán, declaro ser autora del trabajo de investigación “LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA FRENTE A LA INEFICACIA Y LA MALA PRÁCTICA JUDICIAL SEGÚN EL COGEP” como requisito para optar al grado de “Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador”, autorizo al Sistema de Bibliotecas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, para que con fines netamente académicos divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI-UTI).

Los usuarios del RDI-UTI podrán consultar el contenido de este trabajo en las redes de información del país y del exterior, con las cuales la Universidad tenga convenios. La Universidad Tecnológica Indoamérica no se hace responsable por el plagio o copia del contenido parcial o total de este trabajo.

Del mismo modo, acepto que los Derechos de Autor, Morales y Patrimoniales, sobre esta obra, serán compartidos entre mi persona y la Universidad Tecnológica Indoamérica, y que no tramitaré la publicación de esta obra en ningún otro medio, sin autorización expresa de la misma. En caso de que exista el potencial de generación de beneficios económicos o patentes, producto de este trabajo, acepto que se deberán firmar convenios específicos adicionales, donde se acuerden los términos de adjudicación de dichos beneficios.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Ambato, en el mes de septiembre de 2017, firmo conforme:

Autor: María Carlota Chimborazo Guamán

C.I. 0201406816

Dirección: Simiatug-Cantón Guaranda-Provincia de Bolívar

Correo: chimborazocarlotal976@hotmail.com

Teléfono: 0990389522

## **AGRADECIMIENTO**

Dejo constancia de mi profundo agradecimiento a la Universidad Tecnológica “Indoamérica”, por haberme acogido en sus aulas; así como a sus docentes por su noble vocación de enseñanza y guía a lo largo de toda mi carrera de Derecho en la Facultad de Jurisprudencias, Ciencias Políticas y Económicas

A mi docente tutor por compartir sus conocimientos, y ser el eje fundamental para alcanzar una meta más de mi vida profesional, dado el asesoramiento y la paciencia en brindada para culminar con éxito mi trabajo de titulación.

*Carlota Chimborazo*

## **DEDICATORIA**

A Dios por haberme dado la vida

A mis padres por sus consejos y sabiduría

A mi esposo por guiarme por el camino del  
saber

A mis hijos por comprender mis horas de  
ausencia

*Carlota Chimborazo*

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y**  
**ECONÓMICAS**  
**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:** “LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA FRENTE A LA INEFICACIA Y LA MALA PRÁCTICA JUDICIAL SEGÚN EL COGEP”.

**AUTORA:** María Carlota Chimborazo Guamán

**TUTOR:** Dr. Alfredo Carrillo

**RESUMEN EJECUTIVO**

El presente trabajo de investigación refiere a la Exclusión de la Prueba por el error o la mala práctica judicial ocasionada por el juzgador, así originando la Ineficacia en la Práctica Judicial en las Unidades Judiciales. La normativa legal COGEP otorga a las partes procesales la mayor amplitud de presentar pruebas que son evaluadas dentro de los principios generales de contradicción, oportunidad, pertinencia y la obligación de anunciar la prueba en la demanda y contestación a la misma. El estudio enfoca esto ya que todo proceso puede ser precedido de una diligencia preparatoria con la finalidad de anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse, siendo el juzgador el responsable de que la prueba urgente sea obtenida o actuada sin vulnerar derechos o normas legales; cuyos efectos jurídicos afecta a una de las partes procesales. La problemática jurídica que se acredita en esta investigación, se evidencia en el análisis de dos casos prácticos tramitados en la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescente con sede en el cantón Ambato, provincia de Tungurahua. Para el desarrollo del mismo se recabó información doctrinaria y jurídica sobre la prueba, la negligencia o error inexcusable en la práctica de la misma y se determina su debida o mala práctica judicial; cuyo resultado permite proponer medidas pertinentes para garantizar la tutela judicial efectiva en la práctica de la prueba urgente.

**DESCRIPTORES:** Exclusión de la prueba, ineficacia, mala práctica judicial.

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y**  
**ECONÓMICAS**  
**CARRERA DE DERECHO**

**THEME:** "THE EXCLUSION OF THE EVIDENCE IN RESPECT OF THE INEFFICIENCY AND BAD JUDICIAL PRACTICE ACCORDING TO COGEP"

**AUTORA:** María Carlota Chimborazo Guamán

**TUTOR:** Dr. Alfredo Carrillo

**ABSTRACT**

The present investigation refers to the Exclusion of the evidence for the error or bad judicial practice caused by the judge, thus giving rise to the Inefficiency in Judicial Practice in the Judicial Units. The COGEP legal regulation gives to the procedural parties the widest range of evidence that is evaluated within the general principles of contradiction, timeliness, relevance and the obligation to announce the evidence in the complaint and answer to it. The study focuses on this since any process can be preceded by a preparatory diligence in order to anticipate the practice of urgent proof that could be lost, being the judge responsible for that, the urgent evidence is obtained or acted without violating rights or legal norms; whose legal effects affect one of the procedural parties. The legal problem that is credited in this investigation is evidenced in the analysis of two practical cases processed in the Judicial Unit of Family, Women, Children and Adolescents, based in the canton of Ambato, province of Tungurahua. For the development of the investigation it was collected doctrinal and legal information on evidence, negligence or inexcusable error in the practice of itself and determines its due or bad judicial practice, whose result allows proposing pertinent measures to guarantee the effective judicial protection in the practice of the urgent evidence.

**DESCRIPTORS:** Exclusion of evidence, ineffectiveness, bad judicial.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

|  |      |
|--|------|
| Portada.....   | i    |
| APROBACIÓN DEL TUTOR.....  | ii   |
| DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD.....   | iii  |
| AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA,<br>REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA<br>DEL TRABAJO DE TITULACIÓN ..... | iv   |
| AGRADECIMIENTO .....   | v    |
| DEDICATORIA .....  | vi   |
| RESUMEN EJECUTIVO .....  | vii  |
| ABSTRACT.....  | viii |
| ÍNDICE DE CONTENIDOS .....   | ix   |
| INTRODUCCIÓN .....   | 1    |
| CAPÍTULO I.....  | 4    |
| DESARROLLO TEÓRICO CONCEPTUAL .....  | 4    |
| LA PRUEBA SEGÚN LA DOCTRINA .....  | 4    |
| Antecedentes históricos.....   | 4    |
| La prueba en el derecho procesal civil.....  | 6    |
| La prueba en el derecho y en el proceso .....  | 9    |
| La carga de la prueba según la doctrina .....  | 12   |
| La adquisición de la prueba.....   | 15   |
| Principios procesales aplicables a la prueba .....   | 18   |
| Validación o exclusión de la prueba .....  | 19   |
| CAPITULO II .....  | 27   |
| DESARROLLO LEGAL .....   | 27   |
| La prueba según la Constitución de la República del Ecuador.....   | 27   |
| La prueba según el Código Orgánico General de Procesos .....   | 29   |
| Admisibilidad de la prueba .....   | 31   |
| Conducencia, pertinencia y necesidad de la prueba.....   | 33   |
| La práctica de la prueba .....   | 34   |
| Exclusión de la prueba .....   | 36   |

|   |    |
|---|----|
| Ineficiencia o mala práctica judicial ..... | 38 |
| El error judicial .....                     | 40 |
| Reparación por error judicial .....         | 42 |
| Responsabilidad del juzgador .....          | 43 |
| CAPÍTULO III .....                          | 45 |
| DESARROLLO CASUÍSTICO .....                 | 45 |
| Caso 1 .....                                | 47 |
| Factor de análisis de hechos .....          | 47 |
| Factor de análisis legal .....              | 48 |
| Factor de análisis probatorio .....         | 49 |
| Factor de análisis de sentencia .....       | 49 |
| Caso 2 .....                                | 50 |
| Factor de análisis de hechos .....          | 50 |
| Factor de análisis legal .....              | 52 |
| Factor de análisis de sentencia .....       | 53 |
| CAPÍTULO IV .....                           | 54 |
| CONCLUSIONES .....                          | 54 |
| BIBLIOGRAFÍA .....                          | 56 |
| ANEXOS .....                                | 58 |

## INTRODUCCIÓN

Etimológicamente prueba proviene del latín *probus* que significa *bueno, honrado, que te puedes fiar de él*.

En sentido lato, la palabra prueba puede tener los siguientes significados: *Acción y efecto de probar. Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo. Indicio, señal o muestra que se da de algo*.

Según Carnelutti y Rocco la expresión prueba tiene un distinto significado en el lenguaje común y en el lenguaje jurídico, pues *prueba judicial es la comprobación, no de los hechos, sino de las afirmaciones*, a ello podríamos agregar que en materia procesal se puede hablar de prueba solo cuando se trate de comprobar hechos que están sujetos a contradicción y que no han sido admitidos por ambas partes dentro del proceso judicial, es por eso que tiene características propias que la diferencian de la prueba en sentido común.

El Art.120 numeral 2 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), permite la práctica de prueba urgente como diligencia preparatoria sin que se pueda excluir la misma; y, el Art. 294 del referido cuerpo legal refiere en su artículo 7 numerales c) al derecho de las partes procesales para solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de pruebas anunciados y, d) sobre la admisibilidad y la exclusión de la prueba anunciada, siempre y cuando haya sido obtenida o actuada con violación a los derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la Ley; en estos casos, es obligación del juez o jueza competente excluir la misma de la actuación procesal por carecer de validez y eficacia jurídica, no antes. Normativa legal que guarda conformidad con una de las garantías básicas del debido proceso prevista en el Art. 76 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador.

Dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, se establece como derecho de protección la tutela efectiva de los derechos e intereses de las partes procesales sin que en ningún caso puedan quedar en indefensión; a esto se suma, que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, en tal virtud, no se puede sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades (Arts. 75 y 169 de la Constitución), siendo facultad jurisdiccional de las juezas y jueces convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales, si no han viciado al proceso de nulidad insanable ni han provocado indefensión. (Art. 130, numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial).

Frente a esta normativa jurídica se establece la responsabilidad del Estado por inadecuada administración de justicia (Art. 32 COFJ), y, la responsabilidad del juzgador por manifiesta negligencia o error inexcusable (Art. 109 numeral 7 COFJ). El juzgador debe garantizar la práctica de la prueba urgente dentro de un plazo razonable, no hacerlo conlleva una sanción administrativa por la ineficiencia y mala práctica judicial, que va desde la suspensión del cargo hasta la destitución del servidor judicial (juez o jueza); sin embargo, en nada subsana el error judicial con respecto a la práctica de la prueba urgente no practicada ni garantiza la tutela efectiva a las partes procesales que reclaman justicia con celeridad.

Dada la problemática jurídica se desarrolla este proyecto de titulación con el tema: *“LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA FRENTE A LA INEFICACIA Y MALA PRÁCTICA JUDICIAL SEGÚN EL COGEP”*, que se desarrolla por capítulos que abarca contenidos doctrinarios y jurídicos sobre el derecho probatorio, la exclusión de la prueba, la negligencia o error inexcusable; y, el estudio de un caso práctico que evidencia la ineficiencia del juzgador en la práctica judicial, que provoca el retardo en la administración de justicia, afecta a los derechos e intereses de la parte procesal.

Finalmente se desarrolla una propuesta jurídica que permite concientizar para convalidar de oficio o a petición de parte los elementos de convicción o la prueba

actuada u obtenida sin las formalidades de ley, siempre que no provoque indefensión o influya en la decisión de la causa, requisitos sin equanon que son determinantes para declarar la nulidad de lo actuado a costa de quien lo haya provocado; de esta manera, se trata de garantizar el derecho a la tutela efectiva de los sujetos procesales en la administración de justicia dentro del marco constitucional de derechos y justicia del Estado Ecuatoriano, donde debe prevalecer los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, sin que en ningún caso queden en indefensión.

Por lo expuesto, se concluye que no se puede sacrificar a la justicia por la sola omisión de formalidades; que es deber de juezas y jueces ordenar y practicar la prueba urgente a petición de parte y garantizar la tutela judicial efectiva a fin de evitar demandas en contra del Estado por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela efectiva y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso, y que el Estado puede repetir en contra del servidor o servidora judicial responsable del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o administrativas a las que haya lugar. (Art. 11, numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador).

## **CAPÍTULO I**

### **DESARROLLO TEÓRICO CONCEPTUAL**

#### **LA PRUEBA SEGÚN LA DOCTRINA**

##### **Antecedentes históricos**

Antes de adentrarnos al estudio doctrinario de la prueba, es importante conocer la forma en que se ha marcado la regulación de la misma dentro del Derecho Procesal Civil durante la historia. Permitiendo que en la actualidad se vislumbre una regulación más específica hacia la protección de los derechos procesales de las partes litigantes en el Código Orgánico General de Procesos.

En el año de 1835 se expidieron leyes diversas que normaron el “enjuiciamiento civil”, pero es en el año de 1869 en el que se expide el primer Código de Procedimiento Civil, denominado “Código de Enjuiciamiento en materia civil, aprobado por la Asamblea Constituyente de esa época. (Gurruchaga, 2014)

En el año de 1879 se expide el Código de Enjuiciamiento en materia civil y en el año de 1890 se realiza una división con respecto al proceso civil y a la organización del poder judicial, para el efecto, se expide la Ley Orgánica del Poder Judicial; y, en el año 1938 se promulga el Código de Procedimiento Civil que estuvo vigente hasta que entró en vigencia el Código Orgánico General de Procesos en todo el territorio ecuatoriano, al haberse cumplido con el plazo estipulado en el referido código, publicado en el Registro Oficial Suplemento 506 de fecha 22 de mayo del 2015 y modificado el 09 de diciembre del 2016.

Hay que recordar que a partir de la Constitución de 1998 en su Art. 194 se refería al Sistema Oral, para la sustanciación de los procesos, que incluía la presentación y contradicción de las pruebas mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios dispositivo, de concentración e inmediación. (Congreso Nacional , 1998)

El Art. 168 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), textualmente señala: “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” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, por lo tanto, las normas procesales consagran los principios de: Simplificación, Uniformidad, Eficacia, Inmediación, Celeridad, Economía procesal y hacen efectivas las garantías del debido proceso, en tal virtud, no se puede sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades. Art. 168, Ibid.

Bajo esta perspectiva se expide el Código Orgánico General de Procesos que derogó expresamente el Código de Procedimiento Civil, que establecía una acumulación física de los actos procesales y como consecuencia de estos expedientes se sobredimensiona lo formal incurriendo en el formalismo procesal y ritualismo, que evidenciaba una falta de inmediación en la recepción de la prueba que propiciaba conductas dilatorias por parte de la defensa técnica de la partes procesales que llegó a establecer como slogan: “Justicia que tarda, no es justicia”, siendo necesario un cambio de paradigma y de esta manera el legislador procede a simplificar los procedimientos en un solo cuerpo legal “COGEP”, el mismo que regula la actividad procesal en las materias: Civil, Laboral, Contencioso Tributario, Contencioso Administrativo, Inquilinato, Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

El Código Orgánico General de Procesos está estructurado por cinco libros: I. Normas Generales; II. Actividad Procesal; III. Disposiciones comunes a todos los procesos; IV De los Procesos y V. Ejecución. Unifica más de 80 vías procesales existentes en varios cuerpos legales como el contencioso administrativo, tributario, comercial, laboral y de procedimiento civil; y lo establece en cinco procedimientos: 1. Ordinario, 2. Voluntario, 3. Sumario, 4. Ejecutivo y 5. Monitorio.

El Procedimiento civil previsto en el “COGEP” se lo establece de manera obligatoria a través de audiencias con la dirección judicial del proceso y la inmediación de la partes procesales; de esta manera, se condiciona una mayor sencillez en los actos procesales menos formalista, con celeridad, publicidad y concentración de actuaciones judiciales; permite la relación directa del juzgador y las partes, lo que conduce a profundizar y resolver cualquier duda de manera inmediata; el juez se convierte en el director del proceso, su actuación es más activa; se suprimen los incidentes y lo que se proponen se resuelven en la misma audiencia; se regula los métodos alternativos de solución de conflictos con son la conciliación intraprocesal, es decir dentro del proceso en la que interviene el juzgador competente; y, la mediación y arbitraje de manera extraprocesal o derivación judicial en la que interviene un mediador o árbitro; lo que conlleva a que se logre más acuerdos y transacciones, a que se ventile un juicio largo y contencioso.

### **La prueba en el derecho procesal civil**

Para entender de mejor manera a qué se refiere la prueba es sustancial determinar plenamente su naturaleza jurídica y poder dar una definición de lo que es la prueba, para aquello se toma como referencia ciertos criterios doctrinarios que permiten entender con claridad sobre la prueba judicial en el Derecho Procesal Civil.

Según el tratadista Jaime Azula, define lo que es la prueba judicial, al afirmar: *“es un acto procesal mediante el cual se le lleva al Juez el convencimiento de los hechos materia u objeto del proceso”*.

De lo que se desprende, que la prueba judicial es aquella que es practicada con la finalidad de llevar al juzgador un medio convincente que permita tenerla certeza de los hechos materia u objeto del ejercicio de la acción que se juzga o se pretende juzgar; de ahí que se tiene que establecer si ese medio probatorio fue obtenido de manera lícita o ilícita; para determinar su validez o exclusión de la prueba.

La prueba lícita, se refiere a que los medios probatorios se ajusten a las formalidades y requisitos establecidos en la ley, y guarden conformidad con los mandatos constitucionales y legales.

La licitud es uno de los principios de la prueba, lo que quiere decir, que toda prueba obtenida o actuada debe ser lícita, caso contrario no tiene validez alguna y carecerá de eficacia probatoria.

Sin embargo, existe controversia respecto a si la prueba obtenida o actuada con violación a los derechos constitucionales y legales, es o no válida. Por mandato del numeral 4 de Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, esta prueba no tiene validez alguna, ni eficacia probatoria; por lo tanto la jueza o juez deberá inadmitirla de manera motivada en su resolución o fallo, dicho de otro modo excluirla.

El juzgador además debe establecer si ese medio probatorio es veraz o hay fraude procesal, que consiste en la obtención dolosa de una sentencia en que el juzgador ha sido víctima de un engaño, por una de las partes (actora o demandada), debido a la presentación falaz de los hechos, a probanzas irregulares, en especial para testigos amañados o documentos alterados, etc. (Ramon, 2013)

El Fraude procesal con relación al principio de veracidad de la prueba, se entiende en la utilización de pruebas para engañar al juez, o cuando por cualquier forma se altera la realidad de los hechos y se induce, por tanto, a la jueza o juez al error; por lo que, el juzgador deberá de manera obligatoria excluir toda prueba que haya sido obtenido con violación a los derechos humanos o si han sido obtenidas y practicadas en contra de la norma jurídica previamente establecida.

En este apartado es necesario referirse a los requisitos subjetivos y objetivos del acto probatorio, que según los tratadistas del derecho establecen dos requisitos subjetivos, que son: Competencia y legitimación.

- a) Competencia.- Tiene que ver con la facultad que tiene el juez por mandato de la ley para ordenar, practicar, producir, y valorar la prueba.
- b) Legitimación.- Consiste el derecho que tienen las partes procesales para solicitar, realizar o participar en la realización de la prueba y contradecir las mismas en audiencia.

Con respecto a los requisitos subjetivos del acto probatorio, se tiene:

- Conducencia
  - Pertinencia
  - Utilidad, y
  - Ausencia de prohibición legal
- a) Conducencia, consiste en la idoneidad de la prueba, es decir, el medio probatorio propuesto debe ser adecuado para demostrar el hecho.
  - b) Pertinencia, consiste en que el hecho que pretende demostrar tenga relación con lo que integran la controversia; es decir, debe concretarse a los hechos sometidos al juicio.

- c) Utilidad, consiste en que la misma produzca un resultado positivo con relación a la controversia que aún no ha sido demostrada con otra.
- d) Ausencia de prohibición legal, consiste en aquella prueba que no se puede ordenar ni practicar por ser contraria a la ley, por lo tanto, el juez debe rechazarla.

Según el Código Orgánico General de Procesos “COGEP”, es obligación de la jueza o juez de expresar en su resolución o fallo la valoración de todas las pruebas producidas dentro del proceso, así como ordenar la exclusión de la prueba deformada u obtenida con violación a la Constitución o la ley.

Es potestad exclusiva del juzgador el valorar todos los medios probatorios producidos en el juicio, prueba que debe ser apreciada en su conjunto y según las reglas de la sana crítica; pero como requisito previo, el juzgador debe verificar si las pruebas cumplen con todas las formalidades referentes al procedimiento, y que cumplan con las solemnidades prescriptas por la ley sustantiva para su existencia o validez; caso contrario debe obligatoriamente excluirla, sacarla del proceso.

### **La prueba en el derecho y en el proceso**

La prueba en el derecho, es la actividad necesaria que implica demostrar la verdad de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley; según el COGEP, permite llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos.

La prueba en el proceso se practica de manera oral en la audiencia de juicio y para demostrar los hechos controvertidos las partes procesales (actora y demandada), pueden utilizar cualquier tipo de prueba que no violente normas constitucionales o legales. (Menendez, 2006)

En la vida jurídica la prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hechos expresadas por las partes; y, en las relaciones personales, tiene importancia en cuanto a la conducta humana con las cuales se pretende llevar al juzgador el convencimiento de los hechos; así podemos hablar de la prueba documental, testimonial y pericial.

Es necesario tener muy en claro cuál es el objeto de la prueba judicial, al efecto, desde el punto de vista concreto consiste en que puede probarse en todo proceso determinado, sea civil, penal o administrativo, por lo que su ámbito es reducido y limitado a un hecho determinado, si es en materia penal, está limitado a determinar la materialidad de la infracción y la culpabilidad del procesado o procesados y el grado de participación cuando son más de uno; o si actúa como autor mediático, intelectual o fue cómplice en el hecho delictivo; si en materia civil y materias afines, los medios probatorios se sujetan a un solo asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio.

El tratadista Jaime Azula Camacho, en su Libro Manual del Derecho Procesal, señala los hechos que no son objeto de prueba:

- a) Las normas jurídicas nacionales; no necesitan ser probado el conocimiento o desconocimiento de las mismas, ya que se presume de derecho el conocimiento de la ley.
- b) Existencia y representación de personas jurídicas de derecho público; no necesita prueba de su existencia si se tratan de entidades públicas de creación Constitucional o legal.
- c) Reglas de la experiencia, estas reglas no sólo le sirven a la jueza o juez, sino también al perito y al testigo, que en base a su experiencia pueden establecer una presunción y valorar el hecho o prueba.

- d) Los juicios, en relación a su acepción de opinión, parecer o criterio, son juicios de valor que se hacen con respecto a una persona u objeto, previa la confrontación entre una premisa mayor y otra menor.
- e) Hechos imposibles. Aquello que no se puede realizar; por ejemplo, estar a la misma hora, día y fecha en distintos lugares.
- f) Negaciones y afirmaciones indefinidas, se refiere de esta manera a la forma en que las partes presentan los hechos que sustentan sus pretensiones o excepciones.
- g) Hechos notorios. Desde el punto jurídico es considerado que lo notorio queda referido a los hechos permanente o transitorio y conocido por todos o por un grupo determinado de personas; por lo tanto, no necesita ser probado.
- h) Hechos presumidos. Dentro del Derecho se establece que de un hecho se puede inferirse o deducirse otro, en razón de la causa y efecto entre ellos, y que es conocido como presunción, y este a su vez presenta dos modalidades: 1. Las presunciones de derecho que no admiten prueba en contrario; y, 2. Las presunciones de hecho, que admiten prueba en contrario, por tanto, el hecho indicado o deducido puede ser desvirtuado.
- i) Hechos amparados de cosa juzgada. La cosa juzgada ampara la decisión contenida en la sentencia y la regla general es que sus efectos cobijan solo a las partes que intervienen en el proceso, salvo que la misma norma los haga extensivos a todos.
- j) Hechos prohibidos. Hay ciertos hechos que, como tales son objeto de prueba, pero son vedados para determinados procesos.

Estas reglas deben ser tomadas en cuenta por todo juzgador antes de excluir una prueba o validar la misma; incluso los abogados defensores, deben solicitar la práctica de alguna prueba que sea necesaria y conducente a establecer la realidad de los hechos, y no solicitar por solicitar; siendo importante conocer sobre el **principio de necesidad de la prueba**; consiste en *“lo que se requiere de prueba en un proceso determinado cualquiera que sea la rama a la que pertenezca, por constituir los presupuestos fácticos de las pretensiones o excepciones”* (Azula Camacho, Manuela de Derecho Procesal, 2008).

El tema o necesidad de prueba dentro del proceso civil que abarca todas las materias excepto constitucional, penal y electoral; se constituye por los hechos sucedidos (posesión efectiva, obligaciones pendientes de pago, incumplimiento de contratos de arrendamiento, etc.), en donde al existir controversia en los hechos, se debe establecer la verdad de los mismos mediante medios probatorios que conlleven al convencimiento del juzgador sobre la determinación de la cosa, cantidad o hecho que se reclama o se niega.

### **La carga de la prueba según la doctrina**

No hay que olvidar que el juzgador según el Código Orgánico General de Procesos “COGEP”, ejerce la dirección del proceso, controla las actividades de los sujetos procesales y evita las dilaciones innecesarias; y, le corresponde a las partes el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo; por lo tanto, la iniciativa probatoria tiene que ver con los sujetos procesales (actora y demanda), sobre los cuales recae la obligación o facultad para solicitar y anunciar la práctica de prueba que permitan establecer de manera convincente los hechos y circunstancias controvertidos de la acción o demanda, medios de prueba que serán valorados en la audiencia de juicio por el juez o jueza competente, mediante los principios de inmediación, contradicción y dispositivo.

La obligación de la parte actora de probar los hechos propuestos afirmativamente en la demanda y negados por la parte demandada en su contestación, lo que se conoce como la carga de la prueba; es decir, la parte

demandada no está obligada a producir prueba si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero está obligada a probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita, sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

Según la doctrina, existen tres sistemas sobre la carga de la prueba, a saber:

- a) En el Sistema Dispositivo, la iniciativa para proponer o solicitar medios probatorios o prueba radica en las partes (actora o demandada); sin embargo, el hecho de otorgar al juzgador la posibilidad de ordenar de oficio la práctica de pruebas no implica que deje de ser dispositivo, por cuanto dicha facultad está referida para esclarecer los hechos controvertidos.
- b) En el Sistema Inquisitivo, radica en el juez la iniciativa para decretar las pruebas tendientes a establecer los hechos objeto del proceso. No obra en forma exclusiva, pues las partes también tienen derecho a pedir pruebas.
- c) Mixto, cuando se infiere en el sentido que tanto las partes como el juez tienen facultad de decretar o solicitar pruebas.

Desde el punto de vista de la Doctrina, la carga de la prueba es inherente al sujeto procesal (actora y demandada), y exigible al juez en casos de necesidad para el esclarecimiento de los hechos controvertidos; en este sentido, se señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante el órgano jurisdiccional. (Fernandez, 2012)

En el Derecho Civil, específicamente en el procedimiento ejecutivo o monitorio, se manifiesta principalmente en la prueba de la existencia de una obligación (que corresponde al acreedor) y en la prueba de la extinción de la obligación (que corresponde al deudor).

El tratadista Jaime Azula Camacho, en su Libro Manual del Derecho Procesal, distingue tres teorías sobre la distribución de la carga de la prueba, así se tiene:

- a) Teoría de la naturaleza constitutiva, extinta o modificativa de los hechos, y en materia penal consiste en probar los elementos constitutivos de la infracción penal o delito, y las circunstancias atenuantes, agravantes o extintivas que alega.
- b) Teorías que impone a cada parte la carga de probar el supuesto de hecho de las normas cuya aplicación solicita. Esta teoría conjuga la posición de las partes frente a los hechos controvertidos en el proceso y la situación jurídica contemplada en el ordenamiento sustancial. Se funda en que toda norma o precepto positivo tiene dos aspectos: Uno de hecho, que constituye la premisa; y otro consecuencial, de derecho.
- c) Teoría que se funda en la dificultad para probar el hecho. Esta teoría se apoya en que frente a determinadas situaciones, en las que, aun cuando la carga de la prueba gravita sobre una de las partes, esta no está en condiciones de suministrarlas por la dificultad que ello representa; por lo cual, aquella radica en su oposición; por lo que no constituye la regla general, sino que está referida a una situación en concreta o específica, esencialmente variable, según la relación jurídica que vincule a las partes.

En consecuencia de lo manifestado se prescribe la obligación que tiene cada una de las partes que intervienen en un proceso, probar los hechos que alega, con excepción de los hechos que no requieren ser probados, como los hechos imposibles, notorios o públicamente evidentes y los hechos que la ley presume de derecho; por ejemplo: como el hecho de dos personas libre de vínculo matrimonial que viven por más de dos años y que se han tratado como pareja, se presume una unión de hecho. En conclusión diremos, que la carga o el trabajo de probar un enunciado recaen en el sujeto procesal que afirma poseer una verdad sobre un hecho.

## **La adquisición de la prueba**

Esta fase contempla todos los actos procesales e incluso extraprocesales con finalidad procesal que, de una u otra manera, conducen a poner la prueba a disposición del juez e incorporarla al proceso. Esta fase podría tener sub fases, como las siguientes:

### **Averiguación o investigación de la prueba**

En el proceso penal de acción pública es el fiscal quien generalmente se encarga de hacer la investigación de los hechos, aunque también son los particulares quienes pueden coadyuvar en ese proceso. En el proceso civil las partes interesadas pueden hacer la investigación de los hechos por sí mismas, sin la necesidad de intervención de funcionarios oficiales o terceros, excepto en el caso de información restringida en el que podrán requerir del auxilio de un funcionario público con potestad. Según Bentham, esta fase tiene por objeto descubrir la fuente de las pruebas, sea la cosa, sea la persona que las puede suministrar.

### **Aseguramiento o defensa de la prueba**

Una vez que se han averiguado los hechos o se ha podido determinar la persona o personas de quien procede la prueba, se procede a asegurar que la prueba se va a actuar, ya sea mediante apoderamiento material preventivo de las cosas, o mediante medidas coercitivas, o a través de diligencias preparatorias que son aquellas que tienen como finalidad determinar o completar la legitimación activa o pasiva en el futuro proceso o anticipar la práctica de la prueba que pudiera perderse

Este principio de adquisición de la prueba se le conoce también de la comunidad y *“consiste en que la prueba, como acto procesal que es, pertenece al proceso y no al sujeto del cual proviene o que toma la iniciativa para que se*

*decrete cualquiera que sea el sistema imperante en el ordenamiento procesal, las partes tienen iniciativa probatoria, o sea, el derecho de solicitarle al juez que decrete determinado medio probatorio, pero los resultados de este, vale decir, el grado de credibilidad que produzca en relación con los hechos, le pertenece al proceso”.*

En materia procesal civil quien realiza o practica las diligencias procesales es el juzgador a petición de parte. Hay prueba anticipada que es solicitada por los sujetos procesales (actor), que debe ser propuesta antes de presentar la demanda principal y que debe ser ordenada y practicada por el juzgador.

- Declaración de parte o confesión judicial: Consiste en la declaración que hace el actor o el demandado a pedido de la otra parte. Forma parte de este medio de prueba el juramento decisorio que es la declaración que hace el mismo requirente respecto de las preguntas que hizo a la otra parte en la declaración de parte.
- Declaración de testigos: Consiste en la declaración que hace un tercero ajeno al litigio sobre un hecho.
- Prueba documental: Los documentos pueden ser públicos cuando han sido emitidos o autorizados por autoridad pública en uso de sus funciones, o privados cuando han sido suscritos por particulares o autoridad pública que no haya estado en el uso de sus funciones.
- Inspección judicial: Consiste en la verificación personal que hace el juez del bien materia de litigio.
- Dictamen de peritos: Consiste en la verificación de los hechos, objeto o circunstancias del litigio realizado por un experto en el tema.
- Informes de traductores: Consiste en la traducción de un documento o de un testimonio.

De ahí que la proposición de la prueba anticipada, consiste en la solicitud o requerimiento de uno o varios medios probatorios que hace la parte al juzgador para que este se pronuncie y se practique la misma, como prueba anticipada. Por ejemplo: La inspección preparatoria si la cosa puede alterarse o perderse, la exhibición de títulos, el reconocimiento de un documento privado; la recepción de las declaraciones urgentes entre otras que están previstas en el Art. 122 del Código Orgánico General de Procesos; en cuyo caso el juez debe ordenarlo y evacuar la prueba.

La ordenación de la prueba, consiste en la facultad o deber que tiene el juez para decretar la práctica o realización de los medios probatorios solicitados por cualquiera de las partes, la misma que debe ser notificada a la otra parte para que puedan contradecirla.

La práctica de la prueba, constituye el aspecto central o fundamental del medio probatorio; en verificar los hechos en las diligencias de reconocimientos; la incorporación de los documentos aceptados y ordenados por el juez.

La actividad probatoria, como cualquier otra actividad humana, debe fijarse en su forma, espacio y tiempo, regulándose en su práctica y desarrollo, sin lo cual no podría efectuarse un verdadero estudio de la prueba.

Las formalidades son de tiempo, modo y lugar y se diferencian según la clase de proceso, el sistema oral y dispositivo. En conclusión, este principio exige que la prueba provenga de un sujeto legitimado para aducirla, se requiere también que el funcionario que la reciba o practique tenga facultad procesal para ello. (Jurisdicción y competencia). No importa el interés personal que haya originado la prueba, sino que quien la aduzca, tenga legitimación para intervenir en la actividad probatoria del proceso y que ella sea practicada oportunamente. (Borja, 2015)

La probidad y veracidad de la prueba exige también sinceridad en ella, cuando se trata testimonios, lo mismo que AUTENTICIDAD en los documentos, que significa que no hay duda sobre la prueba elaborada; tanto para estos medios como para las cosas observadas directamente por el Juez y que puedan servir para que no se altere su contenido, ni su forma o para ocultar la verdad. Rige, pues, este principio tanto para las partes como para los testigos, peritos, funcionarios encargados de la custodia de documentos y la expedición de copias, traductores e intérpretes, etc.

Hay varias oportunidades claramente delimitadas para que las partes propongan o soliciten pruebas, de las cuales unas son amplias y otras reducidas o limitadas a ciertos puntos o con relación a determinados hechos.

### **Principios procesales aplicables a la prueba**

Según el tratadista Roberto Alexy en su obra titulada (Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica, 1993), los principios aplicables a la prueba son: a) Principio de contradicción; b) Principio de igualdad de oportunidades; c) Principio de publicidad; d) Principio de preclusión; e) Principio de concentración; f) Principio de oralidad en la práctica de la prueba; haciendo un análisis de los mismos, se argumenta:

- a) El principio de contradicción, consiste en que los distintos medios probatorios se practiquen con la intervención de la contraparte de quien lo solicita; para el efecto, se debe notificar a la parte contraria para que haga uso de este derecho.
- b) El principio de igualdad de oportunidades, consiste en que las partes que intervienen en el proceso dispongan de iguales oportunidades para solicitar o proponer pruebas.

- c) El principio de publicidad, consiste en que no puede practicarse pruebas ocultas, por lo que deben ser conocidas por los sujetos procesales; y, contempla tres aspectos: 1. Cada parte tiene derecho a conocer de las pruebas pedidas por la otra parte; 2. Todas las partes tienen derecho a conocer la valoración de las mismas; y, 3. Cualquier persona puede asistir a la práctica de las pruebas.
- d) Principio de preclusión, consiste en la oportunidad con que las pruebas deben ser pedidas, ordenadas, practicadas e incorporadas al proceso dentro del tiempo señalado en el ordenamiento procesal.
- e) Principio de concentración, consiste en practicar en un número menor de actos la prueba, para su mejor apreciación y el debido cotejo.
- f) Principio de la oralidad de la prueba, consiste en practicar la prueba mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Hay que indicar que el principio de inmediación es importante porque está encaminado a la relación directa de los litigantes con la jueza o juez; constituye el medio por el cual el órgano jurisdiccional conoce personalmente a las partes e interviene de manera directa en la práctica de la prueba lo que le permite apreciar de mejor manera el valor de las pruebas, especialmente la testimonial. El principio de inmediación se encuentra consagrado dentro del Art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece que todas las normas procesales deben consagrar este principio. (Vallejo, 2013)

### **Validación o exclusión de la prueba**

El conocimiento privado que tiene el juez de los hechos, no sirve como medio de prueba, pero puede influir a la hora de valorar la prueba producida en el juicio;

sin embargo, esto le restaría valor a la idoneidad del juez, pues estaría observando una conducta parcial con relación a la valoración de la prueba.

El principio de imparcialidad que debe tener el juez, implica que su actuación sea imparcial, por lo tanto, deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido las partes, sobre la única base de la normativa jurídica vigente y de los elementos probatorios aportados por las partes.

De acuerdo con los principios procesales aplicables a la prueba, se tiene:

La recepción es aquella diligencia judicial mediante la cual se agrega la prueba al expediente. Generalmente ese acto procesal es la audiencia de prueba, que en el sistema oral es el momento en el cual se recogen las pruebas que han sido anunciadas por las partes, excepto en casos en que aquella prueba no pueda ser actuada íntegramente en dicha audiencia, como es el caso de la inspección judicial.

La recepción de las declaraciones urgentes de las personas constituye un medio de prueba que permite llevar a conocimiento del juez mediante la narración de cómo sucedieron los hechos. El testimonio propio, es la declaración que hace una tercera persona natural, ajena al proceso, ante juez competente, sobre los hechos de los que tiene conocimiento. (Cuello, 2012)

El testimonio tiene varias características que dependen de las clases o modalidades de los medios probatorios; esto es, es de carácter personal, es representativa o histórica, es oral e indirecta; su naturaleza comprende un aspecto sustancial y otro procesal, ya que la ley establece los requisitos que deben cumplir para su existencia, validez y eficacia jurídica; y, la parte procesal responde al objeto y finalidad de la prueba.

Para ser testigo idóneo se necesita edad, probidad, conocimiento e imparcialidad; sin embargo, nuestra legislación actual dentro del Estado

Constitucional de Derechos y Justicia, señala que, el juez puede fundar su fallo en la declaración del testigo que no reúna todas las condiciones aquí enumeradas, cuando tenga el convencimiento de que el testigo ha declarado la verdad.

Por la falta de edad no pueden ser testigos idóneos los menores de dieciocho años; pero, desde los catorce, podrán declarar para establecer algún suceso, quedando al criterio del juez la valorización de tales testimonios. La misma apreciación hará el juez respecto de la declaración del testigo, cuando el suceso hubiere ocurrido antes de que el testigo haya cumplido catorce años.

La parte que necesite rendir prueba testimonial, debe previamente anunciarla al presentar su demanda, al efecto, adjuntara la nómina de los testigos que deben declarar, y el interrogatorio según el cual deben ser examinados en audiencia.

Por mandato de la ley, no son testigos idóneos por falta de conocimiento los locos, los toxicómanos y otras personas que, por cualquier motivo, se hallen privadas de juicio. Se entiende que el testigo idóneo es aquel que tiene capacidad física y psíquica para percibir los hechos y pueda darlos a entender; que tenga capacidad para razonar, discernir, darse cuenta de lo que está pasando, capacidad para gravar y recordar los hechos, que tenga sus cinco sentidos en buen estado para percibir los hechos.

La facultad del juez para repreguntar o pedir explicaciones a los testigos nace de la ley, por lo tanto, es lícita e imperante en el procedimiento y procede cuando su respuesta sea determinada o influenciada, cuando se limita a responder con un sí es cierto, o cuando emplea evasivas o da contestaciones dubitativa, que la norma prohíbe y considera como inobservancia del deber de responder.

Esta facultad de repreguntar al testigo, permite al juez formarse un convencimiento sobre la realidad de los hechos, por lo tanto, no constituye sólo contacto del juez con el testigo y de las partes en aplicación del principio de inmediación, va más allá, esto es para esclarecer los datos o información dada o

aportado por el testigo, y obtener la certeza de cómo sucedieron los hechos, y llegar a una conclusión final, para emitir su fallo o resolución de manera motivada. (Kielmonivich, 2015)

Algunos tratadistas del derecho asimilan el peritaje con el testimonio, por considerar que ambos emanan de terceras personas ajenos al proceso y que el pronunciamiento recae sobre hechos percibidos; pero sus diferencias son sustanciales, a saber:

- El testigo depone sobre hechos que ha tenido conocimiento y se limita a narrarlos
- El perito lo hace por encargo y sobre aspectos que requieren especiales conocimientos, que entrañan juicios de valor.
- El perito aunque se funda en la percepción directa de los hechos, cuando cuados e pronuncia sobre la calidad de un vino, no siempre esto ocurre, debido al material probatorio que ha llegado al proceso, como sucede con el avalúo de los perjuicios.
- En el testigo el aspecto esencial es la percepción
- En el perito el aspecto esencial es la deducción

Para los efectos antes señalado, se debe tener en cuenta que la inspección preparatoria y la inspección judicial, es un acto judicial en la que interviene las partes conjuntamente con el juzgador de manera directa para reconocer con los peritos en presencia de las partes o interesados el estado de la cosa litigiosa, o sometida a su juicio.

La prueba documental, en cambio, consiste en documentos públicos o privados que hacen prueba en juicio. Los documentos públicos son aquellos otorgados por

funcionarios públicos y las formalidades y solemnidades del caso, por lo tanto, gozan de ser válidos y deben ser adjuntados a la demanda si está en poder del actor. (Morales, 2013)

Los documentos que son otorgados por autoridad pública, como las partidas de nacimiento, gozan de fe pública; y, cuando son celebrados ante Notaria o Notario Público, adquieren el nombre de escrituras. Los documentos privados para que tenga valor probatorio deben ser reconocidos por la persona que los otorgó.

Para que exista jurídicamente un documento, se requiere:

1. Que sea un bien mueble; es decir, que se pueda trasladar de un lugar a otro.
2. Que su contenido sea de carácter declarativo o representativo
3. Que sirva como medio probatorio.

Para su validez se requiere que no esté roto, manchado o incompleto, que haya sido otorgado con las formalidades y solemnidades que la ley imponga o prevea para cada caso. Para que un documento adquiriera eficacia probatoria dentro de un proceso, es necesario que el documento presentado sea auténtico, no falso, y que haya sido otorgado con las formalidades y solemnidades del caso, e incorporado al proceso en legal y en debida forma.

Todo documento público goza de la presunción de validez y autenticidad, mientras no se pruebe lo contrario, por lo tanto, gozan de eficacia probatoria y dan plena fe en juicio, y el juez está obligado a considerarlo en toda su integridad y a valorarlo como prueba plena; y, las obligaciones contraídas por las partes en dicho documento público, es ley para las partes y deben sujetarse al contenido del mismo.

Según la doctrina documento auténtico, es “*cuando hay certeza respecto de la persona de quien proviene y de su contenido. Son dos por lo tanto los requisitos que le dan autenticidad al documento: Conocer al autor, y la veracidad de su contenido.*” (Alexy, 1993).

De acuerdo con la legislación civil, un documento es auténtico cuando constituye instrumento público, “*es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública. Se consideran también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente está autorizado*”.

El Código Orgánico General de Procesos dispone a la jueza o juez la obligación de valorar todos los medios probatorios producidos en el juicio, la misma que debe ser apreciada en su conjunto y según las reglas de la sana crítica; y, como requisito previo, el juez debe verificar si las pruebas cumplen con todas las formalidades referentes al procedimiento, y con las solemnidades prescriptas por la ley sustantiva para su existencia o validez.

La prueba solicitada y practicada en los procesos judiciales es múltiple y variada (testimonial, documental, etc.), entonces, el principio de comunidad o unidad de prueba significa que el conjunto probatorio del juicio forma una unidad, y la prueba por lo tanto, debe ser examinada en conjunto por la jueza o juez.

La sentencia, en cualquier proceso, es la decisión judicial más importante dictada por una autoridad del Estado, investida de jurisdicción, que no sólo debe cumplir los requisitos establecidos en la ley en cuanto a su forma y contenido, sino que constituye un juicio lógico y axiológico destinado a resolver una situación controversial, en armonía con la Constitución, la ley, y con la prueba aportada. Entonces, dicho fallo no es un simple acto formal sino el producto del

análisis conceptual, probatorio, sustantivo y procesal, de unos hechos sobre los cuales versa el proceso, y de las normas constitucionales y legales aplicables al caso concreto.

Los efectos que se producirían por la falta de valoración de una o varias prueba, conlleva a que tal acto, entonces, puede contener errores de juicio o de actividad, que los doctrinantes denominan errores in iudicando y errores in procedendo.

Es decir, "que la voluntad concreta de la ley proclamada por el juez como existente en su sentencia, no coincida con la voluntad efectiva de la ley (sentencia injusta), porque, aun habiéndose desarrollado de un modo regular los actos exteriores que constituyen el proceso (inmune, así, de errores in procedendo), el juez haya incurrido en error durante el desarrollo de su actividad intelectual, de modo que el defecto inherente a una de las premisas lógicas haya repercutido necesariamente sobre la conclusión. En este caso, en el que la injusticia de la sentencia se deriva de un error ocurrido en el razonamiento que el juez lleva a cabo en la fase de decisión, los autores modernos hablan de un 'vicio de juicio' que la doctrina más antigua llamaba un "error in iudicando". Los errores in iudicando son entonces errores de derecho que se producen por falta de aplicación o aplicación indebida de una norma sustancial o por interpretación errónea.

Los errores in procedendo, por el contrario, nacen de la "inejecución de la ley procesal, en cuanto alguno de los sujetos del proceso no ejecuta lo que esta ley le impone (inejecución in omittendo), o ejecuta lo que esta ley prohíbe (inejecución in faciendo), o se comporta de un modo diverso del que la ley prescribe: esta inejecución de la ley procesal, constituye en el proceso una irregularidad, que los autores modernos llaman un vicio de actividad o un defecto de construcción y que la doctrina del derecho común llama un error in procedendo. (Botero, 2013)

Esto significa que por mandato de la ley, se puede declarar nulo el juicio si hay omisión de una solemnidad sustancial que estén señaladas específicamente

en la ley; pero, NO ES SUFICIENTE, ya que para las nulidades procesales se debe tener en cuenta tres principios básicos:

El principio de especificidad o legalidad, se refiere a que este previamente señalada en la ley la causa de nulidad. El principio de convalidación, permite que esta omisión se convalide por el simple consentimiento de las partes litigantes.

El principio de trascendencia en materia de nulidad, se refiere a que previo a una declaratoria de nulidad, se debe considerar un fin ulterior, a saber, la mera desviación de las formas no produce en todos los casos el efecto de nulidad, así lo prevé la norma constitucional al señalar que, “no se sacrificará a la justicia por la sola omisión de formalidades; por lo tanto, es necesario además, que el desvío o irregularidad procesal tenga una repercusión relevante en la decisión de la causa, que la haya solicitado la parte interesada oportunamente; y, si este vicio que se alega o discute no afectado efectivamente el derecho a la defensa, no será necesario ni procedente dictar la nulidad. (Hernandez, 2012)

La nulidad constituye una sanción que implica la invalidez de actos procesales derivada del desvío de las formalidades y requisitos legales, lo que, produce efectos negativos a las partes, sobre todo la pérdida de su inversión en tiempo y en recursos para enfrentar un litigio que debe volver a repetirse.

## **CAPITULO II**

### **DESARROLLO LEGAL**

#### **La prueba según la Constitución de la República del Ecuador**

La Constitución del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008, establece que el Ecuador es un Estado de Derechos y Justicia, donde todos los derechos son justiciables; la base para la realización de la administración de justicia es el debido proceso; y, como garantías básicas del debido proceso, resalta el derecho a la defensa y el principio de la exclusión de la prueba mal actuada u obtenida con violación a la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos o la ley.

El Art. 76 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone taxativamente que las pruebas que sean obtenidas con violación a la Constitución y la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria; tornándose indispensable establecer la normativa procesal que deben ser observada para una eficiente actuación del juzgador y evitar la mala práctica judicial en las actividades procesales que regula el Código Orgánico General de Procesos “COGEP”; en virtud, que no se puede permitir que las diligencias preparatorias se excluyan antes de plantear el juicio principal, al no garantizar la práctica de la misma o que se la practique vulnerando derechos lo que conlleva a la ineficacia de la prueba y por ende a que sea excluida y por ende provoque indefensión, de esta manera se atenta con los principios de protección a la tutela efectiva y al debido proceso. (Constitución de la República del Ecuador , 2008)

La prueba constituye la parte esencial de todo proceso regulado por el COGEP, que permite llevar al convencimiento del juzgador como son los hechos

y las circunstancias controvertidos, sin ella, todo proceso no tiene sentido o razón de ser; por lo tanto, para su validez y eficacia jurídica se debe observar las garantías básicas del debido proceso y los principios procesales que no pueden ser violentados, caso contrario serán excluidos de la actuación judicial, perjudica al proceso en materia civil e impide la realización de la justicia y conlleva responsabilidades civiles, penales y administrativas para el juzgador por su ineficiencia o error inexcusable.

El Estado garantista constitucional forma parte del sistema de derechos neo constitucional, que debe entenderse como aquel, en que los derechos humanos prevalecen sobre cualquier norma legal del ordenamiento jurídico nacional; en tal virtud, la prueba constituye la parte central de todo proceso asistida por la garantía constitucional de no sacrificar la justicia por simples formalidades y de excluir la misma siempre que haya sido actuada u obtenida con violación a los derechos humanos o la ley.

Haciendo un análisis jurídico del derecho de “eficacia probatoria” como garantía básica de todo proceso, prevista en el Art. 76 numeral 4 de la Norma Suprema del Estado, que textualmente dispone:

*“Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”*

En la práctica del derecho existen elementos de convicción o medios probatorios (pruebas), que no son eficaces al momento de ser puestas a consideración del juez o jueza en la audiencia preliminar o en la audiencia del juzgamiento, donde incluso se han dictado sentencia en base a pruebas deficientes y erradas; problema que se ha evidenciado en casos importantes en el Ecuador.

Con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, se establece que todo proceso puede ser precedido de una diligencia preparatoria, entre estas señala: 1. La exhibición de la cosa mueble que se pretenda reivindicar; 2. la

exhibición de títulos u otros documentos; 3. el reconocimiento de un documento privado, 4. El nombramiento de tutores o curadores para los incapaces; 5. La apertura de cajas o casilleros de seguridad; 6. La inspección preparatoria si la cosa puede alterarse; 7. La recepción de las declaraciones urgentes de las personas con enfermedad grave entre otras. Diligencias que deben obligatoriamente practicarse de conformidad con lo señalado con la ley y de no hacerlo se deja a la parte en indefensión o si la prueba es practicada vulnerando derechos carece de eficacia probatoria y por ende también la parte queda en indefensión, más aun si dicha prueba es indispensable para acreditar los hechos o las circunstancias controvertidos.

La “falta de eficacia probatoria” en los procedimientos previstos en el Código Orgánico General de Procesos por la mala práctica judicial o ineficiencia para garantizar la práctica de la misma como se acreditará en el caso de análisis que se desarrollará más adelante, donde la parte queda en indefensión al no practicarse la misma.

### **La prueba según el Código Orgánico General de Procesos**

Para el análisis jurídico de la prueba se tendrá como punto de referencia la normativa prevista en el Código Orgánico General de Procesos, ya que este cuerpo legal es donde de forma específica se encuentra las normas que regulan las actividades procesales entre estas la prueba.

El COGEP, dispone varias reglas generales que serán analizadas en este apartado con la finalidad de establecer la eficacia de la misma frente a la ineficiencia o mala práctica judicial.

1. *“La finalidad de la prueba tiene por objeto llevar a la o al juzgador el convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidas”*. (Art. 158 COGEP).

Por mandato del Art. 158 del Código Orgánico General de Procesos, se establece que la prueba cumple un rol importantísimo dentro del proceso o procedimiento, que es la de llevar al juzgador competente a tener la certeza de cómo son o fueron los hechos a fin de resolver apegado a derecho y con imparcialidad; así como establecer la verdad de los hechos en casos controvertidos.

2. La oportunidad de la prueba. *“La prueba documental con que cuentan las partes o cuya obtención fue posible se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, salvo disposición en contrario”*. (Art. 159 COGEP).

La normativa legal prevista en el Art. 159 del Código Orgánico General de Procesos exige a la parte procesal que adjunte a la demanda, a la contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción la prueba documental que tenga en su poder o que haya recabado por sus propios medios; esto garantiza que la parte contraria tenga conocimiento de la prueba presentada en su contra para que pueda contradecirla en audiencia y el juzgador tenga la certeza de como son los hechos.

Las citada ley contempla salvedades para no adjuntar la prueba documental, entre estas señala: *“la prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en éste Código”* (Art. 159 COGEP).

La disposición legal descrita se refiere a la obligación de la parte de anunciar la prueba al momento de presentar la demanda o contestar la misma, y también si hay reconvencción y contestación a la reconvencción, cuya inobservancia, conlleva a que la parte que no hizo el anuncio de prueba no pueda introducir la prueba documental en la audiencia para su valoración; de permitir aquello sería una ineficiencia del juzgador o una mala práctica judicial; de ahí que el juzgador no debe permitirlo o excluirla del proceso; y, la parte está obligada a dos momentos

procesales, el de adjuntar la prueba documental que tenga en su poder y si la prueba documental está en poder de terceros debe requerir al juzgador para que ordene a quien tenga entrega o facilite las mismas y de esta manera poder resolver de mejor manera el asunto controvertido.

De manera general se establece para la práctica de la prueba el sistema oral que debe llevarse a efecto en la audiencia de juicio, donde las partes procesales deben concurrir personalmente con sus abogados defensores, para evacuar la prueba mediante los principios de concentración, contradicción e inmediación, reglas procesales que deben ser observadas para garantizar la eficacia de la prueba y evitar la mala práctica judicial.

Para demostrar los hechos en controversia, los sujetos procesales tienen plena libertad para utilizar cualquier tipo de prueba, siempre y cuando no violente las reglas básicas del debido proceso ni la ley; incluso pueden solicitar antes del proceso principal la práctica de diligencias preparatorias urgentes conforme lo prevé el Código Orgánico General de Procesos.

### **Admisibilidad de la prueba**

En todo proceso para ser admitida la prueba debe reunir ciertos requisitos que según el Código Orgánico General de Procesos, señala: *“La prueba debe reunir los siguientes requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad (...)”* (Art. 160 COGEP).

De la normativa legal prevista en el Art. 160 del Código Orgánico General de Procesos se desprende claramente tres requisitos que debe reunir la prueba:

1. Debe ser pertinente, es decir debe guardar relación con los hechos que se pretende probar o contradecir;

2. La prueba debe ser útil, es decir deba aportar sobre los hechos propuestos o controvertidos y no sobre otros hechos; y,
3. Conducente, que conlleve de manera clara a establecer los hechos y circunstancias controvertidos.

El juzgador competente debe observar si la prueba cumple con estos tres requisitos caso contrario en la audiencia preliminar debe rechazar de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente (Art. 160 COGEP). Además, debe declarar la improcedencia de la prueba cuando haya sido obtenida con violación de la Constitución de la República del Ecuador o de la ley; para el efecto, es obligación del juzgador de dirigir el debate probatorio con imparcialidad a fin de orientar la práctica de la prueba que conlleve a esclarecer la verdad procesal.

Es importante resaltar que *“carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir”* (Art. 160 COGEP).

Dicha normativa legal descrita permite al juzgador sanear la prueba de oficio o a petición de parte cuando se haya acreditado que la prueba obtenida ha vulnerado algún derecho o se ha obtenido de manera ilegal, en cuyo caso pierde eficacia jurídica y por tanto no es válida y el juzgador debe descartar la misma. Por otro lado, también establece que sin la parte no realiza el anuncio de la prueba o no presenta conforme las reglas de la oportunidad de la prueba para contradecir la misma, el juzgador debe obligatoriamente descartar la misma por haberse practicado violentando disposiciones legales que regulan la práctica de la prueba y por tanto resulta una prueba ineficaz.

En todo caso que el juzgador decide no admitir alguna prueba en la audiencia preliminar, la parte que se crea afectada puede apelar en la misma audiencia ante el superior, pero esta apelación se la concede solo en efecto diferido (Art. 160 COGEP); es decir, continua el proceso hasta su resolución definitiva y una vez

que suba la causa a conocimiento del superior, el tribunal de alzada resolverá si confirma el fallo o admite la apelación. El tribunal podrá ordenar la práctica de la prueba inadmitida por el juez, siempre que pueda variar fundamentalmente el resultado de la causa.

### **Conducencia, pertinencia y necesidad de la prueba**

El Art. 161 del Código Orgánico General de Procesos, señala: *“La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso. La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos”*.

La normativa legal se refiere nuevamente a los requisitos que debe reunir la prueba para su admisibilidad; en esta parte, define la conducencia de la prueba, y se refiere al contenido mismo de la prueba para demostrar los hechos controvertidos; y, con respecto a la pertinencia de la prueba señala que la prueba puede referirse de manera directa o indirecta a los hechos o circunstancias controvertidos.

Otro de los requisitos de la admisibilidad de la prueba es la necesidad de la misma; es decir si requiere o no practicarse la misma; pues hay casos de hechos notorios que no necesitan probarse, pues a simple vista puede establecer los hechos o circunstancia controvertidos.

El Art. 162 del Código Orgánico General de Procesos, regula sobre la necesidad de la prueba y de manera imperativa dispone que deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo que no sea necesario probar; en todo caso, el juzgador está impedido legalmente de aplicar como prueba su conocimiento propio sobre los hechos o circunstancias controvertidos.

El Art. 163 del citado cuerpo legal, establece cuales son los hechos que no requieren ser probados entre estos señala:

1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvención o los que se determinen en la audiencia preliminar (COGEP, 2015).
2. La normativa legal, permite que las partes voluntariamente convaliden la prueba, o lleguen a un acuerdo sobre la eficacia y validez de la prueba.
3. Los hechos imposibles

Es un acierto del legislador al considerar que no se pueden probar hechos imposibles; por ejemplo es supuesto hecho de haber firmado una escritura estando fuera del país.

4. Los hechos notorios o públicamente evidentes (COGEP, 2015).

La ley considera que no es necesario practicar prueba si los hechos son notorios o evidentes y de conocimiento público.

5. Los hechos que la Ley presume de derecho (COGEP; 2015)

### **La práctica de la prueba**

Según la normativa jurídica prevista en el Código Orgánico General de Procesos, la práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio (Art. 159 COGEP); y, en la audiencia preliminar el juzgador debe rechazar de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente (Art. 160 COGEP). Además, debe declarar improcedente la prueba obtenida con violación a la Constitución o de la Ley.

Para la validez procesal de la prueba esta debe haberse solicitado, practicado e incorporado dentro del término señalado en la ley (Art. 164 COGEP); esto es, debe haber sido anunciado al presentar las pretensiones o contradicciones de la

demanda o contrademanda y la contestación a las mismas. En la audiencia preliminar debe resolverse sobre la práctica de la prueba pertinente, útil y conducente y sobre la obtención de la misma para ser admitida; y, en la audiencia de juicio las partes tienen el derecho a contradecir la prueba admitida por el juzgador y aquella que se va a practicar pudiendo oponerse a su realización de manera fundamentada y de practicarse el derecho de contradecir la misma (Art. 165 COGEP).

Dentro de la práctica de la prueba hay que resaltar que el Código Orgánico General de Procesos, regula la prueba nueva, la prueba en el extranjero y la prueba para mejor resolver; actividades judiciales innovadoras que conllevan a garantizar la tutela efectiva jurisdiccional; así tenemos:

La prueba nueva, consiste en aquella prueba o medios probatorios no anunciados oportunamente en la demanda, reconvenición y en las contestación a las mismas, y que pueden las partes hacer el anuncio de las mismas hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio, siempre y cuando se acredite el desconocimiento de la misma o que habiendo tenido conocimiento no pudo disponer de la misma (Art. 166 COGEP); para el efecto, el juzgador tiene la plena facultad de aceptar o no el anuncio de prueba a practicar en la audiencia de juicio. La prueba en el extranjero regulada en el Art. 167 del Código Orgánico General de Procesos, consiste en la práctica de declaraciones de los sujetos procesales o de testigos en el extranjero, a ser receptados por funcionarios consulares del Ecuador por medios telemáticos; y, si se trata de otros medios probatorios o de no existir funcionarios consulares el juzgador debe librar exhorto o carta rogatoria a una de las autoridades judiciales del país donde se va a practicar la prueba. Normativa legal que viabiliza la manera como debe practicarse correctamente los medios probatorios en otros países.

La prueba para mejor resolver, prevista en el Art. 168 del Código Orgánico General de Procesos, permite de manera excepcional la facultad del juzgador de ordenar de oficio medios probatorios que considere necesario practicarlos para

esclarecer los hechos controvertidos, dejando expresa constancia de las razones de su decisión; incluso la audiencia de juicio puede suspenderse hasta por el término de 15 días para que se practique la misma.

En todo caso, los sujetos procesales o partes pueden objetar las actuaciones del juzgador ineficiente o la mala práctica judicial, así como los medios probatorios que han sido obtenidos o practicados sin observancia de las reglas básicas del debido proceso o cualquier prueba impertinente, inútil o inconducente (Art. 170 COGEP).

La prueba practicada válidamente conllevará a que el juzgador la valore conforme las reglas de la sana crítica en conjunto con los demás medios probatorios que acrediten como son los hechos o las circunstancias controvertidos; y, además de ser varios deben ser graves, precisos y concordantes entre sí, de tal manera que en conjunto conduzcan unívocamente al juzgador al convencimiento de los hechos y de esta forma el juzgador pueda resolver la controversia sobre la base de estas conclusiones que el Código Orgánico General de Procesos lo denomina como “presunción judicial” (Art. 172 COGEP).

### **Exclusión de la prueba**

La discusión sobre la aplicación categórica y absoluta de la cláusula de exclusión nos lleva a considerar dos aspectos fundamentales, por un lado, se encuentra la efectivización de la sanción penal y la materialización de la justicia y reparación a que tiene derecho la víctima, y por otra parte, el posible choque o dicotomía entre el ejercicio del ius puniendi del Estado y el respeto de la dignidad humana de quien es procesado, esto debido a la posible violación de sus derechos fundamentales para la obtención de los medios de prueba que serán valorados y practicados dentro del juicio Oral y Público.

Se tiene como claro postulado constitucional que la dignidad de la persona es una pieza clave del concepto prueba ilícita, puesto que todo medio de prueba que atenta contra la misma deviene en ilícito, y, por consiguiente en estricta aplicación

del Principio de Exclusión se tornará inadmisibles; Se precisa entonces que la violación a la dignidad humana o a los derechos fundamentales constituyen actos de los cuales la sociedad moderna no debe ni puede obtener provecho con la excusa de erradicar la impunidad.

En la audiencia preliminar, el juzgador debe solicitar que las partes se pronuncien sobre las excepciones previas propuestas luego de resolver las mismas en la referida audiencia; debe resolver sobre la validez del proceso y demás cuestiones de procedimiento que puedan afectar su validez, a fin de convalidarlo o sanearlo; está obligado a declarar la nulidad siempre que pueda influir en la decisión del proceso o provocar indefensión. (Art. 294 COGP).

Concluida la primera intervención de las partes y siempre que no haya vicios de procedimiento, el juzgador solicitará a las partes que hagan su anuncio de pruebas que serán presentadas en la audiencia de juicio; que formulen solicitudes, objeciones y planteamientos que estimen relevantes con respecto a la oferta de prueba de la parte contraria; además, pueden solicitar la exclusión de la prueba, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieren prueba.

En esta audiencia preliminar es donde el juzgador debe resolver sobre la admisibilidad de los medios de prueba, rechazando aquella prueba impertinente, inútil o inconducente. La exclusión de la prueba se lo hará siempre y cuando su práctica sea ilegal o si la prueba ha sido obtenida o practicada con violación de los requisitos formales, con violación a la Constitución o la ley. En cuanto se refiere a la práctica de la prueba que debe realizarse antes de la audiencia de juicio, el juzgador en conjunto con las partes, harán los señalamientos correspondientes con el objeto de planificar la marcha del proceso. Según el Código Orgánico General de Procesos, toda omisión de esta normativa legal hace responsable al juzgador que en ella han incurrido, quienes serán condenados en costas. (Art. 294 COGEP).

## **Ineficiencia o mala práctica judicial**

Mala praxis es un término que se utiliza para referirse a la responsabilidad profesional por los actos realizados con negligencia. La forma más conocida de la mala praxis es la negligencia médica o mala praxis médica, pero la misma también se aplica a otros ámbitos profesionales como la abogacía, la contabilidad pública, la escribanía, el tratamiento psicoterapéutico, mala capacitación en sistemas contadores de pasajeros, etc.

La Constitución de la República del Ecuador, establece:

*“Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. La Ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuera mayor” (Art. 52 CRE).*

Por mandato constitucional todos tenemos derechos a disponer de servicios de óptima calidad y es la ley quien debe establecer sanciones por la vulneración de una mala calidad en el servicio; efectivamente como se manifestó, la inobservancia de las reglas establecidas en el Código Orgánico General de Procesos conlleva a establecer una responsabilidad al juzgador, y por ende es una de las causas que genera responsabilidad al Estado por la deficiente prestación de servicios públicos.

Según el artículo 11 numeral 9 inciso 4 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que genera responsabilidad al Estado ecuatoriano la detención

arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Estas causas se relaciona de manera directa con la Función Judicial, a eso se suma, que el citado articulado de la Norma Suprema establece como responsabilidad del Estado, de sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, la falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios en el desempeño de sus cargos.

Se observa la voluntad del constituyente para diferenciar estos dos regímenes de responsabilidad; por lo que, al tratar esta investigación sobre la ineficiencia y mala práctica judicial como causa de responsabilidad, lo que correspondería en términos generales al error judicial, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por las violaciones a las reglas del debido proceso.

El tratadista Genaro Eguiguren, señala que la Constitución de 2008 el principio de responsabilidad tiene dos aplicaciones: la que corresponde al Estado y la que pueda ser imputable a los servicios públicos. (Eguiguren, 2009) Y, una de las grandes aspiraciones para la plena aplicación de la teoría del Estado responsable es la posibilidad del derecho de repetición en contra del funcionario o funcionarios por cuya falta se ocasionó.

Alessandri explica en forma muy clara la característica principal de la responsabilidad objetiva, afirma: “La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad, en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta éste para que su autor será responsable cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad”.

Es decir para establecer la responsabilidad del Estado por actos deficientes o mala práctica judicial por parte de los jueces productores del daño a los administrados deben concurrir los siguientes presupuestos:

- a) Acto u omisión que origine error judicial, es decir, exista una conducta comitativa u omisiva del funcionario judicial en el ejercicio de sus deberes causantes de daños resarcibles.
  
- b) Un administrado víctima del error judicial

Por consiguiente, si no concurren los presupuestos señalados, el Estado debe asumir la obligación subsidiaria de la reparación de los daños causados por las irregularidades del servidor judicial.

Guillermo Cabanellas, define a la responsabilidad como: “la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o en ocasiones especiales, por otro la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado”. (Cabanellas, 2001)

De lo expuesto, se colige que la responsabilidad del Estado tiene relación con la obligación de reparar los perjuicios ocasionados a un particular en el ejercicio de su poder y se origina en las obligaciones constitucionales de respetar, proteger y promover los derechos humanos y de prestar servicios de calidad; por lo tanto, si el Estado no cumple con su misión suprema pierde legitimidad y se torna ineficaz.

### **El error judicial**

Se dice en doctrina que el ERROR JUDICIAL es "el falso concepto que tiene el Juez respecto de la verdad de los hechos que son materia del proceso; y, que se recalca que comprende no solamente los perjuicios producidos en el inocente sino en los errores o faltas que afectan al culpable y pueden incluir tanto el error de hecho como el derecho".

En nuestra legislación EL ERROR JUDICIAL es el reconocimiento por parte del Estado a través del recurso extraordinario de Revisión, que una sentencia penal condenatoria contiene una flagrante equivocación respecto de la culpabilidad del condenado, con todas las consecuencias que surgen del fallo adverso.

Guillermo Cabanellas, señala: *“ERROR.- Equivocación, yerro, desacierto, Juicio inexacto o falso. Oposición, disconformidad o discordancia entre nuestras ideas y a naturaleza de las cosas. Contrario a la verdad. En DERECHO se entiende como error, el vicio del consentimiento originado por un falso juicio de buena fe, que en principio anula el acto jurídico cuando versa sobre el objeto o la esencia del mismo. JUDICIAL, en sentido amplio toda desviación de la realidad o de la ley aplicable en que un Juez o Tribunal incurre a fallar en la causa y en el transcurso”*.

De los conceptos doctrinarios se establece que el error judicial es aquel que surge como consecuencia de la declaratoria de voluntad de un juzgador y que puede derivar, tanto de un error de hecho como de derecho.

El error de derecho queda configurado con la aplicación errónea del derecho a un caso concreto, ya se deba al desconocimiento o a la interpretación equivocada de las normas jurídicas aplicables.

El error de hecho, es aquel que versa sobre una situación real, que proviene de un conocimiento imperfecto sobre las personas o las cosas y acerca de si se ha producido o no, un acontecimiento. Si existe una errónea apreciación de los hechos, por consecuencia lógica, la solución que se ofrezca no será aquella que corresponda al caso.

El error judicial puede adjudicarse a la Función Judicial cuando se cuestiona el modo en que ha sido ejercida la potestad de juzgar ya se trate de una sentencia definitiva o provisional, o por el funcionario imperfecto del servicio de justicia,

también conocida como “in procedendo”, que refiere a la actuación u omisión de jueces y juezas y demás servidores judiciales. Podemos decir, que el error judicial surge como consecuencia de la declaración de voluntad del juzgador, que puede darse en cualquier proceso y que conlleva la responsabilidad del Estado para reparar el daño ocasionado. (González, 2006).

### **Reparación por error judicial**

El derecho a la reparación busca mitigar los efectos de los perjuicios ocasionados por error judicial y que una de las partes ha sufrido. En el caso de la ineficacia o mala práctica judicial es importante tener en cuenta (Constitución de la República del Ecuador, 2008) que no solo se lesiona el patrimonio de la parte que sufrió el daño, sino que se ocasiona también un daño psicológico, la pérdida de tiempo, el buen nombre, la aceptación social entre otros; por tanto, debe buscarse una indemnización integral, que retribuya en algo el daño producido a la vida, a la relación social.

Este tipo de reparación por error judicial tiene que cumplir con los requisitos que suelen exigirse para las de carácter civil, debe demostrarse la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el perjuicio que se sufrió, además de su cuantía; en el Art. 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se establece que, en caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial.

El Art. 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece un mecanismo concreto para el enjuiciamiento en contra del Estado al señalar:

“El Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuado administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso (...)”. (Código Orgánico de la Función Judicial , 2009)

La regla nos enseña que la demanda debe dirigirse directamente contra el Estado, en este caso contra el organismo de la administración de justicia, en la persona de su máxima autoridad, el Presidente del Consejo de la Judicatura.

### **Responsabilidad del juzgador**

El sistema legal del Ecuador establece la responsabilidad del juzgador en el derecho de repetición que tiene el Estado, por cuanto éste asume toda la obligación de reparar, así lo determinan el Código Orgánico de la Función Judicial, al señalar:

*“En los casos contemplados en el artículo anterior, el Estado ejercerá en forma inmediata el derecho de repetición contra las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades, administrativas, civiles y penales, De haber varios responsables, todos quedarán solidariamente obligados al reembolso del monto total pagado más los intereses legales desde la fecha del pago y las costas judiciales (...) (Art. 33 COFJ).*

La citada norma no exige previamente requisitos en la conducta del funcionario para que este sea obligado a devolver a la administración pública lo que esta ha pagado; es decir, no se exige que la conducta del juzgador sea calificada previamente como de culpa grave o dolo.

En algunos casos el Estado puede eximirse de responsabilidad invocando las causales de fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero; en cuanto a la fuerza mayor, debe tener los caracteres clásicos de ser exterior, imprevisible e irresistible, lo que constituye una causa de exoneración común a todos los procesos.

Con relación a la irresponsabilidad por culpa de un tercero, puede constituir una causa de exoneración si la fuente de la responsabilidad es la culpa del

funcionario, el problema del hecho de terceros se plantea en lo que respecta al error judicial o mala práctica judicial; por ejemplo: en el preciso caso de la tutela judicial efectiva, y el debido proceso, si a una de las partes se le impidió el derecho de defensa, lo cual condujo a una sentencia adversa, no podría bastar la sola sanción de nulidad por violación al debido proceso y la expedición de una posterior sentencia correctiva, pues la indefensión también significa que se ha denegado justicia oportuna a la parte afectada y que no existió efectividad, lo cual acarrea la determinación de responsabilidad y una posible indemnización.

Otro aspecto que contempla el derecho a la tutela judicial efectiva es el cumplimiento ineludible de los fallos o decretos judiciales, propiamente ninguna tutela judicial puede calificarse de efectiva si lo ordenado por el juzgador no se cumple o no se realiza, situación ésta que niega por completo la realización de la justicia, por lo que el legislador además de establecer sanciones al juzgador, debería otorgar suficientes poderes de ejecución a los jueces y prever de mecanismos suficientes para que los fallos se acaten en debida forma, como vamos acreditar en el presente caso práctico donde el juzgador no garantiza la tutela judicial efectiva al no realizar la diligencia preparatoria urgente.

## **CAPÍTULO III**

### **DESARROLLO CASUÍSTICO**

Para analizar un caso práctico donde por la ineficiencia y mala práctica judicial se excluye la práctica de la prueba, solicitada como diligencia preparatoria previo a presentar la demanda principal dentro del juicio de alimentos; para una mejor comprensión y análisis del mismo, se torna necesario dar a conocer los parámetros procesales que son de carácter general para la práctica de diligencias preparatorias, los mismos que está previamente establecidos en el Código Orgánico General de Procesos, a saber:

#### **DILIGENCIAS PREPARATORIAS**

Según el Código Orgánico General de Procesos: Todo proceso podrá ser precedido de una diligencia preparatoria a petición de parte y con la finalidad de:

1. Determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso.
2. Anticipar la práctica de la prueba urgente que pudiera perderse (Art. 120 COGEP)

Normativa legal que guarda conformidad con lo previsto en el Art. 141 del Código Orgánico General de Procesos, que dispone: *“Todo proceso comienza con la presentación de la demanda a la que podrán precederle las diligencias preparatorias reguladas en este Código”*.

Se establece claramente que antes de iniciar un proceso, se puede solicitar la práctica de una diligencia preparatoria y según el Art. 122 del referido código, pueden ser entre otras, las siguientes:

1. La exhibición de la cosa mueble que se pretende reivindicar o sobre la que se practicará secuestro o embargo; la del testamento, cuando la o el peticionario se considere la o el heredero, legataria o legatario o albacea; la de los libros de comercio cuando corresponda y demás documentos pertenecientes al comerciante individual, la sociedad, comunidad o asociación; exhibición de los documentos necesarios para la rendición de cuentas por quien se halle legalmente obligado a rendirlas; y en general, la exhibición de documentos en los casos previstos en este Código.
2. La exhibición de los títulos u otros instrumentos referentes a la cosa vendida, por parte de su enajenante en caso de evicción o pretensiones similares.
3. El reconocimiento de un documento privado.
4. El nombramiento de tutora o tutor o curadora o curador para las o los incapaces que carezcan de guardadora o guardador o en los casos de herencia yacente, bienes de la persona ausente y de la o del deudor que se oculta.
5. La apertura de cajas o casilleros de seguridad en las instituciones del sistema financiero.
6. La inspección preparatoria si la cosa puede alterarse o perderse.
7. La recepción de las declaraciones urgentes de las personas que, por su avanzada edad o grave enfermedad se tema fundadamente puedan fallecer o de quienes estén próximos a ausentarse del país en forma permanente o por un largo período.

Con estos antecedentes jurídicos, se procede al análisis jurídico sobre el presente caso de diligencia preparatoria (inspección de inmueble) presentado en el año 2016.

### **Caso 1**

Corresponde al año: 2016

Número de causa: 02331 – 2016- 01635

Judicatura: Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Guaranda

Juez: LEON VELASCO LUZ ANGELICA

Actor: MELENDEZ GRANJA ALFONSO FARID

Demandado: NARANJO LLUMIGUANO GEREMIAS ELI

Iniciado: 16 de diciembre del 2016

#### **Factor de análisis de hechos**

Es el caso que la jueza A-quo mediante el sorteo electrónico vino a su conocimiento que el señor GEREMIA ELI NARANJO LLUMIGUANO se encontraba adeudando de plazo vencido la suma de novecientos dólares americanos, manteniendo una LETRA DE CAMBIO a favor del señor ALFONSO FARID MELENDEZ GRANJA, la que meritaba el procedimiento ejecutivo; la suscrita practicando justicia con todas las solemnidades en el procedimiento dispone que, al haber el demandado manifestado que si firmó la letra de cambio, quien de manera alguna no justificó las excepciones del título no ejecutivo; la nulidad formal o falsedad del título, así mismo la extinción total o parcial de la obligación exigida, no concurrió el señor perito a la sustentación de su informe en la audiencia única; en tal virtud rechazando las excepciones planteadas por la parte demandada por no haber sido justificadas al amparo de los Arts. 347 numeral 4 y 348 del Código Orgánico General de Procesos; Arts. 410 y 411 del

Código de Comercio se acepta la DEMANDA y dicta SENTENCIA disponiendo que el demandado señor GEREMIAS ELI NARANJO LLUMIGUANO pague al señor ALFONSO FARID MELENDEZ GRANJA la cantidad de NOVECIENTOS DÓLARES AMERICANOS (\$900,00) valor que consta en el título ejecutivo de fs.1 en el caso, más los intereses normales, costas procesales y los honorarios del Abogado defensor del actor.

El demandado conociendo la sentencia dictada por la jueza de manera oral, plantea el recurso de apelación la misma que fue aceptada al finalizar la audiencia y subiendo el caso a la SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA el tribunal al conocer el caso entran al ANALISIS DE LA SALA Y VALORACION DE LA PRUEBA.- Escuchada a las partes y revisado que asido el proceso, el tribunal procede a estudiar minuciosamente los medios probatorios presentados por las partes procesales como son: la letra de cambio, los audios de las declaraciones de parte rendida el actor y el demandado.

Luego del estudio el tribunal excluye el medio probatorio que es LA LETRA DE CAMBIO al escuchar el audio de la declaración rendida de parte actora fue determinante mente para probar que la letra de cambio ha sido dada en garantía de pago por la compra de un colchón del almacén de su esposa, por lo que desvirtúa la letra de cambio, no es título ejecutivo, así el accionante no ha demostrado los fundamentos de la demanda, y es improcedente. La sala administrando justicia ACEPTA EL RECURSO DE APELACION interpuesto por el demandado Geremias Eli Naranjo Llumiguano, REVOCA LA SENTENCIA dictada por la jueza A-quo y RECHAZA LA DEMANDA.

### **Factor de análisis legal**

En cuanto al problema presentado con anterioridad en la sentencia escrita por el tribunal de la SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL, es necesario motivar la problemática de acuerdo a parámetros normativos, por cuanto es pertinente citar lo que establece el Art. 353 excepción número 1 del Código Orgánico General de Procesos en lo que se refiere el título no ejecutivo, Art. 347 del COGP dice: “Son títulos ejecutivos siempre que contengan obligaciones de

dar o hacer”. Art. 348 de la misma normativa legal puntualiza: “Para que proceda el procedimiento ejecutivo, la obligación contenida en el título deberá ser clara, pura, determinada y actualmente exigible”, y Art. 169 del COGP refiere a la carga de la prueba: “Es la obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en la contestación”.

Los tribunales muy acertadamente en sus análisis acogen los artículos relevantes, conducentes en el procedimiento de la administración de la justicia, así garantizan la tutela efectiva, el debido proceso y la seguridad judicial.

### **Factor de análisis probatorio**

Los elementos probatorios aportados por la parte actora son:

- La letra de cambio firmado por el señor GEREMIAS ELI NARANJO LLUMIGUANO

Los elementos probatorios de descargo de la parte demandada son:

- Audio de la declaración rendida de parte actora, actuado en la primera instancia.
- La petición oportuna del recurso de apelación a la sentencia.
- La letra de cambio llenado con tres colores de tinta y diferentes grafías.

### **Factor de análisis de sentencia**

En el presente caso existe dos sentencia, la primera sentencia dictada por la jueza A-quo o de origen del conocimiento de la causa y la segunda sentencia dictada por el tribunal de la SALA MULTICOMPETENTE DE LA CORTE PROVINCIAL DE BOLIVAR, existiendo una clara contradicción entre las dos sentencias y demostrando muy visiblemente que la Jueza A-quo realizo una mala práctica judicial, al pasar por desapercibido los medios probatorios como es; las declaraciones rendidas de las partes procesales y la letra de cambio que fue probado no ser título ejecutivo por haber realizada en garantía y no más bien

como un documento con obligación a cumplir. Por lo que finalmente la sala administrando justicia ACEPTA EL RECURSO DE APELACION interpuesto por el demandado Geremias Eli Naranjo Llumiguano, REVOCA LA SENTENCIA dictada por la Jueza A-quo y RECHAZA LA DEMANDA.

## **Caso 2**

Corresponde al año: 2016

Número de causa: 18202-2016-02349

Judicatura: Unidad Judicial de Familia, Mujer Niñez y Adolescencia con sede en el Cantón Ambato.

Juez: León Torres María Alexandra

Actor: Pilamunga Yucailla María Tránsito

Demandado: Tiviano Yanchaliquin Segundo Cesar

Iniciado: 01 de junio del 2016

### **Factor de análisis de hechos**

El problema que se encuentra en contexto de la mala práctica judicial se encuentra en el contenido de la sentencia escrita, lo cual está establecido en el Art.95 del Código Orgánico General de Procesos, el error se delimita específicamente en los numerales 3 y 4, pues el suscrito identifica las partes como actor a MARÍA TRÁNSITO PILAMUNGA YUCAILLA, como se muestra a continuación en el contenido de la sentencia en lo referente a la identificación de las partes:

*“PRIMERO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES:*

*1.1.- Comparecen en la presente causa las partes procesales los señores: en calidad de actora la señora MARÍA TRANSITO PILAMUNGA YUCAILLA”, en calidad de madre y representante legal de las niñas MIRYAN CECILIA Y VILMA GERMANIA TIVIANO PILAMUNGA y, por otro lado en calidad de deamandado el señor TIVIANO YANCHALIQUEIN SEGUNDO CESAR”.*

Si bien el suscrito identifica las partes, cumpliendo con lo que establece el numeral 3 también cumple con lo establecido en el numeral 4, pero en lugar de reconocer a MARÍA TRANSITO PILAMUNGA YUCAILLA como compareciente, se reconoce a MARIELA ALEXANDRA CASTRO LÓPEZ, que no consta en ninguna parte del proceso, existiendo una clara contradicción en el libelo de la sentencia, como se demuestra a continuación citando parte de la sentencia:

*“SEGUNDO.- NTECEDENTES HECHOS Y OBJETO DE LA DEMANDA.-*

*2.1.- Comparece la señora MARIELA ALEXANDRA CASTRO LÓPEZ y presenta demanda de fijación de pensión alimenticia a favor de sus hijas las niñas MARIAN CECILIA Y VILMA GERMANIA TIVIANO PILAMUNGA y en contra del demandado señor TIVIANO YANCHALIQUEIN SEGUNDO CESAR, conforme consta de fojas 8 a la 9 del formulario de la demanda y escrito de aclaración a fojas 11 del expediente, ha justificado la existencia de las niñas y el derecho de las mismas con las partidas de nacimiento que obran a fojas 4 y 5 del expediente, ha realizado sus anuncios probatorios y señalados el lugar donde citar a la parte demandada, demanda que ha sido calificada y aceptada a trámite mediante providencia respectiva, en procedimiento sumario, acorde a lo que dispone el numeral 3 del art.332 y numeral 4 del art. 333 del Código General del Procesos, por lo que se ha dispuesto la citación a la parte.*

Este hecho puede acarrear problemas al Juez, inclusive generar nulidad en la sentencia por falta de legitimidad procesal, lo cual recaería en sanciones al suscrito, las normas jurídicas pertinentes que recaen en el contexto problemático establecido del presente análisis de caso se fundamentarán desde una perspectiva crítica en el factor de análisis legal.

### **Factor de análisis legal**

En cuanto al problema presentado con anterioridad en la sentencia escrita, es necesario motivar la problemática de acuerdo a parámetros normativos, por cuanto es pertinente citar lo que establece el Art.88 inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos en lo que concierne a la sentencia,, el mismo que reza lo siguiente; *“La sentencia es la decisión de la o el juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales al proceso”*, siendo la identificación de las partes un elemento sustancial, es necesario que el Juez esté atento a los nombres identificados como actor y demandado siendo este el error que impera en el presente análisis de caso.

Así mismo el Art. 90 numeral 3, establece que; *“Además del contenido especial que la ley señale para determinados autos o sentencias, todo pronunciamiento judicial escrito deberá contener: 3. La identificación de las partes”*, si bien es cierto el suscrito identifica las partes correctamente en el apartado primero, no lo hace en el segundo, que es el antecedente del hecho, poniendo como compareciente a MARIELA ALEXANDRA CASTROL LÓPEZ, en lugar de MARÍA TRNASITO PILAMUNGA YUCAILLA, lo expresado también se aplica con lo que establece el Art.95 en el contenido de la sentencia.

De forma sustancial este problema afecta a lo que establece el Art.92 Ibid, en cuanto a la congruencia, pues establece; *“Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos en materia del proceso. Resolverá sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso”*, de lo expuesto se colige que todo el contenido de la sentencia debe ser

congruente, lo que no se cumple con la presente al presentar como actor a una persona y compareciente a otra.

### **Factor de análisis de sentencia**

En el presente caso no existe sentencia por cuanto existe un acuerdo conciliatorio entre las partes, en lo referente a la resolución y en contexto al problema establecido con anterior, no se identifica a la parte actora en el pronunciamiento resolutorio simplemente se identifica a SEGUNDO CESAR TIVIANO YANCHALIQUIN como alimentante obligado a suministrar a favor de sus hijas MYRIAN CECILIA Y VILMA GERMANIA TIVIANO PILAMUNGA, en este caso se ejecutaría la sentencia por el interés superior del niño, pero se denota un claro error en la redacción de la sentencia por el Juez en cuanto a la congruencia de la sentencia establecido en el Art.92 del Código Orgánico General de Procesos, existiendo claramente una mala práctica judicial por lo establecido en el tema del examen complejo, sin embargo, cabe recalcar que este tipo de errores se puede dar por la carga procesal que están expuestos los Jueces y este tipo de error escapa de su previsión pues todos estamos sujetos a cometerlos.

## **CAPÍTULO IV**

### **CONCLUSIONES**

- El tema de la exclusión de la prueba por la ineficacia y mala práctica judicial, conocido como error judicial tiene mucha importancia dentro del Código Orgánico General de Procesos, donde el rol del juez es de garantista de los derechos de las partes procesales, y refleja el grado de confianza ante el órgano de justicia que en su relación diaria no pueden nunca estar en perjuicio de las personas, por lo tanto, la actividad judicial no puede ser inmune a la responsabilidad debiendo en estos casos de ineficiencia por parte del juzgador establecer una responsabilidad de sanción administrativa ejemplarizada y una obligación de resarcir los daños a la parte que se le causa.
  
- En el análisis del caso estudiado se establece que existe una responsabilidad por la mala actuación del juzgador, que su ineficiencia o mala práctica conlleva a que no se practique una diligencia urgente dejando al solicitante o demandante en total indefensión, vulnerando su derecho a la tutela efectiva; en vista del tiempo transcurrido, sin que hasta la presente fecha se haya llevado a cabo la misma causándole un perjuicio irreparable producto de la ineficiencia del juzgador.
  
- No se puede concebir un Estado irresponsable, más aun si se considera el Estado Constitucional de derechos y justicia que debe regir, en cual no puede menoscabar bajo ningún sentido derechos constitucionales, en tal virtud, lo recomendable en estos casos sería que los abogados en libre ejercicio profesional tramiten una demanda en contra del órgano de justicia; esto es al Consejo de la Judicatura, a fin de que resarza los daños

causados por el error judicial, retardo en la administración de justicia y vulneración del principio a la tutela efectiva.

- Finalmente el caso ejecutivo practicado las diligencias probatorias en la primera y segunda instancia el demandado consiguió llegar con el convencimiento veraz afirmativa del hecho ante el administrador de justicia, dejando desvirtuado el medio probatorio esencial que es LETRA DE CAMBIO fundamento de la demanda, esto condujo al tribunal a disponer el veredicto final para resolver acerca de la controversia se fundamenta en el Art. 354 numeral 1 con referencia a la excepción, optando por la siguiente afirmación; La sala administrando justicia **ACEPTA EL RECURSO DE APELACION** interpuesto por el demandado Geremias Eli Naranjo Llumiguano, **REVOCA LA SENTENCIA** dictada por la Jueza A-quo y **RECHAZA LA DEMANDA**.
- En el segundo análisis de caso se ejecutaría la sentencia por el interés superior del niño, pero se denota, un claro error del Juez en la redacción de la resolución, pues no es congruente, esta realidad se establece en el Art.92 del Código Orgánico General de Procesos, existiendo claramente una mala práctica judicial por lo establecido en el tema del examen complejo, sin embargo, cabe recalcar que este tipo de errores se puede dar por la carga procesal que están expuestos los Jueces y este tipo de error escapa de su previsión pues todos estamos sujetos a cometerlos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1993). *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*. Madrid: Faresco S.A.
- Azula Camacho, J. (2008). *Manual de Derecho Procesal*. Colombia: Temis S
- Borja, A. (2015). *La prueba en el derecho colombiano*. Colombia: SEIDOS.
- Botero, F. (2013). *Casación y revisión en materia penal*. Madrid: Esic.
- Cabanellas, G. (2001). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires - Argentina: Heliasta
- Cuello, G. (2012). *La sana crítica: sistema de valoración de la prueba judicial*. Madrid: Esic.
- Eguiguren, G. (2009). *Visión de la administración pública en la nueva Constitución*. Quito : Corporación Editora Nacional.
- Fernandez, M. (2012). *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Bogotá: La ley.
- González, J. (2006). *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. España: Aranzadi, S.A.
- Gurruchaga, C. (2014). *La prueba*. Argentina: Príamo.
- Hernández, J. (2012). *Nulidad procesal y comonucaciones judiciales*. Chile: Deusto.
- Kielmonivich, J. (2015). *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Madrid: ESIC.
- Menéndez, S. (2006). *Competencia Judicial*. Chile: Justiniano.
- Morales, N. (2013). *Análisis y valoración en la prueba pericial*. Argentina: Reverté.
- Ramón, R. J. (2013). *La Competencia jurisdiccional y judicial en Roma*. Madrid: ESIC.
- Vallejo, M. (2013). *Principios y prácticas de la prueba*. Chile: PAIDOS.

## **LEGISGRAFÍA**

*Código Orgánico de la Función Judicial* . (2009). Registro Oficial Suplemento 544. 9 de marzo 2009.

*Código Orgánico General de Proceso* . (2015). Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo del 2015.

*Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Decreto legalivo N°0 registro oficial N 449

# **ANEXOS**