

# Libro de Memorias

---

## III Congreso Internacional DERECHO PROCESAL



**13 al 17 de noviembre de 2023**  
**OTAVALO - ECUADOR**

ISBN: 978-9942-772-48-0





© **Universidad de Otavalo**  
**Carrera de Derecho**

LIBRO DE MEMORIAS  
III CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL

MSc. Germán Eduardo Carrera  
MSc. Leslie Santillán  
Compiladores

Primera edición 2023  
ISBN: 978-9942-772-48-0

#### **Comité Científico**

PhD. Frank Mila  
MSc. Eduardo Carrera  
MSc. Carlos Chagcha  
MSc. Alexis Simbaña  
MSc. Lenin Fuentes

Director de Investigación  
PhD. Jorge Mantilla Salgado  
[investigación@uotavalo.edu.ec](mailto:investigación@uotavalo.edu.ec)

Diagramación Tatiana Ballesteros

© Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida total o parcialmente, ni registrada ni transmitida por sistemas de recuperación de información de ninguna forma ni por medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, fotocopia o cualquier otro sin el permiso previo por escrito de la institución editora.



**MEMORIAS**  
**III CONGRESO INTERNACIONAL**  
**DE DERECHO PROCESAL**

Otavalo – Ecuador  
2023

## ÍNDICE

ÍNDICE .....	3
INTRODUCCIÓN .....	4
DEFECTOS EN LA VALORACIÓN PROBATORIA FORMA DE IMPUGNACIÓN DE LOS PRECEPTOS DE VALORACIÓN EN CASACIÓN .....	5
PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN CONTRATACIÓN PÚBLICA .....	9
ELIMINACIÓN DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EN EL PROCESO LABORAL PERUANO.....	17
EL ARBITRAJE DE INVERSIONES INTERNACIONALES Y SOBERANÍA .....	22
LA DESVIACIÓN PROCESAL EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CHILENO .....	28
ESTRATEGIAS APLICADAS EN LA LITIGACIÓN ORAL.....	33
EL DERECHO PENAL COMO MECANISMO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA EL CONTROL DELICTIVO.....	45
HACIA UNA GESTIÓN PÚBLICA, ÉTICA Y TRANSPARENTE: NUDGING COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO PARA PREVENIR LA CORRUPCIÓN EN ESPAÑA.....	51
FALTA DE CONCILIACIÓN DE NORMAS PROCESALES Y TRIBUTARIAS: EL CASO DE LAS EXCEPCIONES A LA COACTIVA – EL DILEMA DE LA RECEPCIÓN DE LA DEMANDA .....	55
LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN ECUADOR .....	71
TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL EN LA PROCESALÍSTICA ACTUAL .....	79
FASE PROBATORIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y EL PROCESO CONSTITUCIONAL.....	90
LA INVESTIGACIÓN PENAL .....	99
ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA .....	104
LOS DERECHOS DISPONIBLES Y NO DISPONIBLES PARA LA OPERACIÓN DE LOS MASC: HACIA LA APLICACIÓN DE UN TEST DE DISPONIBILIDAD .....	112
MEDIDAS CAUTELARES CONSTITUCIONALES .....	141
VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	148
IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD Y OTRAS FORMAS DE ENERVAR LA FILIACIÓN .....	160
PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CASACIÓN CIVIL.....	173
ANÁLISIS DE LA RELACIÓN LABORAL EN EMPRESAS PÚBLICAS.....	182
PRISIÓN PREVENTIVA .....	189
LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD Y OTRAS FORMAS DE ENERVAR LA AFILIACIÓN .....	196
LOS DEFECTOS EN LA VALORACIÓN PROBATORIA, LA FORMA DE IMPUGNACIÓN DE LOS PRECEPTOS DE VALORACIÓN EN LA CASACIÓN.....	209

## INTRODUCCIÓN

El III Congreso Internacional de Derecho Procesal, celebrado durante los días 13 al 17 de noviembre de 2023, organizado por la Carrera de Derecho de la Universidad de Otavalo, constituyó un importante foro de discusión y análisis en torno a los avances y tendencias del derecho procesal a nivel nacional e internacional. En este evento, se congregaron destacados exponentes del ámbito académico y judicial procedentes de distintos países, como Ecuador, México, Brasil y Colombia, quienes presentaron un total de 25 ponencias magistrales.

Las temáticas abordadas durante el congreso reflejaron la diversidad y complejidad de los desafíos contemporáneos en materia procesal. Desde efectos en la valoración probatoria, cuestiones relacionadas con la conciliación de normas procesales y tributarias hasta el análisis de técnicas de litigación oral y la estructuración de la sentencia, pasando por temas cruciales como la investigación penal, la valoración de la prueba y los derechos disponibles en los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC), se exploraron diferentes aspectos que impactan en la efectividad y el desarrollo de la justicia.

El análisis crítico y reflexivo de estas temáticas permitió no solo identificar los retos y desafíos que enfrentan los sistemas procesales en la actualidad, sino también proponer soluciones y perspectivas innovadoras para su abordaje. En este sentido, el congreso se erigió como un espacio propicio para el intercambio de conocimientos, la construcción de redes académicas y la promoción del debate en torno a los principales aspectos del derecho procesal en el contexto contemporáneo.

Dicho lo anterior, en el presente libro de memorias se presentan los diversos postulados que se desarrollaron durante los cinco días de congreso con la finalidad de realizar una transferencia de conocimientos de un evento que contribuye el desarrollo y evolución del derecho procesal y trasciende del plano local.

**MSc. Eduardo Carrera**




## DEFECTOS EN LA VALORACIÓN PROBATORIA FORMA DE IMPUGNACIÓN DE LOS PRECEPTOS DE VALORACIÓN EN CASACIÓN

Maryuri Rosillo Conde

En principio, los defectos en el juicio de hecho, quedan al margen del recurso de casación, pues el interés del recurso de casación se encuentra subordinado a la ley. Por tanto, la casación tiene jurisdicción sobre las cuestiones de puro derecho, de manera que garantiza la correcta aplicación de la ley, a partir de los hechos de fondo determinados en instancia. Esta es la posición que normalmente adopta el tribunal de casación frente a la valoración probatoria, pero extraordinariamente, cuando se demuestra de manera evidente un yerro de derecho, en la aplicación e interpretación de las normas generales relativas a la estimación de los medios de prueba, opera la causal cuarta del artículo 268 del COGEP, que, sin trastocar el proceso intelectual de valoración propio de primera y segunda instancia, vigila las reglas de valoración probatoria. No obstante, la actividad de dicha causal se encamina a los errores de hecho, por cuanto se vincula en un inicio, al proponer la impugnación en casación, con la existencia o no de determinada prueba, pero de verificarse la infracción, lógicamente el error termina siendo de apreciación.

En los procesos no penales, existen variadas normas legales de tasación probatoria de diversos medios de prueba que constituyen los márgenes de ponderación racional del juez, el cual está sometido a la estimación y a la ponderación legalmente orientadas por normas precisas, las que naturalmente se constituyen en leyes reguladoras de la prueba que deben ser acatadas. Entorno a estas normas, denominadas preceptos de valoración probatoria, es que la apreciación del juzgador debe amoldarse, a fin de que la valoración no sea absurda o arbitraria. Así se garantiza que el juzgador no suponga para su decisión, al valorar pruebas que no existen, ni omita las existentes. O efectué su



estimación sin contemplar los elementos que la componen, soslayando su aptitud demostrativa o la formalidad que la ley exige para ser introducida al proceso.

Para Jordi Nieva Fernoll, existe la posibilidad de que el tribunal de casación analice la valoración probatoria en tres supuestos:


(...) 1. Cuando el juez haya pasado por alto la aplicación de una norma de prueba legal. En este caso, una disposición claramente normativa obliga al juez a valorar la prueba en un determinado sentido, de manera que si el juez a quo prescinde de la misma y opta por la libre valoración, el tribunal deberá casar la sentencia, por vulneración del ordenamiento jurídico; si el juez sobrepasó los límites de lo razonable en la valoración probatoria, de manera que sus conclusiones no están sustentadas en ninguna lógica racional, el tribunal deberá casar también la sentencia, porque además de las vulneraciones normativas en que incurre en este caso, lo cierto es que no hay regla más esencial de cualquier ordenamiento jurídico que el seguimiento de la lógica y la coherencia; y, 3. Por último, es posible que el juez a quo haya acudido a la última ratio del ordenamiento probatorio, la carga de la prueba antes de tiempo. Es decir, que haya prescindido de valorar el material probatorio obrante en autos y haya presupuesto que era insuficiente; pues bien, en estos casos, en los que el juzgador, en realidad no ha valorado la prueba, la sentencia también debe ser casada, por aplicación indebida de las disposiciones legales sobre carga de la prueba a un supuesto que no corresponde<sup>1</sup>.

Para comprender de mejor manera, la naturaleza de la causal cuarta, vale la pena desglosar su contenido y exigencias para la postulación del cargo, así se ha determinar:

a) El o los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han sido infringidos, en relación con una prueba en específico;

---

<sup>1</sup> Jorge Nieva Fenoll. *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid – España, 2010, pág. 355 y 356.



Son preceptos de valoración probatoria, los que le dicen al juzgador el valor específico o determinado que contiene cada medio de prueba, en virtud del cual se ha de formar su convicción. Como el artículo del COGEP: 186 (Valoración del testimonio y declaración de parte), 208 (Valor de los documentos públicos) o el 229 (Objeto y valor de la inspección judicial)

b) El modo por el que se comete el vicio, esto es: 1) Por aplicación indebida, 2) o por falta de aplicación, 3) por errónea interpretación. Lo que deberá precisarse en relación con un precepto jurídico de valoración probatoria en particular; por lo que no es lógica la acusación de que se ha producido más de uno de aquellos vicios en relación con un mismo precepto jurídico, puesto que estos vicios son diferentes, autónomos, independientes y hasta excluyentes entre sí.


c) Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. Esta segunda infracción, la de las normas de derecho sustantivo, es necesaria, por cuanto una vez efectuada la valoración de los instrumentos probatorios, los juicios de hecho obtenidos por el juez, se deben adecuar los presupuestos jurídicos de las normas que regulan lo demandado, para determinar su procedencia o no.

d) Explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o, la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba ha conducido a la violación de normas de derecho, ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación. (La sola enunciación de las normas de valoración infringidas y del derecho material, no basta para el cargo, puesto que en materia civil no existe casación oficiosa (como en penal), de allí que la explicación y demostración del yerro es obligación del casacionista, dicha carga no puede ser suplida por el juez de casación<sup>2</sup>.

A fin de tener una idea clara, vale la pena examinar el siguiente ejemplo:

---

<sup>2</sup> Resolución de la Corte Nacional de Justicia de 10 de octubre de 2023, Sala de lo Civil y Mercantil, Juicio N° 17230-2019-05675.



Existe falta de aplicación del artículo 208 del COGEP, que es el precepto de valoración probatoria del documento público, cuando se da valor de escritura pública a un documento privado que no ha sido elevado al protocolo notarial. Dicha infracción por poner un ejemplo, vulnera de manera indirecta por equivocada aplicación el artículo 1740 del Código Civil, relativo al perfeccionamiento de compraventa, el cual exige para su validez, que el acto se haya elevado a escritura pública. Como vemos, la primera infracción es causa de la segunda infracción, mientras que esta última es efecto de la primera (ley de causalidad).

En resumen, el cargo por la causal cuarta, procede cuando se encuentra de manifiesto, que el juzgador de segunda instancia, al momento de considerar tal o cual medio de prueba, no reparó en su existencia, sus alcances o sus exigencias formales. En estas situaciones se demuestra entonces, que el error del juez no depende de la existencia o veracidad del hecho probado, sino sobre la existencia y legalidad del medio probatorio



## PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

MSc. Orley David Balarezo Mero <sup>1</sup>


La contratación pública en Ecuador es parte del de la rama del Derecho Administrativo. Se encuentra regulada a través de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el reglamento a la mencionad ley y las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública “SERCOP” como normativa secundaria. Además en ciertos aspectos de considera los previsto en lo aplicable los distintos cuerpos normativos que rigen el sector público.

Partiremos definiendo controversia en contratación pública. De acuerdo con la ley, tenemos que una controversia es una diferencia o discrepancia surgida de una actividad contractual, es decir, de un contrato administrativo de acuerdo con lo que nos dicta el Derecho Administrativo a través del COA es el acuerdo de voluntades en el cual una de las dos partes es la administración pública.

El Estado para poder contratar lo debe realizar a través de los procedimientos ya establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Una vez que se da todo el proceso según cada procedimiento, surge la suscripción de un contrato. De esta suscripción de contrato muchas veces se derivan inconveniencias o discrepancias entre el Estado “contratante” y el proveedor “contratista”, puesto que, como toda persona, no es de menos que con el Estado surja este tipo de contradicciones, a veces en

---

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad Regional Autónoma de los Andes. Mediador, negociador, conciliador acreditado por el centro de soluciones legales en negociación, mediación y conciliación CENSOL. Candidato a Magister en Investigación por la Universidad Andina Simón Bolívar.



alguna cláusula contractual o al momento de realizar una entrega de los productos adquiridos.


Sin embargo, lo que nos dicta la normativa es que no es únicamente dentro de la actividad contractual que se generan estas discrepancias más allá de la misma normativa hace referencia a que fuera de la celebración del contrato también pueden surgir estas diferencias.

Para la solución de controversias en contratación pública se debe identificar en primer lugar ante qué tipo de controversia nos encontramos, de las cuales se identifica las siguientes: controversias contractuales, de las que pueden ser sometidas a mediación y arbitraje y las que no; controversias derivadas de la administración pública que no son producto contractual pero que se relacionan a un contrato.

Una controversia contractual es aquella que se origina de una diferencia en torno al cumplimiento del contrato que no ha sido solventada dentro de la ejecución. De estas controversias únicamente son sujetas a mediación y arbitraje aquellas que en contratación pública sean de materia transigible. En otras palabras, no todas las controversias derivadas de un contrato son transigibles.

Por ejemplo, antes de la reforma a la normativa correspondiente y aun habiéndola se originan desacuerdos producto de la interpretación contractual referente a la aplicación de multas, puede existir que la cláusula de multas que se establezca: “En el contrato se aplicará como multa el 1 por mil del valor”. En este sentido, la frase incompleta origina que exista una interpretación en ciertos casos el administrador del contrato dirá: “Le aplico esta multa sobre el valor del contrato”; el contratista viéndose afectado alegará que: “la multa debe calcularse sobre el monto que estaba pendiente de ejecutarse” (De acuerdo con la normativa). En este caso las partes pueden aclarar esta cláusula contractual por mutuo acuerdo; no obstante, si no existe la apertura para solucionarla mediante el diálogo directo con la administración pública se podrá acudir a la mediación o llegar al arbitraje.

Tomando el mismo ejemplo, como controversia que no podría someterse a mediación y arbitraje es la imposición de la multa por un incumplimiento contractual, puesto que el



Estado no puede renunciar a la facultad sancionar por el incumplimiento de obligaciones derivadas en multas. Además, se deberá observar que la multa impuesta puede ser impugnada de acuerdo con su proceso propio.

En la otra cara de la moneda tenemos, a las controversias derivadas de la administración pública que no son producto contractual pero que se relacionan a un contrato, en este sentido surgen cuando por motivos legales no es posible continuar con la ejecución de un contrato y que estas son ajenas a la ejecución contractual propiamente dicha. Es posible tomar como ejemplo, la nulidad de los contratos demandada por el Procurador General del Estado tan pronto tenga conocimiento de cualquiera de estas irregularidades establecidas en la ley. A su vez, también es posible enmarcar en este tipo de situaciones la terminación unilateral de un contrato que no puede sujetarse a un proceso arbitral, lo que sí podría someterse es el cálculo y liquidación de valores producto de dicha terminación.

Más allá de esto, puede concurrir un tipo de discrepancia que se puede solucionar directamente, que la normativa nos faculta o nos señala un proceso para poder dar una solución directa a través de la administración. Como ejemplo, la renuncia de anticipo por parte del contratista por escrito antes de celebrar el contrato, porque todas las garantías, las pólizas, se rinden previo a la suscripción del contrato o al momento en que este se suscriba. Así la administración dará paso a dicha renuncia y se modificará la cláusula contractual correspondiente al anticipo y la forma de pago. También que pueden surgir las discrepancias y que pueden ser solucionadas de manera directa por las por la entidad contratante y el contratista durante la ejecución, desarrollo, terminación o liquidación y pago del contrato.

La normativa establece mecanismos de solución de conflictos, que se puede llamar a manera una solución directa. Se lo realiza una forma ágil y rápida cuando la misma entidad da respuesta a un problema o el contratista da respuesta a algún problema o discrepancia originalmente, sin embargo, no en todos los casos se soluciona de esta manera, y es por ello por lo que por mandato constitucional se establecen medios




alternativos de solución de conflictos plenamente aplicables a lo que corresponde en materia de contratación pública.

Continuando con el tema, la normativa que nos ampara es el artículo 190 de la Constitución, en el cual no se establece cuándo procede o qué tipo de arbitraje procede justamente en materia de contratación pública. El tipo de arbitraje que procede es un arbitraje en derecho, y a su vez, en concordancia a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el artículo 104, que son los métodos alternativos para la solución de controversias, es decir, cuando ya se puede recurrir a una mediación o se puede resolver de manera autónoma entre las partes contratantes, de igual manera se someten a una instancia única que es el arbitraje.

Ahora bien, para que proceda debe existir previamente una cláusula contractual compromisoria o a su vez un convenio que se origine del contrato para someter la controversia a mediación y arbitraje, Para lo cual la entidad contratante deberá cumplir con los requisitos generales establecidos en la Ley de Arbitraje y Mediación y además deberán realizar la consulta al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento.

De la revisión de la cláusula de arbitraje en contratación pública se observan entre los principales aspectos que: el arbitraje en Derecho se conforma a través de 3 árbitros principales y un alterno. Un árbitro lo designa la entidad contratante, el otro árbitro lo designa justamente el contratista y el tercer árbitro, que va a ser el ponente del tribunal, lo designa entre los dos árbitros ya seleccionados. Además, se va a seleccionar un árbitro alterno de un listado que proporciona el centro de mediación al que se hayan acogido. El laudo será expedido fundamentándose en derecho. Establece que los costos y gastos arbitrales que genere el proceso arbitral serán cubiertos por el demandante.

Hasta el momento no he visto un caso que sea el Estado quien demanda en un proceso arbitral al contratista, ocurrirá muy pocas veces que la administración demande un proceso de arbitraje para tratar solucionar una controversia, en la mayoría de los casos ante las controversias el Estado no es objetivo y busca salir beneficiado de dicha controversia.




Evidenciando así una primera deficiencia al establecer que la carga de los costos y gastos arbitrales sean cubiertos por el demandante, esto produce de cierta manera un menoscabo al principio de acceso gratuito a la justicia que consagra la Constitución, puesto que casi siempre el contratista tratará de solucionar una controversia y deberá acudir a estos mecanismos para reclamar al Estado. Además de esto, recordando que un contrato es un acuerdo de voluntades, y para que el contratista no se vea afectado y además de incurrir en gastos para su defensa jurídica y que tenga que cubrir con los gastos del arbitraje sugiero que se opte por modificar dicha cláusula estableciendo que los gastos de arbitraje serán cubiertos por la parte vencida o a su vez que el contratista renuncie al arbitraje y se someta a los órganos de justicia ordinarios.

¿Cuál es el procedimiento del arbitraje? Lo primero que nos dice esta cláusula es que debo agotar la mediación, es decir, ya debo haber convocado una mediación y debo ya tener o un acuerdo parcial un acta de no acuerdo. Si hay un acuerdo total, ya no tendría por qué acudir a un arbitraje, pero o bien tener imposibilidad de mediación, imposibilidad de acuerdo o acuerdo parcial para que de ahí proceda el arbitraje en Derecho.

Una vez que tengo este documento habilitante, llamémoslo así, procedo a presentar una demanda arbitral de conformidad y con lo que establece el artículo 10 de la ley de arbitraje y mediación y el reglamento correspondiente. Posterior a ello se realiza una citación en el cual el demandado tendrá que contestar en el término de 10 días y se deberá adjuntar las pruebas y a su vez podrá solicitar práctica de diligencia en caso de silencio. Se entiende como negativa a los fundamentos de la demanda es como que se realiza una contestación de manera negativa y negando los cargos o los hechos que se establecen en la demanda posterior a ello, es posible realizar una modificación a la demanda o una contestación.

Se puede presentar una reconvencción a la demanda arbitral o una contestación a la reconvencción en caso de que exista. Esto se puede realizar por única vez en el término de 5 días. Además, las partes tienen el término de 3 días para contestar cualquiera de las modificaciones que se realicen. Algo más es que la comparecencia del demandado no



impide que se continúe el curso normal del arbitraje. Es decir, que si ha cité en debida forma y no comparece en este caso, la entidad va a continuar el arbitraje en derecho, según corresponda. No tengo que realizar ninguna otra actuación ni otra diligencia.

Posterior a ello se realiza una nueva audiencia de mediación con la contestación para tratar de llegar a un acuerdo sin que se dicte un laudo arbitral. Sin embargo, esta mediación se reconoce dentro del proceso arbitral y el laudo va a dar por entendido de que se llegó al acuerdo y cuál es el acuerdo obtenido entre las dos partes

En caso de que no se logre una mediación, se procede con la designación de árbitros. De acuerdo con la cláusula compromisoria que hemos visto, se realiza la audiencia de sustanciación y si las partes no se encuentran presentes, continúa igual el proceso. Si en caso de que se encuentre presente las partes, a estos les corresponderá emitir las pretensiones, en caso de que no lo haga, el Tribunal se sujetará a lo que está tanto en la demanda como en la contestación.

Posterior a esta primera audiencia, una vez que se hayan realizado todas las prácticas probatorias, es posible solicitar (similar a la nueva prueba o para mejor resolver) que se realicen nuevas diligencias para esclarecer ciertos puntos que no le he quedado claro al Tribunal o que sean para mejor resolver, de ser posible también, se convoca una audiencia de estrados que ya no es contradictoria, sino meramente informativa y posterior a ello se dicta un laudo arbitral con la decisión correspondiente.

De esto proviene la ejecución de laudo y en caso de que se haya vulnerado el proceso violentado alguna de las especificaciones normativas que se pudiera demandar a una nulidad de Laudo arbitral.

Hay que distinguir la entre la nulidad del laudo y la nulidad del Convenio, una nulidad del laudo me va a decir que la decisión adoptada por los árbitros no ha observado las normas sustanciales del proceso y que hayan afectado de manera relevante en la resolución o esta contraviene alguna norma expresa.

Por otra parte, la nulidad del convenio de arbitraje no versa sobre una nulidad del contrato sino que únicamente se relaciona a la imposibilidad de someter la controversia a un proceso de arbitraje por no haber cumplido con los requisitos exigidos por la ley;




por ejemplo, el no contar con el pronunciamiento del Procurador General de Estado en los casos aplicables.

Existe una tercera posibilidad, que corresponde a la existencia de una nulidad del contrato demandada por la PGE, que contemple una cláusula arbitral o del cual se haya originado un convenio arbitral que cumpla con todos los requisitos exigidos por la ley. Es muy posible que frente a la demanda de nulidad del contrato ya se haya ejecutado en parte el contrato o totalmente, y únicamente quede pendiente que se realice el pago al contratista. Lo cual nos lleva a una controversia, que si para solucionar la controversia originada por el no pago del contrato que se ha demandado su nulidad tenga que hacerlo vía arbitraje o ante la justicia ordinaria.

Caso que no cabría duda es acudir a la justicia ordinaria para reclamar los valores pendientes de pago de un contrato que ha sido declarado nulo mediante resolución definitiva. Puesto que, el contratista ha ejecutado el contrato todo o en parte y por lo tanto, se deberá reconocer los valores que se adeuden, incluso por mandato constitucional ningún trabajo será gratuito.

Entre los principales inconvenientes para ejecutar este tipo de cláusulas arbitrales se distingue: 1) la existencia de doble cláusula de solución de controversias estableciendo de la siguiente manera: “en caso de controversia se someterán a la ley de lo Contencioso administrativo” que dicho sea de paso, dicha ley ya está derogada, y en la siguiente cláusula el contrato establece: “en caso de controversia renuncian a la justicia ordinaria y se someten al laudo arbitral o al centro de mediación” y proceden a desarrollar la cláusula de arbitraje. Otro problema es 2) la existencia de una cláusula compromisoria de arbitraje incompleta, que es algo que suele pasar a menudo, puesto que en los contratos copian el texto de los pliegos y no establecen el centro de mediación o centro de arbitraje ante el cual se sustanciará dicho proceso.

Entonces, ¿De qué manera es posible solucionar estos inconvenientes? puede hacerse por un contrato modificatorio, siempre y cuando antes se haya definido efectivamente la posibilidad de someterse a arbitraje cumpliendo con todos los requisitos legales, caso contrario se deberá someterse a la justicia ordinaria.



Para el segundo supuesto se podrá realizar un contrato modificatorio observando que previo a la celebración del contrato se determinó el centro de arbitraje y mediación al que se someten las parte y por una falta de transcripción no se hizo constar en la referida cláusula, sin embargo, si no se ha establecido el centro de mediación las partes habiendo cumplido con los requisitos legales podrían firmar un convenio arbitral para establecer el centro de mediación y arbitraje al que se someterán.

En este sentido, también es posible que en las relaciones contractuales se originen controversias producto de la equivocación de la administración pública en la toma de decisiones y que estas repercutan en la violación de derechos del contratista. Ante lo cual es posible incoar una acción de protección frente a un acto dentro de la etapa contractual o antes en la etapa contractual, e incluso frente a la terminación unilateral del contrato, conforme la Sentencia 87-20-IN/23 del 25 de octubre del 2023 en que la Corte Constitucional aceptó una acción pública de inconstitucionalidad

Esto no quiere decir que ante cualquier decisión adoptada por la administración pública en una relación contractual se deba incoar una acción de protección, puesto que es posible que el asunto sea de mera legalidad y que no incurra en una grave vulneración de derechos. De manera que, para incoar una acción de protección por controversias originadas en materia de contratación pública los invito a que estudien bien cada uno de los casos e identifiquen la vulneración de derechos para que los argumentos sean considerados por el juez o jueces que conozcan la acción.



## ELIMINACIÓN DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN EN EL PROCESO LABORAL PERUANO

MSc. Juan Carlos Ríos<sup>1</sup>


En tanto la audiencia de conciliación, materia de estudio de esta presente intervención, vino a ser ese espacio que se brinda a las partes, a fin de que busquen o propicien un acuerdo conciliatorio voluntario que ponga fin al proceso, y de esta manera, llegar a un acuerdo conciliatorio. Acuerdo va a tener la calidad de cosa juzgada, bien, la audiencia de conciliación consta de tres momentos.

La primera es la etapa conciliatoria propiamente dicha, en la cual como lo dije hace poco, es aquella es aquel momento en el cual el ordenamiento jurídico le delega a estas partes intervinientes para que logren un acuerdo armonioso, si no logran, este acuerdo se pasa a la segunda etapa, que es la etapa de presentación o de contestación de la demanda. El juez le va a pedir a la parte demandada su escrito de contestación a fin de que esta sea materia de análisis de revisión. Si cumple con los requisitos de admisibilidad o no, establecidos en la norma, Y de ser así, pasamos a la tercera etapa, que es la fijación de los puntos de controversia, sobre los cuales se va edificar toda la construcción argumentativa que va a sostener la sentencia.

Digamos que, de todos los momentos contenidos en la audiencia de conciliación, tiene una notable importancia es la etapa conciliatoria. Es el primer momento en el cual, puede llegar a concluir el proceso, de manera mucho más célere, en beneficio de las partes intervinientes en el proceso, sin llegar a la expedición de la sentencia.

---

<sup>1</sup> Maestro en Derecho procesal por la Universidad peruana de los Andes, nuestra hermana República del Perú, autor del libro La prueba en el proceso laboral del libro por el décimo aniversario del ius 360 Pontificio Universidad Católica del Perú, coautor del libro Nuevas perspectivas de la argumentación en el siglo 21 y algo muy relevante es el segundo puesto al Premio Nacional maestro Carlos Fernández César ego del en el año 2019, organizado por el Colegio de Abogados de Lima




Acá hay que diferenciar dos cosas: una, es la etapa conciliatoria propiamente dicha, y otra es la audiencia de conciliación, eso lo vamos a desarrollar en los próximos minutos. Entonces pasamos a la primera parte de nuestra exposición que, viene a ser, cuál es la finalidad de la audiencia de conciliación. Cuando se expidió esta norma, en el año 2010, los legisladores tuvieron a bien buscar que el proceso se hace más célere, razón que los llevó a diseñar este nuevo proceso laboral.

La audiencia de conciliación con el supuesto objetivo que las partes arriben a un acuerdo conciliatorio y de esa manera ponga fin a la controversia judicial. Y de esta manera, el proceso no se extienda incluso hasta el recurso de casación. El legislador de aquel entonces tuvo a bien enfocar o diseñar la audiencia de conciliación con la mirada puesta en la celeridad procesal, en busca de ese objetivo a través de un acuerdo armonioso por parte de las partes que ponga fin al proceso. Esa fue la finalidad, pero, desde el 2010 que se encuentra en vigencia esta norma, hasta el día de hoy vemos que la realidad es distinta, a lo establecido en la norma, esa finalidad se ha visto desdibujada a la fecha.

La realidad nos muestra una versión totalmente distinta. Quizás la norma, digamos, fue o pudo verse materializada, pero, lamentablemente, dicha aspiración teórica en la práctica no se condice, a mi parecer, por dos motivos especialmente, y con este desarrollo ingreso a la segunda parte, que viene a ser la crítica de la audiencia de conciliación.

El primero de ellos, por la falta de representación o facultades especiales para conciliar, la norma establece que aquella persona que va en representación tanto de una entidad pública como de una empresa privada debe contar con facultades expresas para conciliar, de lo contrario puede estar presente, pero no se lleva a cabo la etapa conciliatoria y, se continúa con el trámite de la audiencia, esto es, con la contestación de la demanda.

El segundo, viene a ser la cultura de conflicto que creo yo, no solamente tiene el Perú, sino imagino también en el Ecuador los países vecinos de la región. No existe una cultura, digamos armoniosa de la gente para solucionar sus problemas sin recurrir a las instancias judiciales, todo lo contrario, hay una cultura de enfrentamiento, por eso, se llega a la sede judicial porque previamente no ha existido una conciliación.




Estos dos puntos, son los que en la práctica desvanecen el objetivo aspirado, puedo decir, que la audiencia de conciliación a la fecha, no es efectiva, no da frutos. Muestra de ello es que, en la Corte Superior de Justicia de la Libertad en el año 2010, de un universo de 6240 procesos ordinarios: solamente 332 llegaron a conciliarse, es decir, la suma de 5.2%, de audiencias conciliadas del total que llegaron a presentarse.

Eso fue en el año 2016, en el año 2020 en la Corte de Arequipa también un porcentaje bastante parecido del 5%. Ahora, en el año 2021, las audiencias conciliadas llegaron, subieron un poco más y se quedaron en 10%. A partir de ello, podemos apreciar de esos eximios porcentajes que la audiencia de conciliación ya no da más, no ha recogido en su recorrido los frutos por los cuales fue diseñado en su debido momento. Es más, el propio Poder Judicial, acá en Perú, la entidad encargada de la tutela de los derechos de los ciudadanos, encargada de la administración de Justicia, cuando ocupan el papel de demandado, también no concilia, es más, todo lo contrario, lo alarga el proceso lo más que pueda, llevándolo hasta la sede de casación.

Entonces, si vemos que el propio Poder Judicial no tiene el ánimo voluntario de conciliar, de poner fin al proceso en búsqueda de la celeridad procesal y evitar el aumento de carga procesal innecesaria, sobre todo en pronunciamientos ya reiterativos, pretensiones bastantes comunes en las cuales se les otorga el derecho o el favor al trabajador. ¿Qué podemos esperar, pues, de otras entidades estatales o de empresas privadas? Creo que no mucho, no.

Los últimos años no han sido los mejores para la audiencia de conciliación. Los números respaldan nuestra afirmación. Creo que ha caído en los últimos años en un mero ritualismo, en un aspecto del formalismo. Las partes procesales, asisten a la audiencia de conciliación solamente porque tienen que asistir, porque saben que no van a conciliar, pero acuden para que no sean declaradas rebeldes o solamente para presentar su escrito de contestación de la demanda.

La audiencia de conciliación se ha convertido en la práctica en una audiencia “mesa de partes”, porque lo único que sirve es para la presentación de la contestación de la demanda y nada más. La realidad refleja eso. Entonces, nosotros tenemos que alzar la



mirada y observar hacia otro panorama que busque de una manera efectiva un acercamiento a la celeridad procesal, porque ya hemos dicho que la audiencia conciliación no ha encontrado esa finalidad buscada.

Entonces lo que yo propongo aquí, si vamos a eliminar la audiencia de conciliación que solamente hace retardar los plazos lo que se podría hacer es unificar, como lo mencioné, el proceso ordinario con abreviado, el mismo que tiene una sola audiencia.

En esa línea, si vamos a eliminar la audiencia de conciliación del proceso ordinario, también nos quedaría con una sola audiencia, que es la audiencia de juzgamiento. De este modo, vendría a ser, prácticamente lo mismo que el proceso abreviado y no tendría razones suficientes para divorciarlos.

Habría que unificarlos en una única audiencia que le podríamos denominar o etiquetarla como audiencia de tutela urgente o proceso de tutela urgente, debido a la naturaleza de las pretensiones que se pueden dar en ese tipo de procesos. Y, de ser así solo habría una sola audiencia en las cuales se pueden presentar todas las etapas que hemos referido tanto en la audiencia de conciliación como de juzgamiento, e incluso podría estar la etapa de conciliación.

Una de las razones por las cuales abogo por la eliminación de la audiencia de Conciliación, es porque esta etapa conciliatoria que tienen las partes, no solamente es privativa del proceso judicial, también las partes pueden llegar a un arribo conciliatorio fuera de él, incluso de forma previa en sede administrativa ante el Ministerio de Trabajo. Es más, la norma establece que estas facultades las tienen las partes, tanto en primera, segunda instancia y en sede casatoria. De esta forma, no vemos razones suficientes, sólidas que establezcan o justifiquen una audiencia en particular para la etapa conciliatoria, generando únicamente la dilación del proceso. Recargando las labores de los órganos jurisdiccionales laborales, desvaneciéndose la búsqueda de la tutela jurisdiccional efectiva.

Termino con un llamado a la reflexión sobre este tipo de procesos, de análisis de temas que resultan bastante importantes, ya que en la práctica porque lo más importante es



que aquella persona que acceda o que toca la puerta del Poder Judicial es para obtener una real tutela jurisdiccional efectiva, pronta, célere y justa.



## EL ARBITRAJE DE INVERSIONES INTERNACIONALES Y SOBERANÍA

Ph.D. Felipe Cristancho <sup>1</sup>


Para introducir el tema, es importante destacar que los Estados suelen buscar atraer capital a sus territorios, ofreciendo las mejores condiciones y alternativas posibles a los inversionistas extranjeros. Uno de los mecanismos utilizados para este fin son los acuerdos de inversión, que generalmente se incluyen en tratados de libre comercio, ya sean bilaterales o multilaterales. Además, existen tratados bilaterales de inversión, en los cuales se garantizan ciertos estándares de trato a los inversionistas. Estos tratados también les proporcionan la oportunidad de recurrir a diversos mecanismos de resolución de disputas en caso de conflictos con el Estado receptor de la inversión. El principal mecanismo utilizado para la solución de diferencias es el arbitraje de inversiones.

El arbitraje de inversiones se utiliza principalmente para eludir la jurisdicción de los Estados receptores de inversión, basándose en dos premisas. La primera es que los jueces de dichos Estados pueden no ser imparciales y tenderán a tomar decisiones a favor del propio Estado. La segunda premisa es que los procesos judiciales locales pueden ser ineficientes debido a la duración prolongada de los procedimientos. Por estas razones, los inversionistas prefieren el arbitraje de inversiones para resolver sus disputas.

El arbitraje de inversiones ha sido objeto de fuertes críticas en el régimen internacional de inversiones, generando una crisis de legitimidad en el sistema. Un claro ejemplo de esto es la denuncia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad de Antioquia en Colombia, Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Económico Internacional, en la misma Universidad. Docente de la Universidad de Antioquia y actualmente Doctorando en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Miskolc, Hungría. Es becario de campus Tempus Public Foundation en el programa Spendium Hungaricum.




entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) por parte de Ecuador, Venezuela y Bolivia. Estos países se retiraron del convenio tras enfrentar decisiones desfavorables y altamente controvertidas. Sin embargo, es importante mencionar que Ecuador volvió a suscribir el convenio en 2021.

¿Por qué podemos afirmar que la crisis de legitimidad en el arbitraje de inversiones es un problema fundamental? Pues porque considero que el arbitraje no es el mecanismo más adecuado para resolver los conflictos entre el Estado y los particulares. Lo digo porque en lo que he visto y estudiado, el arbitraje a menudo no cumple con los estándares necesarios de imparcialidad y eficiencia para manejar estos conflictos tan complejos.

El arbitraje de inversiones generalmente está respaldado por tratados internacionales, una característica poco común en otros mecanismos de resolución de disputas. Además, en el arbitraje entre Estados y particulares, a menudo se cuestionan medidas adoptadas por el Estado que no están dirigidas específicamente a ciertos inversionistas, sino que afectan de manera general a toda la población o a un grupo específico dentro de ella. Esto añade una capa de complejidad y controversia a los procesos arbitrales, ya que las decisiones pueden impactar políticas públicas diseñadas para el bienestar general.

Las características del arbitraje mencionadas no encajan bien en este tipo de conflictos. Además, quiero destacar algunos elementos específicos del arbitraje de inversiones que abordaré en esta ponencia. Primero, la vaguedad de los estándares de protección a los inversionistas: estos estándares están redactados con una textura amplia y son muy generales. Segundo, en el arbitraje no existe un precedente vinculante, lo que constituye un problema en cuanto a la predictibilidad de las decisiones que se puedan tomar en esta materia.

El primer elemento que quiero destacar en esta ponencia es la cuestión de los estándares de protección, especialmente los más importantes, que pueden ver mencionados en la pantalla: trato justo y equitativo, no expropiación, trato nacional y más favorecido, protección y seguridad plena. El problema con estos estándares es que no siguen una estructura de reglas claras, sino más bien una estructura de principios. Esto significa que




no se establecen de manera precisa cuáles son las obligaciones del Estado y los derechos de los inversionistas, generando ambigüedades y falta de claridad en su aplicación.

Todos estos elementos tienden a ser muy etéreos. Como veremos más adelante en la ponencia, las expectativas legítimas han sido una fuente de incertidumbre para los Estados y una limitación a su poder regulatorio, lo que, a su vez, reduce su soberanía. Esta situación se repite con otros estándares de protección, aunque no me extenderé sobre ellos por cuestión de tiempo.

Otro elemento problemático del arbitraje de inversiones, a mi juicio, es la ausencia de un sistema de precedentes vinculantes, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas de common law. En el arbitraje de inversiones, no se sigue la doctrina del stare decisis, que implica que las decisiones de jueces de jerarquía superior son vinculantes para aquellos de categoría inferior. Además, desde el punto de vista funcional, no existe una estructura jerárquica en el arbitraje de inversiones. Esto significa que no hay una instancia superior que pueda evaluar las decisiones arbitrales, lo que impide la posibilidad de apelación. Aunque existen mecanismos para la anulación de los laudos arbitrales, estos no equivalen a una apelación y tienen un alcance más limitado.

Otra característica del arbitraje que considero inconveniente para la solución de conflictos entre inversionistas y Estados es la crítica en torno a la independencia e imparcialidad de los árbitros. Hay varios aspectos a considerar al respecto: en primer lugar, hay escasez de abogados y firmas especializadas en asesorar y representar en este tipo de procesos, lo que conlleva a costos muy elevados tanto en honorarios como en los procesos en general.

Esto implica un flujo significativo de dinero, lo cual ha dado lugar a un fenómeno conocido en la literatura como "double hatting", donde algunos abogados también actúan como árbitros. De hecho, según una investigación del año 2017, en todos los casos públicamente disponibles de arbitraje de inversiones de ese año, el 47% de los árbitros ejercían esta doble función, es decir, actuaban como árbitros mientras también asesoraban o representaban en otros procesos.




En principio, no es inusual en el ámbito legal que las partes involucradas en arbitrajes elijan árbitros con experiencia y conocimientos específicos, generalmente abogados litigantes. Sin embargo, surge un problema significativo cuando se abordan temas tan sensibles como los que se discuten en el arbitraje de inversiones.

En el arbitraje de inversiones, es solo el inversionista quien puede iniciar los procedimientos. Por lo general, es el Estado quien responde a este tipo de arbitrajes, aunque ocasionalmente también pueden darse casos en que el Estado demande a particulares.

¿Qué implicaciones tiene esto? Los abogados árbitros que manejan grandes cantidades de dinero a través de este sistema de resolución de disputas tienen el incentivo de fomentar su uso. Una forma de promover el arbitraje de inversiones es ayudando a que las reclamaciones de los particulares sean exitosas. Esto suele ser adverso para el Estado en la mayoría de los casos.

¿Y qué consecuencias ha tenido todo esto? En el arbitraje de inversiones, muchas decisiones arbitrales resultan imprevisibles y disruptivas, con frecuencia resultando en condenas contra el Estado. Aquí se destaca un aspecto clave que ha surgido en el arbitraje de inversiones: el concepto de expectativas legítimas. Como mencioné anteriormente, esta doctrina se deriva del estándar de trato justo y equitativo, presente en prácticamente todos los acuerdos de inversión.

Entonces, ¿cuál es el problema con esta doctrina de las expectativas legítimas y de qué se trata? En primer lugar, este concepto es ajeno al Derecho internacional, siendo más bien un trasplante jurídico introducido en el caso *Tecmed versus México* en el año 2003. La primera vez que un tribunal de arbitraje introdujo el concepto de expectativas legítimas en el arbitraje de inversiones fue adoptado del derecho anglosajón, con una particularidad: en el derecho anglosajón, este concepto se utiliza principalmente para cuestiones procesales, pero en el caso *Tecmed versus México* se aplicó a cuestiones sustantivas. Esta adaptación generó cierta controversia en el laudo y en el desarrollo mismo de la doctrina.




Desafortunadamente, esta doctrina se expandió posteriormente y ha terminado afectando la capacidad regulatoria de los Estados. Básicamente, la doctrina de las expectativas legítimas protege a los inversionistas en tres situaciones principales: primero, cuando hay un contrato entre el Estado y los particulares y el Estado incumple dicho contrato; segundo, cuando el Estado hace una promesa para atraer inversiones a su territorio y luego no cumple con esa promesa; y tercero, cuando se espera que el marco regulatorio sea estable.

Cada vez que el Estado modifica este marco regulatorio, en algunos casos, como en Tecmed, se considera que hay una violación de estas expectativas legítimas. Esto puede llevar a que los cambios regulatorios necesarios sean vistos como una violación de los acuerdos internacionales, lo cual afecta la soberanía de los Estados.

Sobre este tema, les presento tres ejemplos significativos. El primero se refiere a Ecuador, donde Occidental promovió un caso contra el país ante la Corte Internacional de Arbitraje de Londres. Occidental había estado solicitando devoluciones del IVA a la autoridad tributaria ecuatoriana durante varios años, y esta había aceptado estas solicitudes. Sin embargo, después de cuatro años, la autoridad tributaria revocó estas devoluciones, argumentando una interpretación errónea del artículo 69-A del Estatuto Tributario vigente en ese momento. Esto llevó a que Occidental demandara al Estado ecuatoriano en el marco del arbitraje de inversiones. La autoridad tributaria posteriormente revocó varios actos administrativos que habían autorizado las devoluciones del IVA. En este caso, no se produjo un cambio regulatorio, sino una corrección en la interpretación de las normas vigentes en ese momento.

Otro caso relevante se relaciona con la crisis argentina y el corralito, donde Argentina fue condenada en varios casos que se muestran aquí. Recientemente, durante la crisis económica del año 2008, España se vio especialmente afectada por las reclamaciones de inversionistas en el sector de las energías renovables. En la década de 2000, se habían implementado incentivos tributarios para atraer inversiones en este sector. Sin embargo, a partir de 2008, España y otros países enfrentaron una crisis significativa y no pudieron mantener estos incentivos, lo que llevó a cambios en el marco regulatorio. Esto



desencadenó arbitrajes de inversiones basados en la doctrina de las expectativas legítimas.

Es preocupante que un Estado no pueda modificar sus marcos regulatorios durante crisis económicas, como vimos en los casos de Argentina y España.

¿Qué posibles soluciones existen? En mi opinión, la propuesta más interesante es la creación de una corte multilateral de inversiones, una idea promovida tanto por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional como por la Comisión Europea dentro de la Unión Europea. Este enfoque podría reemplazar el sistema actual de arbitraje por un sistema judicial que emplee jueces permanentes especializados en estos procesos. Además, establecería una jerarquía con funciones tanto de primera instancia como de segunda instancia. Esto permitiría mayor previsibilidad en las decisiones, aunque no necesariamente serían vinculantes en todos los casos.

Adicionalmente, considero que los Estados receptores de inversión deben trabajar en el fortalecimiento del Estado de Derecho y en mejorar la eficacia y eficiencia de la administración de justicia para fomentar un entorno más atractivo para la inversión.



## LA DESVIACIÓN PROCESAL EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CHILENO


Ph.D. Pedro Harris Moya

Entendiendo por desviación procesal, la sanción de desestimación de la demanda, que ocurre en el supuesto, en que el contenido de una impugnación ante la administración no guarde una debida congruencia con una impugnación consecutiva ante los tribunales de justicia. Lo que me interesa presentar en esta oportunidad es, por una parte, la consagración cierta de esta institución en el derecho chileno, pero por otra parte las incertezas que presenta su interpretación actualmente.

Para comenzar, la desviación procesal es una institución relativamente reciente en el Derecho Procesal chileno y esta novedad se implica principalmente por la forma en que han operado tradicionalmente las impugnaciones en contra de los actos de la administración.

A diferencia de otros países, en el Derecho chileno ha primado al menos desde la vigencia de la Constitución de 1980, una facultativa en la elección de la vía a través de la cual una persona que ha sido lesionada en sus derechos o en sus intereses va a poder recurrir en contra de un acto de la administración y esa facultativa le otorga la posibilidad de hacerlo, ya sea ante la administración, ya sea ante los tribunales de Justicia, de manera indistinta.

Es la interpretación que se le dio históricamente al artículo 38 inciso segundo de la Constitución, al establecer que cualquier persona que sea lesionada de sus derechos podrá reclamar ante los tribunales de justicia, pero también porque luego de la vigencia de la Constitución de 1980, ya en 1986 el legislador confirmó esta interpretación de la Constitución en base al artículo 10 de la ley 18575, bases generales de la administración del Estado, que estableció que los recursos administrativos de reposición y jerárquico




son sin perjuicio del ejercicio de acciones judiciales, y también el año 2003 donde se confirma esta posición legislativa, en base a la entrada en vigor de la ley del procedimiento administrativo, la ley 19880, que estableció que interpuesta una reclamación ante los tribunales de Justicia la administración no podía conocer de la misma pretensión si se estableció esta disposición en el artículo 54 de la ley 19880. Es evidente que quien fuera lesionado en sus derechos o en sus intereses podía elegir la vía de la impugnación y no se vería con peligro a iniciar esta reclamación ante la administración para luego llegar a los tribunales de Justicia.

Existían, sin embargo, algunas excepciones a estas reglas previas a la Constitución de 1980, probablemente la principal de estas excepciones fue el reclamo de ilegalidad municipal, una institución muy antigua en el derecho chileno que consagra hasta el día de hoy una impugnación en dos fases, primero ante el alcalde y luego ante la Corte de apelaciones y posteriormente comenzaron a aparecer nuevas impugnaciones que seguían esta misma tendencia, es decir, exceptuaban en cierto sentido el derecho de adopción que tenía tradicionalmente que fuera afectado por la administración para elegir la vía de inicio y le imponía recurrir primero ante la administración y luego ante los tribunales.


Estas situaciones de decepción comenzaron a ser vistas por el Tribunal Constitucional no con ocasión de controles represivos, sino más bien preventivos por entrar en vigor de nuevas disposiciones que establecían este mecanismo primero administrativo y luego judicial. Y sucedió que inicialmente el Tribunal Constitucional afirmó de manera implícita, la constitucionalidad de esta técnica legislativa, lo hizo en su sentencia 1051, y posteriormente de manera expresa, en su sentencia, 2036 del año 2011, en donde altera la interpretación que se había seguido hasta entonces.

El artículo 38 inciso segundo de la Constitución garantiza el acceso a los tribunales, pero no el acceso directo a los tribunales y por lo tanto, el legislador estaba habilitado para mediar este acceso exigiendo el agotamiento de una vía administrativa, es decir, exigiendo una interposición previa de recursos administrativos, ya no facultativos, sino obligatorios.



El principal modelo en el que es posible apreciar esta técnica, ocurrió en el año 2012, con la Ley de los tribunales ambientales en Chile, que son verdaderos tribunales administrativos, porque 7 de las 8 competencias que conocen en la ley 20600 requieren de un acto administrativo para acceder al tribunal y en algunos casos, en la mayoría de los casos, exigen el agotamiento previo de la vía administrativa, lo que fue resuelto conforme a la Constitución del año 2012 por parte del Tribunal Constitucional.

Estamos frente una institución que, sin embargo, no ha sido interpretada de manera consistente y clara por la jurisprudencia, las razones de ello pueden ser múltiples, sin embargo, es importante considerar que algunas de ellas son estructurales a la forma, donde por una parte no existen tribunales administrativos generales, sino únicamente especiales en determinadas materias, no existe tampoco una ley general de un contencioso administrativo como en otros países, sin perjuicio que han existido muchos proyectos de ley en este ámbito y que también si se llegara a aprobar una propuesta constitucional en este año, el legislador está obligado a enviar un proyecto de ley sobre el contencioso administrativo un año luego de la entrada de vigencia de la Constitución. Un aspecto adicional es que ni siquiera en Chile existen disposiciones que establezcan de manera expresa el contenido que tiene que poseer en términos generales un recurso administrativo, lo que hace la jurisprudencia es en el fondo extrapolar una regla del contenido del inicio de un procedimiento administrativo, pero son dos cosas distintas. Todos estos factores combinados, la ausencia de tribunales, la ausencia de legislación del contencioso administrativo y la ausencia de un contenido en esta posición general de los recursos administrativos ha llevado a que existan tres posiciones en torno a la interpretación que se le debe otorgar a la decisión procesal en el contencioso administrativo chileno, una interpretación extensiva, una interpretación restrictiva y finalmente, una interpretación. La interpretación extensiva de la desviación procesal en el contencioso administrativo sostiene que es una institución aplicable no solamente al recurso administrativo obligatorio, sino también en todos los casos en que un interesado hubiera iniciado la reclamación de manera voluntaria frente a la administración.




Esta vinculación bajo la interpretación extensiva, además, sería rigurosa. ¿En qué sentido? Bueno, en el sentido que se vincularía en múltiples aspectos, no solamente lo pedido y el acto administrativo impugnado, sino además, las razones que se sostuvieron para realizar esta impugnación y no solamente las razones que se sostuvieron en la interposición de un recurso administrativo, sino que incluso las razones de cualquier naturaleza que se hubieran interpuesto en la tramitación del procedimiento administrativo.

Bajo una interpretación restrictiva, en cambio, el ámbito de aplicación de la desviación procesal sería más limitada, porque no implicaría modificaciones en los supuestos en que un interesado inicial es voluntariamente la reclamación frente a la administración, sino que se aplicaría únicamente a los supuestos en que el propio legislador ha establecido un recurso administrativo obligatorio, es decir, en supuestos en que efectivamente el interesado carece de un derecho de opción y debe iniciar el reclamo ante la administración para luego llegar a los tribunales y a su vez, si esto fuera así la vinculación entre ambas reclamaciones no sería tan estricta no se alcanzarían, por ejemplo, aspectos de mérito, oportunidad que nos suelen ser objeto de revisión por parte de los tribunales de justicia, es algo que ha sido afirmado de manera implícita por la jurisprudencia, por ejemplo, en la sentencia de Corte Suprema del año 2021, rol 36919.

Finalmente una interpretación podríamos decir, en la cual lo que se sostiene es un limitado ámbito de aplicación de la desviación procesal, entre otras razones porque existen acciones constitucionales que pueden ejercerse sin perjuicio de otras acciones en base a la aplicación directa de la Constitución, por ejemplo, el recurso de la protección.

En todos estos casos no existiría una vinculación entre una reclamación ante la administración y ante los tribunales, porque en cualquier momento sin reclamación previa, sería posible interponer un recurso de protección al existir una vulneración, una afectación de ciertas garantías constitucionales y. así mismo, el contenido en los supuestos en que fuera exigible sería verdaderamente reducido, es decir, existiría una prohibición de establecer interpretaciones formalistas y sacramentales sobre cómo debe iniciarse la reclamación, para luego vincular ese inicio con una reclamación ante los



tribunales de justicia y se permitiría, por lo menos, que el demandante pudiera luego, añadir razones, sin perjuicio que no modifique la petición ni tampoco el acto administrativo impugnado. Y es una interpretación que encuentra asidero, tiene fundamento en la interpretación que ha sido sostenida de manera reiterada, por el Tribunal Constitucional chileno, que afirma que el recurso de protección es procedente. Sin perjuicio de la creación de otras acciones, como en este caso, que impongan una reclamación ante la administración previa y, asimismo, porque el Tribunal Constitucional, en sentencias como la sentencia número 437 del año 2005, ha considerado que la tutela judicial efectiva tiene que ser objeto de una interpretación extensiva y no restrictiva con la finalidad de favorecer, entre otras garantías, el acceso a la justicia.



## ESTRATEGIAS APLICADAS EN LA LITIGACIÓN ORAL.

MSc. Eduardo Carrera<sup>1</sup>


La teoría del caso es la primera oportunidad en la que el litigante tiene contacto con el juez, y por lo tanto, es el momento propicio para empezar a persuadirlo. La información que se transmite al juez en tal sentido debe de ser de calidad y que mejor forma de hacerlo que a través de una teoría del caso técnicamente elaborada con sus proposiciones fácticas bien definidas con las cuales la historia que planteamos en juicio goce de credibilidad.

La teoría del caso siempre se subsumirá a una hipótesis prevista por la ley como, en tanto que la defensa tiene una gama de opciones a las que puede recurrir, pero en ambos casos debe hacérselo reuniendo las condiciones técnicas para estructurarla, como son los elementos fáctico, probatorio y jurídico, para iniciar su primera exposición en ventaja sobre quien desconoce de estos recursos.

Por su parte, Moreno (2012) asevera que es “la idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos que se presentarán como fundamento de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica”; (p. 28)

---

<sup>1</sup> Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador por la Universidad Metropolitana del Ecuador; Magíster en Derecho Procesal y Litigación Oral por la Universidad Internacional SEK; Magíster en Derecho Médico por la Universidad Católica de Cuenca; Magíster en Derecho, Mención Derecho Procesal Penal en la Universidad Estatal de Milagro; Egresado de la maestría en Docencia, Mención Docencia Universitaria en la Universidad Internacional Iberoamericana - Sede Mexico; Cursando el programa de Doctorado en Derecho en la Universidad de Magno-México; Capacitador Certificado a nivel nacional, Conferencista Profesional Internacional acreditado por la Organización Internacional de Conferencistas; Autor de Varios Artículos entre los que se destaca: “El principio de reparación integral del daño y su problemática en la responsabilidad médica”; “La historia clínica y la responsabilidad civil en el Ecuador”; “La actuación probatoria en la responsabilidad penal por la Mala Praxis Médica en Ecuador”; Ex docente de la Universidad de las Fuerzas Armadas ESPE ; Capacitador e instructor a diferentes empresas públicas como privadas por parte del Centro de Educación Continua de la Escuela Politécnica Nacional y Docente de la Universidad de Otavalo.



corroborando así que la teoría del caso es el eje de la postura que debemos acoger cuando nos presentamos en el juicio. El mismo autor, además, refiere que:

La teoría del caso es el conjunto de actividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirán determinar la versión de los hechos que sostendrá ante el tribunal y la manera más eficiente y eficaz de presentar persuasivamente, las argumentaciones y evidencias que la acrediten en un juicio oral. (p. 29)

Es decir, la teoría del caso exige que el litigante plantee todas las estrategias que le servirán para intervenir en el juicio y que marcarán su desempeño durante todo el desarrollo del mismo.

#### Características de la Teoría del Caso


Al momento de plantear la teoría del caso se debe tener en cuenta sus características, que según Neyra (2010), son las siguientes: sencilla, lógica, creíble, única, omnicomprendiva, sustentada en el principio de legalidad y consistente. (pp. 734-735) Se pasa a explicar cada una de estas características:

Sencilla.- No debe ser presentada con un lenguaje técnico, jurídico, ni doctrinario, sino sencillo, natural, esto es, entendible tanto para el juzgador como para el público, pues el objetivo principal es que el mensaje llegue correctamente y no en forma confusa, evitándose ratiocinios profundos y avanzados.

Lógica.- Lo que significa que cada proposición estructurante de la teoría del caso, debe guardar coherencia con cada uno de los medios probatorios con los que se la va a respaldar y a su vez en armonía con los aspectos jurídicos que se van a aplicar. Es decir, debe existir una armonía entre las proposiciones, la prueba y lo legal.

Creíble.- Debe ser presentada como un acontecimiento o suceso de la vida real. Para ello hay que saber persuadir al juzgador al momento de transmitir las ideas, lo que se logra teniendo seguridad al hablar, el convencimiento de estar en lo cierto, dinamismo, orden, confianza y una adecuada utilización de la palabra.

Única.- Una teoría del caso no gozará de credibilidad si va variando en el desarrollo del juicio. La propuesta de teorías del caso alternativas no hace otra cosa que evidenciar la



falta de preparación del litigante y el inevitable fracaso de su intervención en el juicio, en razón de lo cual se debe circunscribir a un relato único.

Omnicomprendiva.- Al momento de exponerse la teoría del caso, debe contener todos los hechos que la conforman, es decir, debe enfocársela en forma general pero bien organizada, de tal manera que el litigante transmita con absoluta comprensión toda la historia.

Consistente.- La teoría del caso debe encontrarse totalmente fortalecida con las pruebas pertinentes que sustentarán cada uno de sus enunciados, lo que conllevará a que la contraparte no lesione su coherencia.

Utilidad de la Teoría del Caso

Los expertos en litigación, coinciden en manifestar que las siguientes son las utilidades que nos ofrece una correcta teoría del caso:


Permite diseñar un buen alegato de apertura.- La teoría del caso es la base del alegato de apertura. Una teoría del caso bien diseñada permite una buena selección del tema; explotar el lado humano; narrar correctamente los hechos; atacar eficazmente el argumento de la contraparte; y, ofrecer una vigorosa presentación de pruebas, todo cuanto a su vez se trasluce en una idónea estructuración del alegato de apertura.

Organiza la presentación de las pruebas.- Una teoría del caso bien estructurada permite al fiscal o al defensor seleccionar las pruebas testimoniales, materiales y documentales pertinentes que la sustenten, acorde a la litis materia del enjuiciamiento.

Orienta el examen y el contraexamen.- Una buena teoría del caso brinda la facilidad de analizar y descubrir las debilidades tanto de los testigos propios como de los de la otra parte.

Detecta las estrategias de la parte contraria.- La teoría del caso permite detectar las estrategias de la otra parte estableciendo si las mismas son más fuertes o débiles que las propias.

Permite diseñar el alegato de clausura.- Los litigantes más expertos recomiendan construir la teoría del caso y planificar la prueba a partir del alegato de clausura, también conocido como de cierre, tomando en consideración que este se propone como debate



en el juicio y por lo tanto en el mismo debe hacerse una explicación fáctica, jurídica, técnica, lógica, precisamente, de cómo se han probado los hechos propuestos.

#### Elementos o Componentes de la Teoría del Caso

Elementos fácticos.- Acorde a la definición dada por Moreno (2012), podemos advertir que:

Las proposiciones fácticas podemos conceptualizarlas como aquellas afirmaciones de hecho tomadas del relato elaborado por el litigante, que pueden ser reproducidas en juicio, ordinariamente a través del testimonio de un declarante y que dan cuenta de un elemento de la teoría jurídica. (p. 90)

De dicho criterio se puede establecer que las proposiciones fácticas surgen de la información proporcionada por parte de quienes han tenido algún tipo de contacto o de vinculación con el hecho.

Elemento jurídico.- Como se dijo antes, el principio de legalidad es uno de los que rige el ordenamiento jurídico penal, de tal manera que para que una conducta sea considerada como delito, debe estar previamente establecida en la ley.


En ese sentido Neyra (2010), indica que: “la identificación del componente jurídico es el punto de partida en la construcción de la teoría del caso” (p. 738); debido a lo cual una vez agotada la fase investigativa debe identificarse cuál es la tipificación que se utilizará en el caso específico.

Elemento probatorio.- La legislación procesal, regula tres tipos de pruebas: la testimonial, la pericial, la judicial, la documental, etc. a base de las cuales el litigante podrá acreditar que sus proposiciones fácticas estructurantes de su teoría del caso tienen una correlación jurídica.

De la misma forma, se puede acreditar una proposición fáctica con varios elementos probatorios. En ese sentido, con el mismo caso propuesto, se puede acreditar otra de sus proposiciones fácticas

#### Alegato de Apertura

Muchos profesionales del derecho pese a sus años de experiencia en el área piensan que teoría del caso y alegato de apertura son sinónimos. Esto es un error ya que en los juicios



siempre se propondrá teoría del caso pero no siempre se presentará alegato de apertura. La premisa se sustenta en que la teoría del caso es una herramienta de litigación que se maneja en forma autónoma o como parte estructural del alegato de apertura. No en todos los procesos penales conviene la presentación de una teoría del caso, puesto que dada la complejidad o naturaleza de los mismos los abogados litigantes pueden recurrir al alegato de apertura. Esta parte del módulo permitirá dejar definidas sus diferencias y conveniencia de recurrir al uno o al otro acorde al caso concreto.

El alegato de apertura, también conocido como alegato inicial, es precisamente la primera oportunidad que tienen las partes procesales para entregar al juzgador una información de calidad, por lo cual debe ser presentado en una forma bien estructurada, ya que, solo así, le facilitará un buen análisis con el que resolverá la controversia.


En ese orden, recomienda León (2005), “en el alegato de apertura se debe ser cauto, medido y metódico respecto de lo que se expone” (p. 180), en cualquier parte en la que se encuentre el litigante, pues dependiendo lo que se diga en esta parte inicial del juicio, se formará una especie de muro casi imposible de ser derribado por el contendor, o simplemente se mostrará totalmente vulnerable ante éste, permitiendo que reste credibilidad a su relato desde el inicio.

Concepciones básicas sobre el alegato de apertura.- Los litigantes exponen la teoría del caso al momento de presentar el alegato de apertura, pero no lo hacen como una versión de los hechos aislada, sino con otros aditamentos, como son un breve plan estratégico y una promesa de lo que van a presentar en el juicio. El mismo tratadista León (2005), conceptúa al alegato de apertura como:

La exposición discursiva y persuasiva de los hechos -elemento fáctico-, los fundamentos jurídicos que permiten soportar legal y doctrinariamente la tesis - elemento jurídico- y las pruebas que lo demuestran y que serán practicadas en el debate -elemento probatorio-. (p. 177)

#### Estructura del Alegato de Apertura

Acorde a las concepciones antes expuestas, se puede advertir que el alegato de apertura, contiene los mismos elementos de la teoría del caso:



Tema.- Con el propósito que la teoría impacte a los jueces, se hace necesario desde el inicio de la presentación del caso fijar un tema que guarde relación con la misma. El tema de la teoría del caso deberá destacar sus características particulares, con el propósito que el mensaje sea transmitido efectivamente al juzgador.

La teoría del caso en sí.- Debemos recordar, que el juzgador no conoce nada respecto de los hechos que recién se van a exponer, por lo cual la teoría del caso se constituye en el primer desafío en el juicio y en consecuencia dará las pautas para todo el desempeño.

Ofrecer la prueba que se propondrá para sustentar la teoría del caso.- Se trata de hacer una sencilla enunciación de las pruebas en relación solo a las que verdaderamente se van a presentar. Por ejemplo, “con el testimonio del médico legista Dr. Alberto Rosales George, la Fiscalía probará que la víctima falleció como consecuencia de una herida con arma punzocortante que le comprometió el corazón”.

Breve enunciación de los fundamentos jurídicos.- Sin entrar a realizar argumentaciones jurídicas, las partes deben hacer una enunciación de las normas adjetivas o sustantivas que fundamentan su teoría del caso.

Conclusiones.- Sobre la parte final del alegato de apertura, Blanco, citado por Neyra (2010), señala:


Para el final de la presentación del alegato de apertura, además de las conclusiones y peticiones, se debe terminar refiriéndose nuevamente al lema del caso, además se puede colocar una idea nueva vinculada a una máxima de la experiencia a la que se puede asociar el caso o mencionar algún aspecto particular sobre la víctima o el acusado, según el caso, que predisponga favorablemente al juzgador. (p. 815)

Recomendaciones estratégicas para el alegato de apertura

Se recomienda que el alegato de apertura que contenga todos los elementos estructurales antes explicados, no exceda de unos diez minutos, dentro de los cuales el mismo Neyra recomienda utilizar los siguientes aspectos estratégicos:

Solo se debe prometer, lo que se cumplirá.

Ayuda audiovisual, recurriendo a la tecnología especialmente en los casos complicados.



Anticipar las propias debilidades explicándolas de manera coherente, como, por ejemplo, cuando un testigo tiene antecedentes, presentándolo como tal, para que la otra parte no aproveche la situación y cuestione la alegación inicial.

Claridad, para lo cual debe utilizarse un lenguaje comprensible y sencillo, sin muchos tecnicismos.

Iniciar el alegato refiriéndose al lema -o tema- del caso.

Conectar las primeras ideas con el nombre de la víctima o del acusado.

Mostrar una persona u objeto que genere impresión en el tribunal, como la foto de la víctima o el arma con la que se le quitó la vida.

Utilizar alguna referencia o un tema metajurídico.

Tener cuidado con los detalles.

Terminar refiriéndose nuevamente al lema del caso.


Finalmente, se debe tener bien en claro, que Neyra también indica que el alegato de apertura no es un ejercicio de retórica u oratoria; no es un alegato político ni menos emocional; no es un ejercicio argumentativo; y, no es una instancia para dar opiniones personales.

#### Interrogatorio

También conocido como examen directo, el interrogatorio es considerado por Lavarde (2011), como “la acción-derecho que tienen tanto fiscales como la defensa, de dirigir o formular preguntas a sus testigos o peritos relacionados con los hechos objeto de valoración jurídica por el juez”. (p. 261) Noguera (2011), en cambio conceptúa al interrogatorio en los siguientes términos:

Es el arte o la habilidad que debe tener el investigador al elaborar las preguntas orales o escritas de manera ordenada y lógica al imputado, víctima o testigos con el objeto de obtener información útil que permita el esclarecimiento del presunto hecho delictivo, siguiendo la metodología de la investigación científica del delito. (p. 29)

Se debe recordar que el interrogatorio se aplica dentro del juicio tanto en el sistema inquisitivo, donde las preguntas pueden hacerse por escrito, como en el acusatorio, donde por su naturaleza las preguntas son estrictamente orales.



Ergo, en la justicia penal ecuatoriana el interrogatorio es puramente oral, por lo cual el litigante se convierte en un verdadero artista en ese campo, a efecto de obtener del interrogado, sea éste víctima, testigo, acusado o perito, la información necesaria para demostrar su teoría del caso. Concuerdando con ese tópico Cabanellas (2006), al referir que: “en las causas criminales, si el procedimiento es oral, las preguntas se formulan, tanto al procesado y a los testigos como a los peritos, verbalmente.” (p. 528)

En ese contexto, así como el alegato de apertura es el primer contacto que el litigante tiene con el juez; el interrogatorio es el primer contacto que tiene con su testigo tendiente a probar precisamente lo ofrecido en esa intervención inicial.

#### Objetivos del Interrogatorio o Examen Directo


Acreditar la credibilidad del testigo.- El juez no conoce al testigo, no sabe quién es, a qué se dedica, cuál es la información que va a proporcionar en el caso, por lo tanto, es el litigante quien debe presentarlo a través de las llamadas preguntas de acreditación o legitimación, a fin de convencer al juzgador que es una persona digna de crédito y en consecuencia que es creíble todo cuanto diga a través de su testimonio.

Acreditar las proposiciones fácticas de la teoría del caso.- La importancia de un testigo radica en lo que conoce sobre la teoría del caso. El testigo es el más idóneo para justificar todas las proposiciones que conforman la teoría del caso, o parte de la misma, según conozca total o parcialmente los hechos que sucedieron en un momento y lugar determinado, constitutivos de un hecho delictivo.

Un testigo no está familiarizado con testimoniar ante los jueces y pese a obtener una valiosa información para un buen relato, esta puede no fluir en el estrado por la falta de un buen interrogatorio.

Introducir al juicio la prueba material y documental.- Los objetos y documentos por sí mismos no son idóneos en cuanto a la valoración probatoria que el juez les pueda dar.

Obtener información relevante para el análisis de otra prueba.- El abogado debe tener en mente no solo la información que pueda obtener del testigo para acreditar una determinada proposición fáctica, sino la relación que el relato de éste pueda tener con otras pruebas, con el propósito de que las mismas sean fortalecidas.



## Clases de Preguntas en el Examen Directo

Preguntas abiertas.- Neyra (2010), al respecto indica:

Es el instrumento más importante con que se cuenta en el examen directo, invitan al testigo a formular su respuesta de manera directa, general. Este tipo de preguntas permite evaluar el conocimiento de los hechos por parte del testigo. Cuando a un testigo se le formula una pregunta abierta, él es la “estrella”. (p. 840)

Como se aprecia, con este instrumento, se deja al testigo responder libremente sobre un hecho determinado, es decir, con sus propias palabras, transmitiendo al juez la información en forma generalizada. Esta clase de preguntas dan la oportunidad de elevar el nivel de credibilidad del declarante porque normalmente la información que proporciona es espontánea, especialmente cuando son testigos que tienen facilidad de palabra.

Preguntas cerradas.- Se debe recordar que el testigo no se encuentra familiarizado con declarar ante una Corte de Justicia, ni ante el público, produciéndole esa situación nerviosismo, tensión o inseguridad.


Preguntas de transición u orientación.- Hay ocasiones que un testigo puede dar información sobre diversos tópicos. En ese caso el litigante debe dominar al testigo conduciéndolo de un tema a otro de su declaración, haciendo cierto tipo de pautas para orientar su testimonio y que este no pierda coherencia en lo que a su estructuración se refiere.

### Estructura del Examen Directo

En medio de esa gama de preguntas y respuestas que se produce en el trayecto del interrogatorio, el litigante deberá:

Acreditar a su testigo, cuya intensidad dependerá de lo que tenga que decir, preguntándole sobre su profesión, lugar de trabajo, etc.

Vincular al testigo con los hechos, a efecto de que el juez tenga totalmente en claro la razón por la cual se lo ha citado al tribunal y cuál es el tipo de información que deberá proporcionar.



Como uno de los aspectos principales, lograr que el testigo provea toda la información necesaria para acreditar la teoría del caso, tomando en cuenta que su confiabilidad va a depender de la forma como narre los hechos.

Para ir de una pregunta a otra, hay que estar atento a las respuestas que dé el testigo y no estar concentrado solamente en las próximas preguntas que se vayan a formular.

Para el cierre del examen directo, se pueden tomar las recomendaciones de Blanco, citado por Neyra: (2010)

Esta es la oportunidad de acuerdo a las técnicas de litigación oral para reforzar los puntos centrales que el testigo ha expuesto con respecto a nuestra teoría del caso, es decir, se debe terminar con un conjunto de preguntas cuyas respuestas sean relevantes para el caso, lo que permitirá dejar una buena impresión al juzgador y dejar al testigo confiado para enfrentar el contraexamen. (p. 843)

Preparación del testigo y Reglas para un buen Interrogatorio

Preparación del testigo.- Quiñonez (2003) enseña que para preparar al testigo que se va a presentar en el juicio, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

Cuestionar la versión del testigo.

Asegurarse que el testigo diga la verdad.

Familiarizar al testigo con el sistema procesal penal.

Hacer consiente al testigo de su rol en el proceso.

Escuchar el relato del testigo y seleccionar las partes pertinentes.


Explicar al testigo las reglas y propósitos del interrogatorio directo.

Definir el vocabulario a utilizar.

Indicarle al testigo la forma de testificar en la audiencia pública.

Practicar con el testigo las preguntas y las respuestas del interrogatorio directo. (p. 164)

Reglas para un buen interrogatorio. - Bailey, citado por Araujo (2010), indica que “el control, la velocidad, la memoria, la sintaxis, la lógica, la oportunidad y la actitud” (p. 147) constituyen las principales reglas que debe emplear el litigante al momento de plantear el interrogatorio:



El control.- El interrogador es quien debe tomar control sobre el testigo. Para lograr ese objetivo es necesario que el interrogador conozca de antemano la respuesta que dará el testigo, lo que solo podrá hacer si domina el caso en su conjunto.

La velocidad.- El ritmo que se imponga al interrogatorio debe ser implacable, para impedir que el declarante tenga tiempo de confeccionar sus respuestas. La velocidad del interrogatorio incide en que el testigo proporcione respuestas rápidas y sobre todo espontáneas, haciendo totalmente creíble su relato e incidiendo favorablemente en la convicción del juzgador.


La memoria.- En función del dominio que tenga sobre el caso, el litigante debe tener en su memoria toda la información en torno a los antecedentes procesales y las pruebas o exposiciones que se están desarrollando en el momento del juicio; como las versiones rendidas en de la fase investigativa, los testimonios anticipados, testimonios de otros testigos, evidencias, documentos, etc., ya que eso le permitirá imponer la velocidad en las preguntas que deba formular al testigo.

La sintaxis.- Las preguntas bien estructuradas generan un conjunto de respuestas que entrelazadas unas con otras producen una narración clara, sencilla y cronológica sobre un determinado hecho, logrando la comprensión del juzgador.

La lógica.- Las preguntas incoherentes generan respuestas no satisfactorias. Deben entonces evitarse las preguntas ilegales, yuxtapuestas y contradictorias para que el relato del testigo no afecte la comprensión del juzgador, y así evitar además que la contraparte las objete.

La oportunidad. - Para dejar fijo en la mente del juez que lo que se quiere es conducir al testigo hacia la verdad para que sentencie con justicia y no a tratar de engañarlo con una falsa percepción de lo ocurrido en torno a nuestra teoría del caso.

La actitud.- La actitud que tome el interrogador dependerá del perfil de cada testigo, es decir de las particularidades de cada uno de éstos dependerá el ímpetu, la dinámica o el ritmo que se le imponga al interrogatorio, cuyo tratamiento variará, por ejemplo, según se trate de un menor de edad, de un anciano o de la víctima.



Como sugerencia, como abogado litigante, se debe de tener un control visual ante el juzgador. No quitar la mirada de nuestra exposición, de nuestra intervención, de nuestra última manifestación del caso, tener una voz apropiada al momento de dirigirnos en el alegato final. Utilizar un lenguaje corporal utilizando no únicamente nuestra voz, no únicamente nuestro conocimiento, sino que también debemos utilizar nuestro cuerpo para manifestar nuestro alegato de clausura, con eso el tribunal tendrá su mirada hacia nosotros.

Un lenguaje claro y sencillo, no confuso, o manifestar de una manera improvisada o manifestar normas de las cuales se desconoce su significado. El alegato de clausura debe hablarse, no leerlo al encontrarnos dentro de un sistema oral. Manifestar nuestro alegato final sin confrontaciones personales. Nuestro alegato de clausura tiene que ser creíble, tiene que llegar al convencimiento del juez a fin de dictar un fallo favorable.



## EL DERECHO PENAL COMO MECANISMO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA EL CONTROL DELICTIVO


MSc. María Soledad Sotomayor Celis<sup>1</sup>

Hemos venido desarrollando un sin número de investigaciones, que se han centrado básicamente en poder determinar la finalidad del mecanismo o más bien del Derecho penal aplicado ya para el control delictivo dentro de la sociedad. Y es por eso el tema de la ponencia, no el derecho penal como mecanismo de los medios de comunicación para el control delictivo. Por qué el nombre, que se ha centrado básicamente en el estudio de casos, asimismo, de análisis que se han realizado en diversas noticias en medios de comunicación que se han presentado internamente, hablamos en provincia y también a nivel país, hemos determinado el siguiente objetivo que es establecer el alcance de la prensa amarillista frente a la administración de Justicia con la difusión y divulgación de noticias penales.

Nosotros debemos recordar que los medios de comunicación, si bien es cierto, tienen a su cargo publicar una noticia, tras de esto tienen ellos todo el trabajo que consiste en una selección, en una transformación de la noticia. Entonces es importante ver el trabajo previo que ellos realizan antes de nosotros como consumidores de estas noticias, poder presentarnos cuál es la problemática actual y cuál es lo que nos atañe a nosotros, no solo como abogados, sino como una sociedad que los medios de comunicación sí están

---

<sup>1</sup> Abogada de los Tribunales de Justicia por la Universidad Técnica Particular de Loja. Magister en Criminalística y Derecho por la Universidad Internacional del Ecuador y la Universidad de Nebrija España. Docente del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular de Loja. Se ha desempeñado dentro de sus cargos en la Fiscalía provincial de Loja, Procuraduría síndica del Gobierno autónomo descentralizado del cantón de Loja. Unidad penal del Consejo de la judicatura de la Provincia de Loja.




influyendo en el aparataje judicial ecuatoriano, precisamente a la administración de Justicia, independientemente de su certeza o imparcialidad. ¿Ahora, cuál es el problema? Nosotros debemos recordar que tenemos una Constitución sumamente garantista, que nos habla del principio, por ejemplo, de presunción de inocencia, que nos inviste a todos los ciudadanos, a todos los ecuatorianos, que nos habla acerca de la importancia de conservar nuestro principio de presunción de inocencia hasta que a través de una sentencia Ejecutoriada el mismo se desvanezca.

Ahora bien, el trabajo nos ha permitido a nosotros exponer un análisis no solo frente al marco jurídico, que si bien es cierto, los medios de comunicación son un aliado perfecto para aportar o construir o ejercer el derecho a la libertad de expresión, sino también a la demostración de hechos reales que nos exponen a nosotros como el ámbito informativo y a su vez, la prensa amarillista ha logrado su cenit, es decir, su crecimiento en base a la difusión de noticias con alto contenido delictivo, contenido de ámbito netamente penal, creando un espacio fuertemente para el género criminal, violentando incluso el principio del que yo les hablaba en un inicio, que es el de presunción de inocencia y el de independencia, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, al hablar nosotros del principio o la independencia de la potestad jurisdiccional, estamos hablando de la claridad que deben tener los jueces dentro del caso que ellos están resolviendo hasta el momento en el que ellos puedan analizar una a una las pruebas que llegan a sus manos, ustedes saben que todo esto es una etapa, no tenemos una audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio previo a ir a la audiencia de juicio, donde estudiamos cuáles son las pruebas que se van a presentar.

Previo a ello presentamos pruebas documentales, testimoniales y periciales. Sólo en base a eso, solo en base a criterios científicos, criterios que están ya establecidos, que tenemos peritos, incluso para que nos puedan practicar, nos puedan explicar de mejor manera estas pruebas. Es que ellos pueden deliberar más adelante, incluso la sana crítica, ustedes sabrán, ya no está considerada para la resolución dentro de los casos.

Ahora bien, sobre el derecho penal la sociedad es un medio en el que se desarrollan las personas todos nosotros, no por ello es la necesidad de que surja una normativa. Ya no




estamos en el tiempo en el que se establecía el denominado ojo por ojo, diente por diente, y las personas estaban acostumbradas a administrar justicia por mano propia. Ahora el monopolio de la de la administración de Justicia como tal lo tiene el Estado y es correcta esta apreciación, es correcto que se establezcan ciertas reglas para poder mantener precisamente el orden social

El derecho penal efectivamente pertenece dentro o está dentro de las ramas que rigen derecho público. Es el encargado de la regulación que existe entre el delito, el delincuente y los efectos del delito. ¿Pero cuál es la finalidad precautelar y preservar el orden social? ¿Estamos hasta allí, no? Ahora. ¿Cuál es el problema? El mal uso que se está dando al Derecho penal.

La ley establece que el Derecho penal debe ser catalogado o usado como última instancia. ¿Recordarán ustedes el principio de última ratio? No obstante, se ha visto expuesto a un sinnúmero de espectáculos mediáticos, no sólo por parte de la función legislativa, que opta lamentablemente por agravar las penas, por agravar las sanciones sino incluso por la promulgación por la tipificación de nuevos tipos penales, lo cual no podemos discutir es correcto.

Pero sin lugar a duda merece otro tipo de análisis, prueba de ello es lo que establece la promulgación del Código orgánico Integral Penal cuando se tipificó el feminicidio y el sicariato, que si bien trae tras de sí un análisis y un fuerte estudio, un fuerte debate también se debe a la fuerte conmoción social, a la presión mediática que existe tras de ello.

Esto da luz también al crecimiento o más que nada llamar nuevamente al Derecho penal del enemigo esta es una de las teorías que mantiene el Jakobs, que él sugería, o más bien catalogaba, que el enemigo, la persona que delinque, que comete algún tipo de delito, no debe ser considerado como ciudadano ¿No? Y esto es más o menos a lo que estamos dando luz nosotros, el momento en el que los medios de comunicación se apoderan de todas las noticias y tratan a nosotros de ciudadanos de vendernos la idea de un delincuente. Lamentablemente nosotros ya consumimos las noticias tergiversadas.




Ahora, en razón del tiempo, no puedo lamentablemente exponerles a ustedes uno a uno cuáles son los hechos que evidencian que efectivamente los jueces sí padecen, sí sufren de cierta presión social, de cierta presión mediática como les digo, debido a los grupos, no solo de los grupos que generan protestas sociales, sino al fuerte contenido que ocupan en los periódicos, en las distintas redes sociales y demás, sobre todos los casos que ocupan o que llaman mucho más la atención.

Hemos situado la importancia de los medios de comunicación en el desarrollo y crecimiento de una sociedad, porque no podemos desconocer el aporte que el mismo significa para nosotros, no solo dentro del mundo del Derecho, no solo dentro del mundo de las autoridades del Presidente de la República, de quien lucha contra delincuencia, sino de una sociedad como tal. Ustedes saben que los medios de comunicación han sido un aliado estratégico incluso para poder terminar con el paradero de una persona que está desaparecida y demás. Ha permitido que las personas desarrollen con amplitud su derecho a la libertad de expresión, el cual está establecido en el artículo 384 de la Constitución de la República Ecuatoriana, asimismo, nosotros nos encontramos adscritos a la Declaración de Derechos Humanos.

El problema radica en que se construyen estereotipos criminales que impactan y alcanzan control en sociedad los ciudadanos no nos damos cuenta de cuál es el alcance que tienen los medios de comunicación a través de la creación de imágenes a través de videos de indicativos, discursos y repetición sistemática de noticias violentas, que lamentablemente es lo que más consumimos personas, es lo que más nos llama la atención. De hecho, haciendo un análisis sistemático comparativo de cuáles son los números de las noticias que más se consumen, podemos evidenciar que las noticias de contenido penal, las noticias que tienen de por medio un delito comunicar un delito tienen muchos más alcances, muchas mayores listas.

Sin embargo, no es el único problema que atañe a la sociedad. No tenemos problemas que no están relacionados necesariamente con el Derecho penal, como la desnutrición infantil, como problemas de salud, problemas en la falta de educación, problemas de desempleo y demás que no son mostrados como tal o con los índices o con los números




que realmente están abarcando o acaparando. En nuestro país existen medios de comunicación que han desviado su objetivo principal, están recurriendo un lenguaje perceptivo, lamentablemente, cuando yo les hablo de lenguaje perceptivo, es el lenguaje de tratar de comunicar a las personas únicamente este tipo de contenido que ellos buscan, que es el de el que tiene contenido criminal, se está dando paso únicamente a la construcción de una criminología mediática. Este término, sin lugar a duda, merece otro tipo de estudio que, desde la Universidad, también desde el Observatorio de criminología, se lo está realizando porque la criminología mediática también son fuertes usos de discursos represivos y repetición continúa con alto contenido violento, lo cual puede caer incluso en una vulneración de Derechos Humanos.

Recordemos que, si nosotros estamos difundiendo imágenes, videos con contenidos sobre personas, estamos usando sus fotos. También estamos no solo violentando su imagen, su derecho a la intimidad, su derecho a la presunción de inocencia, sino que también la parte más importante que para nosotros es esto. Se está dando una sentencia anticipada indirectamente se lo está haciendo.

Yo aquí les he determinado alguna de las citas que han puesto algunos autores que son interesantes sobre temas que realmente Soto Navarro que nos habla que efectivamente esto fue en el año 2003 que los medios de comunicación se están centrando únicamente en lo que les mencionaba delitos contra la vida, contenidos sangrientos delitos que van contra la integridad física, sexual, violencia de género y se está relegando delitos que afectan a nuestro medio. No se está dejando muchísimo el rol constitucional y social que deben cumplir los medios de comunicación. ¿Cuál es el rol constitucional que deben cumplir los medios de comunicación? Un rol o un trabajo de selección de exclusión de jerarquización y transformación de las noticias que debe ser transmitido como noticia.

¿Cuál es el problema principal? Los medios de comunicación sí son realmente la causa o son el efecto de las sentencias que se han emitido. Y aquí es importante también evidenciar esto, no cuando hablamos sobre el rol constitucional de los medios de comunicación y garantiza que existe en la Constitución.



Hablamos de una sociedad que busca mantener una democracia saludable y que requiere necesariamente de personas que posean opinión de pública, pero para nosotros poder poseer opinión pública merecemos mantenernos bien informados, en lo cual, sin lugar a duda, los medios de comunicación juegan un rol sumamente importante y el interés que ellos poseen se ha visto totalmente desvirtuado en los últimos años, generando un espacio enormemente únicamente para el fenómeno criminal.

Se opta únicamente por el endurecimiento de penas, por la imagen que ellos venden del fenómeno criminal se opta, la sociedad crea equívocamente que la solución es el endurecimiento de penas. ¿Cuál es el resultado del endurecimiento de penas, que es la medida más común por parte del Estado? La realidad que nosotros como país estamos viendo que son condiciones de hacinamiento, un sistema de rehabilitación social completamente fallido. Tenemos los resultados evidenciados allí palpables, sobre todo en las crisis carcelarias que han estado allí los últimos años.

La información emitida por los medios de comunicación sí presenta facturas, alteraciones y permite que la audiencia, lamentablemente, establezca estereotipos sociales tildándonos de empresarios Morales. ¿Repito, cuál es el problema de esto? Que no solo vulneramos el derecho a la presunción de inocencia, sino que también acarreamos y vulneramos derechos humanos estamos atentando contra la integridad de personas que también merecen un juicio, entonces aquí hacemos llamado nosotros desde acá, desde el Observatorio que hemos realizado durante toda esta investigación, esa es la importancia de poder calar en los estudiantes, en todos nuestros estudiantes. ¿Cuál es la razón de ser del Derecho penal? Que, si bien tenemos una finalidad que establece el Código Penal, que, si bien hablamos de principios de última ratio, esto se debe aplicar, no podemos ver al Derecho penal únicamente como la solución para todo.



## HACIA UNA GESTIÓN PÚBLICA, ÉTICA Y TRANSPARENTE: NUDGING COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO PARA PREVENIR LA CORRUPCIÓN EN ESPAÑA

PhD. Edilson Vitoreli<sup>1</sup>


En esta situación, la pregunta que surge es cómo abordar los desafíos que enfrentamos, afortunadamente, nuestra Constitución nos brinda la capacidad para intervenir y resolver estos problemas. Por otra parte, la fiscalía es una institución clave para llevar a cabo estas acciones, sin embargo, el verdadero dilema reside en cómo implementar estas soluciones de manera efectiva.

En Brasil, al igual que en muchos otros países de la región, contamos con un sistema público de salud que ofrece servicios gratuitos a la población. Sin embargo, la falta de una estructura adecuada impide que se atiendan a todos los que lo necesitan. Por ejemplo, en un estado específico de Brasil, se identificó que faltaban recursos para realizar 4000 cirugías ortopédicas, esto no se debe a eventos ocasionales, sino a la falta de capacidad para satisfacer la demanda constante de atención médica.

La solución tradicional sería iniciar un proceso judicial para obligar al estado a realizar estas cirugías, entonces, si no abordamos las causas subyacentes de esta escasez, el problema persistirá y se agravará con el tiempo. Es fundamental que el sistema judicial

---

<sup>1</sup> Profesor adjunto de Derecho Procesal Civil en los programas de licenciatura, maestría y doctorado de la Universidad Federal de Minas Gerais. Posdoctor en Derecho por la Universidad Federal de Bahia, con estudios en el Instituto Max Planck de Derecho Procesal (Luxemburgo). Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Paraná. Investigador visitante en la Stanford Law School. Investigador visitante en la Harvard Law School. Máster en Derecho por la Universidad Federal de Minas Gerais. Ganador del premio Mauro Cappelletti, concedido por la Asociación Internacional de Derecho Procesal al mejor libro sobre proceso del mundo. Juez Federal del Tribunal Regional Federal de la 6.ª Región. Durante quince años fue miembro del Ministerio Público Federal



intervenga de manera estratégica, utilizando sus habilidades de negociación y supervisión para encontrar una solución duradera.


Este enfoque se conoce como proceso estructural, que difiere del proceso civil tradicional al no limitarse al pasado o al futuro, sino que se enfoca en identificar y abordar las causas profundas del conflicto, lo que se pretende es desarrollar un plan integral y prospectivo para mejorar la situación a largo plazo, monitoreando su implementación y ajustándolo según sea necesario.

Aunque este enfoque presenta desafíos, especialmente en lo que respecta a los principios tradicionales del derecho procesal, es fundamental para resolver problemas complejos y mejorar las políticas públicas. El papel del Poder Judicial en este proceso es crucial, ya que puede fomentar un debate constructivo y generar soluciones consensuadas y graduales.

En esta situación, la pregunta fundamental es: ¿cómo abordar este problema de manera efectiva? Afortunadamente, nuestra Constitución nos proporciona el marco legal para hacerlo, y contamos con la fiscalía para llevar a cabo acciones en este sentido, el verdadero desafío radica en determinar cómo implementar estas soluciones de manera práctica y eficiente. Antes de adentrarnos en el caso brasileño, quiero ofrecerles un ejemplo que tal vez les resulte más familiar, el concepto de "Estado de cosas inconstitucional", que guarda similitudes con la situación que estamos analizando.

Imaginemos un escenario en el que, al igual que en muchos otros países de nuestra región, contamos con un sistema público de salud que ofrece servicios gratuitos a la población en general. La falta de una estructura adecuada impide que se atienda a todas las personas que lo necesitan. Por ejemplo, en un estado específico de Brasil, nos enfrentamos a una situación en la que faltan recursos para realizar 4000 cirugías ortopédicas, dejando a numerosos pacientes en espera.

La respuesta tradicional a este tipo de situaciones sería iniciar un proceso judicial para obligar al Estado a realizar las cirugías faltantes, si no abordamos las causas subyacentes de esta escasez, el problema persistirá y se agravará con el tiempo. Es esencial



comprender que estas cirugías no están en falta debido a eventos ocasionales, sino a una incapacidad estructural para satisfacer la demanda creciente de atención médica.

Es aquí donde surge la pregunta: ¿cómo puede el sistema judicial intervenir en estos litigios complejos de manera efectiva? La clave radica en la capacidad de negociación y supervisión de la fiscalía. Este enfoque se conoce como proceso estructural, que difiere del proceso civil tradicional al enfocarse en identificar y abordar las causas profundas del conflicto.

El proceso estructural implica realizar un diagnóstico de las causas estructurales del problema y desarrollar un plan integral para intervenir en la realidad de manera efectiva. Esto requiere una monitorización constante para ajustar el plan según sea necesario y garantizar que las intervenciones sean eficaces a largo plazo.

Aunque este enfoque presenta desafíos, especialmente en lo que respecta a los principios tradicionales del derecho procesal, es fundamental para resolver problemas complejos y mejorar las políticas públicas, además, plantea preguntas importantes sobre el papel del Poder Judicial en este tipo de conflictos, lo que nos lleva a reflexionar sobre el concepto de activismo judicial y otras cuestiones relacionadas.

Para ilustrar este punto, quiero compartir un caso relevante de Brasil, específicamente del estado de Minas Gerais, donde ejerzo como juez, este Estado, conocido por su industria minera, ha sido testigo de los dos mayores desastres ambientales en la historia de Brasil en los últimos años.

Estos incidentes han revelado deficiencias graves en la fiscalización de las estructuras de minería por parte de entidades federales desestructuradas y sin presupuesto.

A lo largo de los años, esta situación ha persistido sin que nadie tome medidas al respecto, ni el legislador ni el Ejecutivo. La pregunta que surge es: ¿cuántas personas más tendrán que morir antes de que tomemos medidas para abordar este problema y reforzar la entidad federal responsable de la fiscalización minera?

Este caso fue el primero en el que se aplicó explícitamente un enfoque estructural en el derecho brasileño, como fiscal federal, fui yo quien inició estas acciones, reconociendo



la necesidad de abordar las causas subyacentes del problema en lugar de simplemente tratar los síntomas.

Aunque este enfoque resultó en un acuerdo con el Gobierno federal, es importante reconocer que abordar estas cuestiones estructurales es complejo y está sujeto a desafíos, incluida la separación de poderes. Es fundamental encontrar soluciones que generen cambios significativos en la sociedad y en contextos de gravedad como estos, donde han muerto cientos de personas.

El proceso estructural se está convirtiendo en un medio efectivo de intervención judicial en políticas públicas en Brasil, en lugar de quedarnos de brazos cruzados o dictar medidas específicas, el Poder Judicial está adoptando un enfoque más amplio y prospectivo, desarrollando planes graduales para abordar los problemas de manera más efectiva y consensuada.

Esto refleja un cambio hacia una participación más activa del Poder Judicial en la resolución de problemas sociales complejo



## **FALTA DE CONCILIACIÓN DE NORMAS PROCESALES Y TRIBUTARIAS: EL CASO DE LAS EXCEPCIONES A LA COACTIVA – EL DILEMA DE LA RECEPCIÓN DE LA DEMANDA**


MSc. Yael Fierro Guillén<sup>1</sup>

Las excepciones a la coactiva tienen asidero en el marco constitucional del estado democrático de derechos, por tanto, el derecho a la defensa constituye un pilar fundamental que garantiza el efectivo acceso a la justicia. Según la legislación ecuatoriana, el mecanismo preestablecido para impugnar la obligación coactivada se halla contenido en las excepciones a la coactiva supeditadas a las causas previstas en el artículo 316 del Código Tributario. Esto implica que la única vía para cuestionar la validez del auto de pago, del procedimiento de ejecución, o de fondo, de la obligación coactivada, reside en la esfera de la jurisdicción contencioso-tributaria. Por ello, la denegación de justicia en esta instancia comprometería de manera sustancial el derecho a la defensa.

Por un lado, esto se debe a que no existe otro mecanismo legal que permita impugnar la coactiva de tal manera que suspenda su ejecución, dado que esta se deriva de actos de determinación que han adquirido firmeza, cuya naturaleza obligatoria implica su cumplimiento forzoso en materia pecuniaria. Por otro lado, estas circunstancias sitúan al contribuyente en la encrucijada de la única alternativa disponible para impugnar obligación coactivada.


---

<sup>1</sup> Yael Elizabeth Fierro Guillén, Quito, Ecuador, Solines & Asociados, Coordinadora del área de Derecho Tributario y Aduanero, Abogada, Contadora, Esp. Derecho de la Empresa, Esp. Derecho Tributario, Msc., en Derecho Corporativo y Msc., en Derecho con mención en Planificación Tributaria y Fiscalidad Intenacional, yfierro@solines.ec



En consecuencia, resulta de suma importancia garantizar la preservación íntegra del derecho a la defensa, a fin de evitar cualquier menoscabo que pudiera representar una grave e irremediable vulneración de dicho derecho. La Constitución de la República, en su artículo 76, numeral 7, literal a), consagra expresamente que toda persona tiene el derecho inalienable a la defensa, asegurando que este derecho no podrá ser privado en ninguna etapa o grado del procedimiento. Esta disposición constitucional resalta la trascendencia y protección que se otorga al derecho a la defensa como un pilar fundamental del sistema jurídico, cuya salvaguardia resulta esencial para garantizar la equidad y justicia en el desarrollo de los procesos legales.

Además, la Carta Fundamental señala que no se sacrificará la justicia por la mera omisión de formalidades, lo cual, es oportuno abordar en el análisis del presente artículo. Si bien es cierto, las excepciones a la coactiva desde su presentación requieren de solemnidades especiales que recoge el Código Tributario desde el año 1976. Aun así, es factible cuestionarnos si en un estado social de derechos se debe continuar aplicando los procedimientos caducos establecidos en esta norma, o, si en su defecto el Código Orgánico General de Procesos actúa como una norma previa, clara, pública y aplicada por las autoridades que ejercen la potestad jurisdiccional para aplicar los procedimientos ya establecidos con anterioridad en el Código Tributario y actualmente en su mayoría derogados. Esto no obsta a la aplicación del artículo 214 del Código Tributario, que en el desarrollo del presente trabajo se analiza si esta disposición se instituye como una norma potestativa para el contribuyente que se opone al procedimiento de ejecución coactivo. En síntesis, en este artículo se analiza la falta de conciliación entre el Código Tributario y el COGEP respecto de las formalidades o ritualidades previstas específicamente para la demanda de excepciones a la coactiva en materia tributaria que, en el desarrollo de este artículo se analizarán las peculiaridades que generan contradicción entre ambas normas. A su vez, se analizará la omisión normativa en la que ha incurrido el legislador al diseñar el capítulo especial de los procedimientos contencioso-tributarios referentes a las excepciones a la coactiva. Además, se propondrá alternativas que permitan a los operadores de justicia no obviar el derecho a la defensa y cuyos criterios permitan



generar una nueva visión en la hermenéutica jurídica para que no se prive a los contribuyentes que se convierten en accionantes al efectivo acceso a la justicia.

### **Contenido**

I. Nociones Generales; II. Repaso histórico de la ejecución coactiva en el Ecuador; III. Contradicciones normativas: El caso del Artículo 315 del COGEP y 214 del Código Tributario; IV. Conclusiones; V. Referencias Bibliográficas.

### **I. Nociones Generales**


La acción coactiva que recoge el Código Tributario tiene asidero jurídico en el principio de auto tutela administrativa. Aquello implica que la administración tributaria obsta de acudir a la vía judicial para ejecutar sus propios actos. La auto tutela administrativa es entendida como una prerrogativa con la que cuenta la Administración Pública para la consecución del bien común de los administrados, como consecuencia de la potestad pública. Juan Carlos Cassagne recoge la postura clásica concerniente a la situación exorbitante de la administración frente a los administrados y la justifica en el carácter residual del derecho privado y del surgimiento de las prerrogativas o privilegios concedidos a la administración como eje fundamental en el desarrollo de sus actividades.<sup>2</sup>

Ahora bien, la acción coactiva viene acompañada con el auto de pago, que *per se* tiene los mismos efectos de los cuales revisten los títulos ejecutivos, entendiéndose que por su naturaleza no son lo mismo que los títulos de ejecución expresados en el COGEP, aun cuando el auto de pago requiera imponer medidas cautelares, análogas a las proscritas en el COGEP. No obstante, como ya se ha anotado, es la misma administración tributaria que ejecuta la obligación coactivada, sin que requiera reconocimiento judicial para su validez.

A su vez, la fase de ejecución puede entenderse que tiene por efecto la misma consecuencia de las sentencias concebidas como un título de ejecución. Por ende, en esta fase se comprometen los derechos patrimoniales del contribuyente, sin embargo, así

---

<sup>2</sup> Pontificia Universidad Católica del Ecuador (2015), La extralimitación estatal de la auto tutela administrativa en materia tributaria, cit., pp. 27.



como las sentencias judiciales, previamente han de constituir una fase previa de la declaración de un derecho así reconocido para con la administración. Esto es, las liquidaciones de pago u otro acto de determinación que facultan a la administración de iniciar la acción coactiva supeditada al derecho subjetivo de ejecutar la obligación.

Ahora bien, ya constituido el derecho y en fase de ejecución, la única posibilidad que opta el contribuyente para impugnar el auto de pago, el procedimiento de ejecución, los títulos de crédito o los intereses al lugar en virtud del juicio coactivo son las excepciones a la coactiva previstas en el capítulo II respecto de los procedimientos contencioso-tributarios. Es así como la vía eficaz prevista para ajusticiar los derechos por los que se crea asistido el contribuyente para oponerse a la coactiva es la vía judicial.


## **II. Repaso histórico de la ejecución coactiva en el Ecuador**

La legislación ecuatoriana ha modificado en diversas ocasiones los distintos criterios que ha adoptado la ejecución coactiva que con el paso del tiempo se han dilucidado. No obstante, es importante subrayar que la coactiva actualmente se circunscribe en el ámbito de la actividad reglada reconocida en el artículo 226 de la Constitución y en el mismo Código Tributario en virtud de la auto tutela administrativa y, por otro lado a la potestad pública jurisdiccional<sup>3</sup> que revisten los jueces contencioso-tributarios reconocidos así desde la instauración del sistema de justicia tributaria adoptada el 25 de junio de 1963 con la entrada en vigor del registro oficial No. 490 que creó el Tribunal Fiscal.

Por un lado, la actividad reglada que se circunscribe al ámbito administrativo otorga a la administración la facultad de iniciar la acción coactiva acompañada de las medidas de ejecución. Y por otro, en el ámbito judicial únicamente se discute la legalidad del juicio coactivo, no obstante, el tribunal únicamente efectúa control de legalidad del auto de pago si este posee vicios que de procedimiento. De ahí que, la mayoría de los autores doctrinarios sostengan que la coactiva tributaria es un procedimiento supeditado al principio de auto tutela administrativa y por otro lado quiénes consideran que las

---

<sup>3</sup> Ibidem., cit., pp., 46.



atribuciones conferidas a los funcionarios ejecutores superan las propias del Poder Ejecutivo.

Así las cosas, es importante destacar las particularidades que ha presentado la coactiva en el ámbito administrativo y en el ámbito jurisdiccional. Por un lado, porque habría que distinguir al funcionario ejecutor del juez con competencia contenciosa tributaria. Por ello, es indispensable recabar en la trascendencia histórica que ha generado un hito en el ámbito tributario.

En la legislación ecuatoriana anteriormente se reconocía a los funcionarios ejecutores como “jueces especiales” desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica de la Función Judicial, antecesora del actual Código Orgánico de la Función Judicial. Así, el artículo 3 de la norma precitada señalaba cual es la distribución de los operadores de justicia - jueces- así:


Art. 3 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. - Los jueces son: de jurisdicción legal y de jurisdicción convencional; y, los primeros: jueces ordinarios y jueces especiales. Son jueces ordinarios Los ministros de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores, los jueces de lo penal y los de lo civil. Los tenientes políticos, además de sus funciones específicas, ejercerán jurisdicción de conformidad con esta Ley. **Son jueces especiales los de trabajo, de inquilinato, de tránsito, los que ejercen jurisdicción coactiva, los de policía y los demás establecidos por leyes especiales.**<sup>4</sup> (Énfasis añadido).

No obstante, aquello no implicaba que la jurisdicción coactiva extralimitaba las funciones de los jueces de jurisdicción legal, pues la misma norma señalaba que se rigen por su norma especial.<sup>5</sup> De ahí que los jueces coactivos antes reconocidos como tal se encontraban en la esfera de la actividad reglada. Ahora, si bien es cierto que en el caso ecuatoriano la propia normativa estableció la calidad de jueces especiales para el

---

<sup>4</sup> Decreto supremo 891, RO. 636 de 11 de septiembre de 1974.

<sup>5</sup> RO. 636 de 11 de septiembre de 1974, Ley Orgánica de la Función Judicial. Art. 208.- Cuando un sindicato en causa penal gozare de dos o más fueros, el juez o tribunal de mayor grado será el competente para juzgarlo.



ejercicio de la jurisdicción coactiva a los funcionarios ejecutores adoptó de una forma peculiar el enfoque judicial.<sup>6</sup>

Anteriormente, la potestad pública jurisdiccional se trasladaba al funcionario administrativo, no obstante, en la esfera de su materia especial en cuyo caso no sucedía con el juez ordinario, pues la competencia no salía del propio juez. Entonces, se advierte que el funcionario ejecutor desde esta perspectiva carecía de potestad jurisdiccional, más bien, sus facultades otorgadas por la ley siempre han sido regladas conforme el Código Tributario.

Desde este enfoque, los jueces coactivos conocían de las excepciones -con la recepción de la demanda- y se encontraban facultados para suspender la ejecución coactiva sin requerir la consignación que hoy en día es un requisito para ejercer el acceso a la justicia.<sup>7</sup> Aquella circunstancia, se encontraba prevista desde el antiguo Código Tributario expedido en 1975. Así, en materia adjetiva el Código Tributario dedicaba un capítulo completo al procedimiento contencioso tributario que partía desde el libro tercero que en la actualidad en su mayoría se encuentra derogado.


No obstante, desde el inicio el funcionario ejecutor limitaba sus funciones en receptar la demanda y remitirla al Tribunal Fiscal, y si la demanda hubiere sido presentada extra temporáneamente desechaba la demanda de plano. Aquello, dejaba en tela de duda si es posible que la Ley Orgánica de la Función Judicial reconozca a los funcionarios ejecutores como “jueces especiales”, pues resultaría que es un proceso parcializado en virtud de que al tratarse de un juez con potestad jurisdiccional se convierta en juzgador de su propia causa y si este efectivamente garantizaría la tutela judicial efectiva.

La controversia en cuestión encontró su resolución definitiva con la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial en el año 2009, el cual derogó la Ley Orgánica de la Función Judicial. Esta derogación significó un cambio fundamental, ya que el nuevo código no reconoce a los jueces especiales, otorgando únicamente plena potestad pública jurisdiccional a los jueces, quienes, en consecuencia, revisten de la potestad

---

<sup>6</sup> Ibidem, cit., pp., 47.

<sup>7</sup> Código Tributario, RO. 958 de 23 de diciembre de 1975.



pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Por otro lado, la autotutela administrativa permite al funcionario ejecutor -antes llamado juez coactivo- ejecutar los propios actos de la administración a través de una suerte de proceso ejecutivo, aplicado en el ámbito administrativo y se encuentra fundamentado en el artículo 226 de la Constitución de la República.<sup>8</sup>

Por añadidura, esta cuestión quedaría más dilucidada aún con la postura de la Corte Constitucional que en la sentencia No. 22-13-IN/20 señaló: “(...) *En primer lugar, es importante hacer mención a varias puntualizaciones que ha realizado la Corte respecto de la potestad coactiva; así, determinó que la potestad coactiva es una manifestación de la auto tutela administrativa de naturaleza ejecutiva y no declarativa*<sup>9</sup>; *no constituye una potestad jurisdiccional, pues se trata de la atribución que el ordenamiento jurídico otorga a ciertos servidores de la administración pública para cobrar créditos o deudas públicas a través de un procedimiento específico establecido en la ley; de esta forma, los servidores públicos que llevan a cabo tareas coactivas - independientemente de la denominación que la ley pueda dar a estos servidores- no implica que se trate de un funcionario dotado de la potestad de administrar justicia, sino que “(...) sus funciones son estrictamente de recaudación administrativa y se encuentran previstas en la normativa infra constitucional”; de hecho, el Código Orgánico Administrativo y el Código Tributario, que son cuerpos legales que regulan el procedimiento de ejecución coactiva, se refieren a estos servidores como “empleados recaudadores” o “funcionarios recaudadores”*.<sup>10</sup> (Énfasis añadido).


Entonces, si bien es cierto que en virtud la auto tutela administrativa, la administración tributaria ejecuta sus propios actos por un derecho ya reconocido por provenir de actos de determinación tributaria no debe entenderse que el juicio coactivo es un proceso declarativo, sino ejecutivo. Ahora bien, ya se ha anotado que el Código Tributario de

---

<sup>8</sup> Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

<sup>9</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 22-13-IN/20 de 09 de junio de 2020, párrafo 39.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia No. 60-11-CN/20 de 06 de febrero de 2020, párrafos 57, 59 y 62.



1975 señalaba que el único requisito para suspender la ejecución era presentar la demanda en el tiempo oportuno; sin embargo, esta perspectiva también cambió a través del tiempo, particularmente con la expedición de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador en el año 2007 y el Código Orgánico General de Procesos en el año 2015.

Con la entrada en vigor de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador<sup>11</sup> se reformó el artículo 233 del Código Tributario, actualmente derogado, que desde su incorporación exige el afianzamiento del 10% de la obligación. Por otro lado, con la entrada en vigor del Código Orgánico General de Procesos<sup>12</sup> se derogó en su gran parte las normas adjetivas contenidas en el Código Tributario y le traslado la potestad de suspender la ejecución coactiva a los jueces contencioso-tributarios, en cuyo caso, como ya se anotó, era indispensable la caución para efectos de admitir la demanda y sustanciar el proceso de excepciones a la coactiva.

Evidentemente, con estas nuevas reformas así incorporadas hubiesen contrariado el ordenamiento jurídico pues, se incurriría en una denegación al acceso a la justicia, toda vez que esta debe ser gratuita. En esa misma línea, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de dicho criterio arguyendo que implicaría un límite al acceso a la justicia y se hallaría en una situación desproporcionada para con el contribuyente y, en consecuencia, reformó el COGEP de tal forma que únicamente se requiera el 10% de la obligación exclusivamente para suspender la ejecución del procedimiento coactivo, más no para sustanciar la demanda de excepciones a la coactiva.<sup>13</sup> Es por ello, que actualmente únicamente se requiere del afianzamiento del 10% de la obligación para suspender la ejecución coactiva.

---

<sup>11</sup> Registro Oficial Suplemento 242 de 29-dic.-2007.

<sup>12</sup> Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may.-2015.

<sup>13</sup> Corte Constitucional, Sentencia No. 92-15-IN, de 13 de enero de 2021, cit., pp., 32.




### III. Contradicciones normativas: El caso del Artículo 315 del COGEP y 214 del Código Tributario

La principal controversia que se origina en la recepción de la demanda de excepciones a la coactiva es la autoridad ante quien debe presentarse. El Código Tributario es claro al señalar que las excepciones a la coactiva se presentan ante el ejecutor. No obstante, en el Código Orgánico General de Procesos no hay una norma expresa que señale lo propio, sin embargo, acudiendo a los métodos de interpretación contenidos en el Código Civil, se deduce que también es posible su presentación ante el tribunal. Esta controversia no es precisamente por la contradicción que pueda existir entre ambas normas, sino directamente en la hermenéutica jurídica aplicada por los jueces tributarios a la hora de receptor la demanda de excepciones a la coactiva. Si bien, puede entenderse que en su método exegético la norma adjetiva señala que es posible efectuarlo ante el tribunal, los juzgadores no contemplan este escenario y optan por aplicar el Código Tributario para inadmitir la demanda.

La inadmisión de la demanda de excepciones a la coactiva bajo las circunstancias explicadas en el párrafo precedente es el tema de debate medular. Cabe preguntarnos si el criterio de inadmisión es acertado o, si la envergadura de la recepción de la demanda tiene alcance hasta las disposiciones previstas en el COGEP. Entonces, si el debate se centra en la recepción de la demanda, ¿en qué circunstancias es aplicable el COGEP y el Código Tributario?

Por otro lado, el legislador ha establecido a la acción especial para tramitar las excepciones a la coactiva con excepción del numeral 10 del artículo 316 del Código Orgánico General de Procesos. Esta última se tramita por la vía ordinaria a través de la acción de impugnación. De ahí, también se genera una controversia que radica en la admisión de la demanda. La norma adjetiva no contempla la posibilidad de esclarecer el escenario en que el acto de proposición cuya pretensión sea declarar la nulidad del auto de pago y además alguna de las demás causales previstas en la norma precitada. En primera instancia, se inadmitirá la demanda en virtud de que se trata de una incompatibilidad de acciones; y, por otro lado, si el accionante se opone a la coactiva en



distintas acciones con distintos actos de proposición, se incurriría en litispendencia. Bajo las circunstancias precedentes, es necesario explicar si en efecto, se trata de una litispendencia.

Para dilucidar ambos cuestionamientos, en el presente artículo se ofrecerá presentar diversas alternativas que permitan tener una visión distinta en la hermenéutica jurídica de los jueces contencioso-tributarios. En primer lugar, es necesario explicar por qué se denomina contradicción normativa, conocida tradicionalmente como antinomia jurídica, que, nos compete analizar respecto del ámbito tributario y la norma adjetiva. Además, si esta contradicción implicara una derogatoria tácita del Artículo 214 del Código Tributario.

Los conflictos normativos surgidos de antinomias se exteriorizan dentro de un sistema normativo. Ahora bien, desde el punto de vista etimológico, la antinomia proviene del griego << Anti>> en contra << nómos>> leyes, ósea podemos colegir que antinomia es una “contradicción de normas o leyes”. Para Guastini (2004), las antinomias se presuponen como una contradicción, bien sea normativa, principialística o de reglas dentro de un mismo ordenamiento jurídico. Así las cosas, los operadores judiciales deben valerse de técnicas de interpretación que sean válidas dentro del ordenamiento jurídico para resolver dichas contradicciones.<sup>14</sup>

Al respecto, Kelsen (2005)<sup>15</sup>, expone que el conflicto normativo aparece cuando una norma determina una conducta como debida, y otra norma obliga a una conducta incompatible con la primera. Por su parte, el maestro Bobbio (1996)<sup>16</sup> la conceptualiza como aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento.


Parece ser más preciso el criterio del maestro Bobbio en su definición sobre la incompatibilidad. En esa línea, existiría una contradicción -antinomia- entre el Código

---

<sup>14</sup> D. Francisco Mora (2021). *Antinomias Constitucionales. Impacto en derecho a la Tutela Judicial Efectiva en el Estado Ecuatoriano*. Cit., pp., 323.

<sup>15</sup> Kelsen, H. (2005). *Teoría Pura del Derecho*. Porrúa Editorial

<sup>16</sup> Bobbio, N. (1997). *Teoría General del Derecho*. Bogotá Temis.



Tributario y el COGEP en cuanto a la recepción de la demanda. A *prima facie* la demanda de excepciones a la coactiva se presenta ante el ejecutor, tal como lo señala taxativamente el Código Tributario<sup>17</sup>, pero aquello no obsta a que se acuda directamente al órgano jurisdiccional omitiendo esta ritualidad cuya función tenía cierta eficacia en su creación pero que actualmente es una formalidad caduca, desde la perspectiva de ponderación de derechos. Lo anterior tiene asidero en el Código Orgánico General de Procesos, que señala que el juzgador calificará la demanda, citará al funcionario ejecutor a fin de que suspenda el procedimiento de ejecución y convocará en dicha calificación a audiencia.<sup>18</sup> Entonces, cabe cuestionar la finalidad de citar al funcionario ejecutor si la autoridad encargada de recibir la demanda, además, que la interpretación de la norma adjetiva en su sentido exegético deduce que el juez recepta la demanda.

No es descabellado pensar que el Artículo 315 del Código Orgánico General de Procesos da al lugar a interpretarlo de tal forma que se entienda que el juez se encuentra facultado para receptar la demanda, toda vez que reviste de la potestad pública y jurisdiccional de sustanciar el proceso de excepciones a la coactiva y por tanto es ampliamente competente para efectuar dicha potestad en el proceso regular, que abarca desde la presentación de la demanda hasta la emisión de una sentencia.


Este alcance de la norma, ha sido sometido a examen de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia cuyo criterio no difiere de lo expresado en el párrafo anterior. En distintas ocasiones ha señalado que esta disposición da a entender que es factible la presentación de la demanda ante el juzgador, aun cuando se omita la formalidad prevista en el artículo 214 del Código Tributario:

“... [l]a presentación de las excepciones a la coactiva es pertinente hacerlo directamente ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario, en tanto, del contenido del

---

<sup>17</sup> Art. 214.-Oportunidad. -Las excepciones **se presentarán ante el ejecutor**, dentro de veinte días, contados desde el día hábil siguiente al de la notificación del auto de pago. (Énfasis añadido).

<sup>18</sup> Art. 315.-Procedimiento de excepciones a la coactiva. El procedimiento ordinario será aplicable a todos los procesos de conocimiento en los que se propongan excepciones a la coactiva. Para el caso de excepciones a la coactiva, la o el juzgador calificará la demanda en el término previsto para el procedimiento ordinario, **citará al funcionario ejecutor a fin de que suspenda el procedimiento de ejecución** y convocará en dicha calificación a audiencia conforme con las reglas generales de este Código. (Énfasis añadido).



segundo inciso del artículo 315 del COGEP se desprende que se puede presentar la demanda ante el Tribunal, pues de esa manera se entiende y tiene sentido lo que dispone la norma “... Para el caso de excepciones a la coactiva, la o el juzgador calificará la demanda en el término previsto para el procedimiento ordinario, citará al funcionario ejecutor a fin de que suspenda el procedimiento de ejecución...” (el subrayado corresponde a la Sala); a esto abona también el hecho de que desde la vigencia del COGEP este es el cuerpo legal adjetivo que debe observarse de manera prioritaria, en tanto que las normas procesales de otros cuerpos legales.<sup>19</sup> (El énfasis me corresponde).

De ahí, que evidentemente ambas normas se contradicen entre sí, dado que el Código Tributario señala que la presentación de la demanda de excepciones a la coactiva se efectúa ante el ejecutor y, como ya ha señalado la Corte Nacional de Justicia, el COGEP indica que es pertinente efectuarlo ante el Tribunal. Vale decir que el Código Tributario es la norma anterior en materia adjetiva y que *per se* constituiría una derogatoria tácita del artículo 214.


No obstante, no constituye una derogatoria tácita, toda vez que el artículo 315 ni el COGEP contemplan la oportunidad para presentar la demanda de excepciones a la coactiva. Por ello, el Código Tributario por mandato de la norma adjetiva se ciñe a las reglas de la supletoriedad.<sup>20</sup> Más bien, ambas normas fungen como potestativas, tomando en cuenta que, si el acto de proposición se lo recepta directamente el Tribunal, deberá observar con imperante prioridad el cuerpo legal adjetivo.

En suma, las normas procesales establecidas en el Código Tributario, desde la vigencia del Código Orgánico General de Procesos en el año 2015 son de carácter supletorio. La supletoriedad solo cabe aplicarla cuando es necesario integrar una omisión en la ley o para interpretar alguna de sus disposiciones de manera que se integre con los principios contenidos en otras leyes, si la referencia de una ley a otra es expresa, situación que se

---

<sup>19</sup> Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Contencioso Tributario. Sentencia expedida dentro del juicio No. 17510-2019-00159 de 18 de enero de 2021.

<sup>20</sup> DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA (COGEP): *En todo lo no previsto en el Código Orgánico General de Procesos, se observarán, de forma supletoria, las disposiciones vigentes del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia; **Código Orgánico Tributario**; Código Civil, Código del Trabajo y Código de Comercio.* (Énfasis añadido).



da en la legislación ecuatoriana, debemos de entender que dicha aplicación de la supletoriedad se hará en los que casos que la primera ley no regule.<sup>21</sup>

No se advierte que en el Código Orgánico General de Procesos exista una omisión que requiera integrarse con el Código Tributario, más bien, la norma adjetiva es clara al señalar que la recepción de la demanda a cargo del juez contencioso-tributario es factible. Por ello, no es admisible que los jueces tributarios mantengan el criterio de inadmisión basándose en un procedimiento caduco establecido con anterioridad en el Código Tributario, declarándose incompetentes por considerar que la demanda así presentada es manifiestamente inadmisibile.


Por otro lado, el órgano jurisdiccional, por mandato constitucional tendrá el deber de garantizar el acceso a la justicia aun cuando se hayan omitido formalidades no indispensables.<sup>22</sup> Vale hacer una reflexión de la intención de que la demanda de excepciones sea presentada ante el ejecutor; en principio porque anteriormente era el encargado de suspender la ejecución coactiva con la mera presentación de la demanda por la urgencia que implica no comprometer los derechos patrimoniales del sujeto pasivo. Ahora, se trata de una formalidad caduca, no tiene razón de ser más allá de que el funcionario remita la demanda al tribunal y verifique la oportunidad en la que se presenta el acto de proposición porque posteriormente deberá ser citado para comparecer en el proceso que se sustancian las excepciones a la coactiva. Entonces, no sería una solemnidad indispensable que pueda involucrar algún vicio que impida la continuación del proceso. Por ello, los jueces tributarios bajo la esfera constitucional no deben sacrificar la justicia por esta omisión ritualista caduca.

En suma, la propuesta de este ensayo consiste en generar un precedente obligatorio de triple reiteración por parte de la Corte Nacional de Justicia con el criterio desarrollado en múltiples ocasiones respecto de la aplicabilidad del artículo 315 del Código Orgánico

---

<sup>21</sup> Universidad de Salamanca. Trabajo de Fin de Grado; F. Ávila (2017). *Las Lagunas del Derecho*. Cit., pp., 20.

<sup>22</sup> Art. 169.-El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. **No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.** (Énfasis añadido).



General de Procesos.<sup>23</sup> Además, generar una cultura de justicia observando el derecho a la defensa y el efectivo acceso a la justicia, tomando en cuenta que el Código Tributario por ministerio de la Ley, en materia procesal es supletorio y por tanto implica que el “COGEP” debe aplicarse con prioridad.

Ahora bien, como ya ha sido dilucidada la controversia sometida a las contradicciones entre el Código Tributario y el “COGEP” es imperante desarrollar abordar las lagunas normativas que presenta esta última norma. Otra de las controversias generadas en el ámbito procesal surge por la falta de claridad o, en su defecto, ausencia en la norma adjetiva que genera una suerte de incertidumbre en el accionante que presenta la demanda de excepciones a la coactiva bajo la causal número 10 del artículo 316 del “COGEP” juntamente con otras de las causales previstas en la misma disposición.

## V. Conclusiones

Brevemente se describen las siguientes conclusiones sustanciales al desarrollo del presente texto:

- 5.1. La acción coactiva se fundamenta en el principio de autotutela administrativa, que faculta a la administración tributaria a ejecutar sus propios actos sin acudir a la vía judicial. El auto de pago posee efectos análogos a los títulos ejecutivos, permitiendo iniciar el procedimiento de ejecución coactiva. Las excepciones a la coactiva constituyen la única vía que tiene el contribuyente para impugnar la obligación coactivada, debiendo acudir a la jurisdicción contencioso-tributaria.
- 5.2. Históricamente, en Ecuador los funcionarios ejecutores fueron considerados "jueces especiales" con jurisdicción coactiva. Sin embargo, con la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial en 2009, se eliminó esa categoría, delimitando sus funciones al ámbito de la actividad reglada conforme al Código Tributario. Las reformas legales posteriores exacerbaban las exigencias para presentar excepciones a la coactiva, hasta que la Corte Constitucional restableció el derecho de acceso a la justicia.


---

<sup>23</sup> Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Contencioso Tributario. Sentencias expedidas dentro de los juicios: 17510-2019-00351; 17510-2019-00159; y, 09501-2019-00137.

5.3. Existe una contradicción normativa entre el Código Tributario y el COGEP respecto de la autoridad ante quien se debe presentar la demanda de excepciones a la coactiva. Si bien el primero señala que debe ser ante el ejecutor, el segundo permite interpretar que también es posible hacerlo directamente ante el tribunal contencioso-tributario. Esta contradicción no implica una derogatoria tácita, sino que ambas normas operan como potestativas para el contribuyente.

### Referencias Bibliográficas

- Bobbio, N. (1997). *Teoría General del Derecho*. Bogotá Temis.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría Pura del Derecho*. Porrúa Editorial
- Kenise, V. A. (2015), "*La extralimitación estatal de la autotutela administrativa en materi tributaria*". <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/8432?show=full>
- Ecuador. Asamblea Nacional. (10 de mayo de 2005) *Código Tributario*. Registro Oficial Suplemento 38.
- Ecuador. Decreto Supremo 1016-A. Tribunal Fiscal. (23 de diciembre de 1975) *Código Tributario*. Registro Oficial Suplemento 958.
- Ecuador. Asamblea Nacional. (29 de noviembre de 2021). *Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal Tras la Pandemia Covid-19*. Registro Oficial Suplemento 587.
- Ecuador. Asamblea Nacional. (09 de marzo de 2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial Suplemento 544.
- Ecuador. Asamblea Nacional. *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 234.
- Ecuador. Decreto supremo 891. *Ley Orgánica de la Función Judicial*. Registro Oficial 636, Suplemento, 11 de septiembre de 1974. Art. 3.
- Ecuador. Congreso Nacional. *Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador*. Registro Oficial 242, Suplemento, 29 de diciembre de 2007.
- Ecuador. Asamblea Nacional. *Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador*. Registro Oficial 242, Suplemento, 29 de diciembre de 2007.



Francisco. M. (2021). *Antinomias Constitucionales. Impacto en derecho a la Tutela Judicial Efectiva en el Estado Ecuatoriano*. Página 323.

F. Ávila (2017). Universidad de Salamanca. Trabajo de Fin de Grado. *Las Lagunas del Derecho*. Página 20.

Francisco. R. M. (1990). *Derecho procesal civil*, Tomo I. (Barcelona, Bosch).

Juan Montero A. (2016). *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y ejecución*. (Valencia, Tirant lo Blanch, segunda edición).



## LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN ECUADOR


MSc. Andrea Subía<sup>1</sup>

Quisiera comentarles aproximadamente que los eventos de sustracción internacional y retención de niños, niñas y adolescentes, han sucedido desde hace muchos años, pero especialmente en este contexto en el que estamos actualmente viviendo la era de la globalización y desde hace dos siglos la era de las migraciones y con el avance digital. ¿Puede ser que los movimientos y flujos migratorios generen que las relaciones de derecho internacional privado se susciten con mayor brevedad? De estos casos es cuando existe un cambio de residencia de miembros de la familia, cuando existe esta ruptura, en la mitad de los casos hay hijos dependientes, que puede suscitarse una sustracción de los niños, niñas y adolescentes que forman parte de este vínculo familiar.

¿Se ha avanzado desde hace algunos años respecto a cómo deberíamos procesalmente?, bueno, como Estados, responder a estos casos que suelen suceder en nuestro contexto, se va presentar aproximadamente estos aspectos, sobre el principio de interés superior

---

<sup>1</sup> Docente, investigadora de la carrera de derecho de la Universidad de Otavalo. Abogada y mediadora por la Universidad de Otavalo. Magister en Relaciones Internacionales y Diplomacia por el Instituto de Altos estudios Nacionales. Diplomada en defensa internacional de los Derechos Humanos. Máster en Derechos Humanos, Migraciones y Diversidad por la Universidad de Salamanca, España. Doctorando en Derecho por la Universidad Nacional Mar del Plata, Argentina. Magíster (c) en Derecho internacional e integración por la Universidad Andina Simón Bolívar. Profesora e invitada por el Centro Iberoamericano de Estudios Internacionales. Autora de artículos de investigación en derechos humanos, movilidad humana, derecho ambiental y Derecho internacional. Cuenta con 10 años de experiencia en el ejercicio profesional con más 40 publicaciones compartidas entre artículos científicos, regionales, libros, capítulos de libros y ponencias en eventos nacionales e internacionales. Durante los últimos 5 años, ha impartido asignaturas de derecho internacional, movilidad humana, redacción científica, metodología del trabajo de titulación en la carrera de derecho de la Universidad de Otavalo.




y la doctrina de protección integral, la sustracción internacional y la restitución, como lo hemos enmarcado tanto en el contexto del Derecho internacional de los derechos humanos y en nuestra normativa, ¿Cuál es la fase administrativa? ¿Existe en nuestro país y cuál es la fase judicial para resolver estos casos de sustracción internacional?

Quisiera que revisemos dos casos en cuanto a sustracción internacional en Argentina y Ecuador son casos recientes, bueno que existe un criterio alrededor de la sustracción internacional y sobre el principio de celeridad y de diligencia excepcional, aspectos que señalan las guías de buenas prácticas del Convenio de 1980 sobre sustracción internacional.

Respecto al interés superior, nosotros sabemos que este principio no, que es un principio de carácter indeterminado y es la piedra angular alrededor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y todas las instituciones en materia de niñez. También sabemos que el interés superior es una posee una triple dimensión, tanto como derechos sustantivos y también como principio interpretativo y además como una norma de carácter procedimental.

El interés superior tutela el desarrollo integral de los niños ya niñas y adolescentes, con fundamento en la doctrina de protección integral y la doctrina de protección integral desde la Convención de los Derechos del Niño es el parámetro pretende evitar una discrecionalidad alrededor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, especialmente por su rango etario y considerándoles como sujetos de derecho, más no objetos de protección sobre la sustracción internacional y restitución de niñas, niñas y adolescentes.

La doctora Adriana Dreyzin de Klor, señala en su manual Derecho Internacional Privado que un niño, niña y adolescente puede ser objeto de sustracción, cuando uno de sus progenitores, su representante legal o su guardador lo traslada a un lugar distinto de su residencia o su centro de vida, que es un término que se está utilizando ya no residencia habitual, sino centro de vida, e inclusive cuando quien ejerce el derecho de visita, no quien está visitando al niño o al niño, pero niña o adolescente lo lleva a otro lugar, especialmente a otro país y no lo restituyen el tiempo que fue acordado.




Bueno, entonces encontramos que desde 1980 se ha suscrito y está vigente la el Convenio del haya no Convenio de La Haya sobre esta sustracción de niños, niñas y adolescentes, y lo que señala el Convenio es que existen estos criterios de grave riesgo negativa del niño niña adolescente para restituirse, y también las normas de Derechos Humanos y el interés superior del niño que deben concordar con el fin de que se restituya al niño a su a su lugar, el Centro de vida no y nosotros en el sistema Interamericano tenemos desde 1989 la Convención Interamericana que tiene objeto asegurar la restitución de los niños, niñas y adolescentes.

Tanto en la fase administrativa como en la fase judicial en estos ámbitos los Estados puedan prevenir que exista sustracción internacional, no, y uno de los primeros aspectos que las guías trabajan es la Cooperación Internacional y la comunicación asertiva entre las autoridades centrales locales, no, algo que tal vez de Ecuador un poco estuvo debatiendo es que cuando nosotros ya no, no tenemos una autoridad en materia del sistema de protección de niños, niñas y adolescentes.

Sí, el Ministerio de Inclusión Económica y Social, o sí, el Ministerio de Relaciones Exteriores, movilidad Humana. ¿O si el Ministerio de Derechos de la Mujer y Derechos Humanos debería ser la autoridad central que conozca estos casos? No y además toda la cooperación que debe existir, porque es como les había comentado, un caso de derecho internacional privado. Otro de los aspectos que las guías han definido es que es necesario no que existan. Bueno una definición de formularios modelos tanto para la solicitud de retorno como modelo de petición de visita, con el fin de acelerar estos procesos porque muchas veces cuando los procesos no se presentan a tiempo que señala el Convenio, puede ser que eso genera que se evite la restitución, no o que pasen muchos daños y que ya no se pueda restituir a los niños.

El procedimiento de recurso acelerado es 1 de los aspectos que si pide la guía y los Estados cuando se reúnen en los congresos con el fin de generar un tratamiento expedito, la disminución del riesgo de sustracción que los Estados adopten cierto tipo de controles fronterizos, cierto tipo de requisitos, con el fin de que los niños, niñas y adolescentes tengan una autorización previa tanto para la emisión del pasaporte como para la emisión




de salida del país, entre otros aspectos para asegurar que la movilidad esté autorizada por quienes ejercen la patria potestad.

Otro de los aspectos que ya tal vez encontramos en nuestro siglo es que es necesario trabajar en mecanismos de solución pacífica para evitar una vulneración de la salud psicológica, especialmente del niño, y 1 de los aspectos que al 2021 se generó es la interpretación del artículo 13, donde se definen que el Convenio de La Haya no hace referencia al derecho de custodia, es decir, que la sustracción internacional de niñas, niñas, adolescentes no va a definir ciertos criterios como la custodia o la denominada tendencia en nuestro sistema, porque no forma parte de y muchas veces hay esa confusión por parte inclusive de quienes aplican no o de quienes resuelven los casos y sobre el marco normativo ecuatoriano no podría comentarles que las normas de derecho internacional privado y nuestro ordenamiento se encuentran dispersas en distintas codificaciones.

Fue Uruguay y en entre otros sistemas jurídicos de la región, han trabajado en formularios de Derecho internacional privado o en manuales de derecho internacional privada en códigos de derecho internacional privado. Nosotros no tenemos una codificación de derecho internacional privado, pero sí encontramos que sí existen ciertas instituciones de derecho internacional privado. No encontramos extradición, el Código orgánico de la función judicial, Código Civil, cierto aspecto de domicilio.

Entre otros aspectos, el Código orgánico Integral Penal, la Ley Orgánica de Movilidad Humana en cuanto a la situación y la regularización migratoria y escoger como conocemos y el código de la niñez, especialmente el Código de las niñas y adolescencia. En su artículo 77 hace hincapié en que cuando se infringe el ejercicio de la patria potestad, se incumple con el régimen se inicia con el proceso de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes.

Y uno de los aspectos que encontrabas en el Código Orgánico General de Procesos es que no se definían cuál es el procedimiento para resolver los casos de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes ha sido la Corte Nacional de Justicia a través de la Resolución 082 1021, que ha definido que el procedimiento se lo debe llevar a cabo




a través del proceso sumario de tiempo reducido con diligencia excepcional y celeridad porque ha habido casos del 2002 y casos anteriores. No es que como no sé si aplico las celeridades. Así el procedimiento se resolvió a través del trámite ordinario, encontrábamos que ya luego, después de algunos inclusive años, ya no se había o no se podía aplicar la restitución, porque el interés superior de niño prima sobre cualquier otro aspecto.

Es decir, el niño ya vivía 5 años en el otro país y su centro de vida ya no era Ecuador país en el que estaba viviendo, ese es uno de los aspectos que la coordinación de Justicia toma en consideración, pues entonces, respecto a la hoja de administrativa, como les había comentado, nosotros hemos definido que la autoridad central que conoce estos aspectos, es tanto el Ministerio de la mujer y derechos humanos, así como existe una cooperación con el Ministerio del Interior y con otras autoridades no, lo primero que se hace es presentar un formulario solicitud física o electrónica, a la cual se adjuntan elementos probatorios no y además puede ser que las existan otra o no traducciones oficiales con el fin de no demorar estos procedimientos.

El órgano administrativo recepta la solicitud y procede oficial, no al Ministerio del Interior para buscar el movimiento migratorio a través de la UNIPEN y todos los organismos que conocen de niños, niñas y adolescentes y la fase puede finalizar, no a través de una solución amigable y generando ciertos compromisos o puede ser que, si no existen los compromisos o estas soluciones pacíficas de ese pase a la fase, a la fase judicial o la vía judicial.

En la vía judicial, que podríamos comentar que se inicia con la presentación de la demanda, aunque existe un formulario establecido desde las guías de unas prácticas, por ejemplo, nosotros no tenemos un formulario establecido desde el sistema de Justicia ecuatoriana, no, entonces, y no lo hemos definido como tal, podría ser necesario adoptar este tipo de formularios o ya trabajar en formularios que no solo te trabajé, por ejemplo, pensión alimenticia, entre otros aspectos, porque, como les comentaba, es necesario mejorar la celeridad en estos procesos.




¿Entonces, como les había comentado, el proceso sumario es el que va a resolver? o se va a tramitar a través del procedimiento sumario y lo que se espera es que la unidad judicial competente es la unidad judicial del domicilio, donde estuvo viviendo el niño, niña y adolescente, que emitirá una resolución judicial, que ordena la restitución internacional de niño o niña y adolescente aquí, como les comentaba, los jueces no van a no van a discutir respecto a quien ejerce o no la tenencia, no, sino si efectivamente existió una retención ilícita por parte del progenitor o el guardador que lo tiene retenido al niño en otro país y es necesario restituirle al su centro de vida.

En el caso de Argentina y Ecuador, podría comentarles que uno de los aspectos que trabaje en el 2019 Argentina es el caso de una madre que bueno, que vivía con su familia en o cambia su domicilio a Francia, a Burdeos, Francia, en el 2018 pero como tal vez existía algún conflicto familiar, la madre decide viajar con autorización de su padre para visitar Argentina y su visita se extendió.

El viaje planificado hasta el mes de marzo fue interrumpido y la madre decidió unilateralmente que no quería regresar a su domicilio en Francia, aunque podría comentarles que su domicilio previo a Francia era argentino. Luego de que el esposo, de nacionalidad francesa, le pide a la mujer que, y a su niña que cambien de domicilio a Francia, cambie de domicilio a Francia y como les había comentado, existieron algunas algunos conflictos y la madre visita Argentina y se queda en Argentina.

Entonces el Tribunal de FERIA, puedes decir ya se presentó un recurso de revisión en el que primero, no la unidad de primer nivel. ¿Decide que la madre al final debía quedarse con la tenencia? No, porque ella ejercía la representación de la niña entonces luego el Tribunal de FERIA en el recurso en Argentina, en el recurso de apelación, digámoslo así, decide que se está contraviniendo lo que señala la Convención del Ay, porque al final, como les había comentado. ¿Conoce los casos del sistema judicial?, No, no va a no va a resolver sobre quién ejerce o no la tenencia, sino que en realidad existe una sustracción ilícita y es necesario restituir al niño a la niña en este caso.

Otro de los aspectos que podríamos comentar es el caso ecuatoriano, aunque la Corte Constitucional resuelve sobre sustracción internacional. El caso de la Corte Nacional de



Justicia, 112, 2012, es un caso interesante respecto a que el padre no es cierto. Un niño fue trasladado desde Chile hasta Ecuador con su madre y se había resuelto por los jueces de primer segundo nivel y procedencia de la demanda del paro.


Es del padre, no su padre a través del recurso de casación que se fundamenta en la Convención de la AE en el artículo 12 y él demanda antes del transcurso del año la que existió una sustracción y retención y solicita que se ordene la restitución, pero lo que se señala es que al final lo que se afecta desde el derecho del padre a la A ejercer la patria potestad, no.

La sala resuelve después de algún tiempo algunos años y señala que por la tramitación porque tramitábamos a través de una vía ordinaria YY existió una demora en el procedimiento por el procedimiento y la demora, ni ya se había integrado a su entorno familiar y por interés superior del niño, niña adolescente. Eso este aspecto no genera que se restituya al niño, aunque al final se declara que existió.

Sí, en definitiva, una sustracción ilícita por parte de la progenitora y en los casos en particular, tanto en el caso ecuatoriano como en el caso argentino, y lo que señalan las Cortes, las altas cortes de los Estados es que muchas veces los jueces que conocen los casos no analizan la sustracción como tal, sino que primero se preguntan quién posee la tenencia y la el Convenio de La Haya, señala que ese no es el aspecto, no, ese no es el aspecto que los jueces van a resolver, sino la sustracción y que luego de que el niño sea restituido va a iniciar el procedimiento con el fin de conocer quién al final debería tener o no la tenencia.

Finalmente, podría comentarles que el principio de celeridad y diligencia excepcional es 1 de los aspectos que se ha avanzado en el en el sistema ecuatoriano, claro, porque se han estado estableciendo o sea establecido y se han adoptado y estándares internacionales respecto a que es necesario resolver los casos en máximo 6 meses, con el fin de que no exista este nuevo entorno al que el niño o niña y adolescente se adaptó.

A su a ejercer su patria potestad, entonces, como les había comentado, no tenemos un trámite especial que define el Código Orgánico General de Procesos y por eso es que se estaba aplicando el procedimiento sumar, pero el procedimiento ordinario, pero es la



resolución de la coordinación de Justicia a través de la solución de consulta que nos permite considerar que se aplicará el procedimiento sumario aplicando se le celeridad y diligencia excepcional.

No obstante, también observamos que existe una ausencia de determinación de una codificación especial de derecho internacional privado que se trabaje, no sería necesario trabajar en ese aspecto por parte de los legisladores con el fin de que se podría se pueda solventar, no se podría solventar ciertas ausencias normativas respecto a esta materia y sobre todo, para que el transcurso del tiempo, como les había comentado, no afecte a la unidad familiar.

Otro de los aspectos a mencionar es que lo los jueces deberán analizar tanto los criterios de gravedad, urgencia y reparabilidad, no con el fin de prever si existe o no una restitución necesaria porque puede ser que existan casos en los que un niño es retenido o sustraído porque está viviendo violencia intrafamiliar, entre otros aspectos, o quien ejerce su tenencia vive cierto tipo de violencia.

¿Eso es de importante se deba considerar y actualmente hay otros sistemas jurídicos que están adoptando, cierto? ¿Ciertos criterios de Justicia abierta? Por ejemplo, el uso de plataformas digitales. Argentina ha considerado sí, por ejemplo, la información y comunicación respecto a las notificaciones judiciales a través del correo electrónico pueden hacer los medios para garantizar la celeridad dentro de estos procedimientos que sería necesario, el Estado ecuatoriano se vaya adaptando a las nuevas tecnologías de la información y comunicación con el fin de que el procedimiento se coma, acelere y eficiente, como les había comentado en estos casos, que aumenta



## TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL EN LA PROCESALÍSTICA ACTUAL

PhD. Frank Mila<sup>1</sup>


En esta ocasión vamos a hablar un poco de lo que es o lo que son las técnicas de litigación en la procesalística actual. Estas técnicas de litigación de las que mucho se habla, sin embargo, no es tan sencillo. A veces ubicar literatura. Hay algunos, algunos trabajos, algunos autores, que han desarrollado algunos tópicos sobre este tema, pero aún se encuentra en desarrollo.

Este es un tema que aún se encuentra en desarrollo que va evolucionando y que también hay muchas falacias. Cuando se trabaja lo relativo a la técnica de litigación, lo primero que hay que precisar es cuál es la naturaleza de estas técnicas. Se habla mucho de ellas, pero realmente a qué obedecen, dónde están inscritas, en qué plano del derecho se ubican.

Y lo primero que hay que decir es que están íntimamente relacionadas con el Derecho procesal, en general como ciencia procesal no son ajenas a lo que es el Derecho procesal, más bien. Se podría decir que son un apéndice, un derivado de esta rama del Derecho, que es transversal a todo, a todas las demás, porque precisamente el instrumento mediante el cual vamos a materializar algún derecho es a través del Derecho procesal, derecho, material objetivo.

---

<sup>1</sup> Doctor PHD en Derecho egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Doctor PHD en Educación. Egresado de la Universidad Santa María. Abogado especialista en Derecho penal y Derecho procesal. Egresado de la Universidad Católica Andrés bello. Cuenta con estudios de posdoctorado en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar y en educación, por la Universidad experimental Libertador. Se ha desempeñado como profesor de posgrado y pregrado en distintas universidades de Florida, Estados Unidos, Venezuela y Ecuador. Actualmente se desempeña como profesor titular de Derecho Penal a tiempo completo en la Universidad de Otavalo.



Entonces eso es lo primero que hay que precisar. Las técnicas de litigación están alineadas con el Derecho procesal, por tanto, tienen que trabajar de la mano con los principales elementos que conforman esta ciencia, OK, muy bien.

Por otra parte, a nivel procesal hay diversos sistemas, hay sistemas que son de corte escrito y otros sistemas en los cuales predomina la realidad precisamente en los debates, y por eso es que se aduce que las técnicas de litigación son propias de los sistemas orales. En efecto, es así.


El sistema oral no significa que no exista escritura, pero el debate como tal el juicio es oral. Hay ciertos elementos que hacen vida en la oralidad y que caracterizan estos sistemas. En ese sentido. Entonces tenemos dos grandes sistemas que no son nuevos ninguno de los dos. Sin embargo, en la actualidad los ordenamientos jurídicos modernos se van inclinando hacia la oralidad.

A pesar que, como les digo, esto no es nuevo, ya desde la época romana se trabajaba con juicios de carácter oral y con algunos elementos que caracterizan estos sistemas, y la escritura se ha ido superando con respecto al debate. Sin embargo, predomina subsiste en relación a lo que es el manejo todavía de los escritos, la interposición de recursos, etcétera. Se sigue manejando la escritura.

Sin embargo, el corazón del proceso que va a ser el juicio del debate es oral muy bien. ¿Cuáles son los componentes de la realidad? Simplemente la realidad implica la publicidad, la inmediación, la concentración y la concentración. OK, esa publicidad simplemente implica que el juicio es a puertas abiertas, No obstante, con sus respectivas excepciones.

La inmediación, simplemente que el juez que conoce la prueba es el juez que va a juzgar, se va a pronunciar al respecto.

La concentración, en la cual lo que se busca es que el juicio se desarrolle en el menor tiempo posible, es decir, concentrado en días para que no se pierda esa relación, ese conocimiento que tiene el juzgador en este caso de esa práctica de prueba que se desarrolla en pleno proceso.




Y, por último, la contradicción. El carácter contradictorio va a ser característico en los sistemas orales. Siempre va a existir esa dicotomía, ese debate entre partes y que simplemente va a caracterizar esta realidad. Con eso tenemos claro el panorama, ya que las técnicas de litigación entonces van a ser esas herramientas, esos recursos que vamos a utilizar para desempeñarnos en el contexto de la oralidad. No podemos ir a improvisar a un juicio. No podemos ir a simplemente hablar sin ningún tipo de planificación, sin ninguna estructura, sin contar con estas herramientas, ese dominio para poder optimizar una defensa.

Manejar de la manera más eficaz, eficiente, una defensa con respecto a nuestro cliente o el rol que ocupemos, incluso si es un proceso penal como parte acusadora, etcétera. Muy bien, ahora este movimiento de la realidad se remonta a los años 80 y 90.

Modelo para Iberoamérica, un código no solamente penal, sino también civil. Códigos procesales que están en la red libre en la actualidad y que son dos modelos que han inspirado muchas reformas de las cuales no escapa la legislación interna ecuatoriana. Por ejemplo, cuando hablamos de lo que es el COGEP del COIP, ambos están inspirados o relacionados con estos fundamentos, estos cimientos que están recogidos en este código.

Que es un código que es una propuesta normativa para unificar un poco la legislación iberoamericana latinoamericana, pero de la mano con aspectos teóricos, aspectos doctrinarios en los cuales va a descansar esta estructura que obedece principalmente a la realidad, oralidad en cualquier tipo de procesos y que es propia en la actualidad, y que la propia Constitución, en este caso ecuatoriana, y no solo la ecuatoriana sino otras constituciones de Latinoamérica, reconocen que la oralidad es el fundamento del sistema procesal de los Estados, muy bien.

¿Qué alcance tienen estas técnicas? Vamos a ver irnos acercando a esas tendencias actuales que se manejan a nivel de técnicas de litigación. Aquí he colocado algunas fotos de reconocidos litigantes, en este caso del sistema anglosajón.




¿Un libro muy famoso, cómo se ganan los juicios, que es muy está muy difundido en toda nuestra región y que habla un poco os asoma algunas ideas de estas técnicas que se utilizan en los sistemas orales?

El punto de partida es una planificación sin planificación, simplemente haramos en el mar, simplemente estamos a ciegas, no tenemos un hilo conductor, un camino trazado, una, una visualización de lo que es el manejo de un proceso. Y como les decía, simplemente es improvisación. Si no existe una planificación, se va a improvisar, ciertamente, esa planificación no es únicamente en el juicio, no se limita al juicio, hay un trabajo previo muy importante e incluso un trabajo post juicio a nivel de recursos, entonces no se limita el tema de las técnicas de litigación al juicio y la planificación, a pesar que se hace desde que tomamos el caso, se debe realizar en miras u observando a futuro cómo se va a desarrollar un eventual juicio y también evitando el mismo. No, ya sabemos que el derecho a procesar actual evita o procura que no se vaya a juicio necesariamente.

En todos los casos hay mecanismos alternativos de Hetero y autocomposición procesal que estimulan que las partes puedan este de alguna manera conciliar antes de ir a un juicio porque sabemos lo que implica, no eso.

Entonces queda claro que existen diversas etapas, incluso previas al juicio y posteriores que debemos considerar como ejemplo a nivel previo se maneja, por ejemplo, medidas sean éstas de carácter preventivo, cautelares y que son medidas que están allí de una manera temprana para tutelar ciertos derechos en las partes o asegurar una eventual ejecución de una decisión y están presentes en ese proceso y que jueguen un papel muy importante y está en los abogados en estimular su activación o evitar que se acuerden también medidas que no están ajustadas a ciertos parámetros, no es decir, que no proceden o que no deberían acordarse. Y el abogado es quién va a cumplir este rol.

También en los casos penales hay un control de la investigación, una solicitud de diligencias, etcétera, un aseguramiento de fuentes de prueba o elementos con expectativa probatoria y también hay que entender que se desarrollan algunas audiencias en esas etapas previas que no necesariamente son audiencias ordinarias, sino




que pueden traducirse en audiencias informativas, por ejemplo, una imputación o lo que es el instructivo de cargos, es una audiencia que tiene más un carácter informativo y el abogado debe saber a qué se enfrenta precisamente para evitar este llegar y simplemente no estar cónsono con la naturaleza de esa audiencia y eso, bueno, se refleja en lo que es la práctica y precisamente para eso se utilizan las técnicas y aunque se critique, aunque existan textos dedicados al tema de la preparación de los testigos, es un punto muy álgido.

Pero realmente ocurre no solamente este una preparación que evita influir, sino simplemente en que se tome con la mayor naturalidad esa práctica a futuro de testimonio. ¿Y si hay ciertas recomendaciones que realizan los litigantes con respecto a esto y no solo con los testigos a nivel de prueba documental, su incorporación? Todo esto tiene una práctica bastante especializada y que simplemente podemos perder cualquier caso por un mal manejo a nivel probatorio o una obtención ilícita de algunos elementos que luego va a pesar mucho.

Ahora qué otro elemento hay que considerar cuando nos enfrentamos al tema de lo que son las técnicas de litigación, ¿qué debemos considerar? Ya sabemos que hay una planificación estratégica.

Esa planificación implica precisión, advertir igualmente nuestras debilidades, lo que algunos autores llaman podar el árbol, trabajar con ciertas herramientas de orden como numeración, etiquetas, utilizar la ironía, preguntas retóricas, conclusivas. Todo esto ciertamente se va desarrollando a nivel de experiencia, cuando el abogado ya tiene mucha calle con respecto al ejercicio, el litigio va desarrollando estas destrezas, estas herramientas, pero nunca es tarde para iniciar. Precisamente si un abogado se va a iniciar en el litigio puede ir haciendo uso de estas figuras precisamente para que su discurso cale de mejor manera, tenga un orden, tenga una estructura lógica. Y entonces son algunas de las recomendaciones que advierte la doctrina.

¿Qué otra herramienta nosotros utilizamos a nivel de técnicas de litigación? Ya hablamos de una planificación y esa planificación abarca lo que es la teoría del caso. Merece un poco de atención. Sabemos que se habla mucho de esta teoría. Simplemente los autores



hablan de un elemento fáctico jurídico y probatorio y nosotros preferimos anclar estos elementos a un componente.


¿Dogmático de qué estamos hablando? Partimos de aspectos fácticos. Sí, incluso en esta famosa serie que expirada en un juicio real el caso OJOJ Simpson en Estados Unidos se decía bueno que ganaba prácticamente el abogado que contaba la mejor historia. Y en parte es así. Si hay una historia certera, verosímil, coherente, bien estructurada.

Que luego se van a anclar a lo jurídico y a lo probatorio, precisamente nos va a dar una ventaja a nivel de liquidación.

Así que incluso los abogados se cuestionan a veces que si existe una historia que no es verosímil, pero es la Real. ¿Qué preferimos hacer? Trabajar con una historia que se aproxime a esa realidad pero que sea más creíble o trabajar con la historia real. Entonces aquí se debate mucho. Lo importante es que los aspectos fácticos guarden coherencia, una relación lógica entre circunstancias de modo tiempo. Lugar, que el escrito o que la explicación que se va a dar en esa planificación hable por sí solo. Eso principalmente es lo que se quiere a nivel de teoría del caso.

Ahora lo jurídico si hablamos del plano penal no es más que la teoría del delito. Y si hablamos de otro campo, derecho laboral, civil o cualquier otra área en la cual se maneje un proceso oral. Vamos a hablar de lo que es el Derecho material, es decir, propiamente dicho, a nivel civil. Bueno, la institución que se trate, sus elementos, sus fundamentos, son los que van a marcar el rumbo, no de esta figura, igual el material laboral de la institución que se trata, etcétera. Y esto y esto a nivel jurídico va acompañado de temas a nivel normativo e incluso a nivel jurisprudencial, son elementos que van a ir hilvanados.

Ya lo advertí, incluso leída recientemente a profesor García Amado, quien señalaba, que simplemente no sirve de nada hablar solo de Derecho si no lo acompañas de otras fuentes que integran el derecho como lo son la jurisprudencia, por ejemplo, en este caso el aspecto parcheo lógico que nos va a dar un panorama y bueno. Entonces simplemente aquí me circunscribo un poco más al ámbito penal, lógicamente que es mi ámbito de



mayor. Esta especialidad y como le decía a nivel de teoría del delito, bueno se trabaja con los fundamentos del Derecho penal.


Lo que son los principios del Derecho penal, la aplicación de la norma a nivel temporal, espacial, personal, puentes, la interpretación y los elementos del delito, que es el grueso, el grueso. Aquí a nivel de oralidad, incluso se habla de un estudio estratificado del delito que comienza por esa conducta que es el predicado, tipicidad y antijuridicidad culpabilidad y en algunas ocasiones, algunos aspectos que condicionan la punibilidad. Hablamos de condiciones objetivas de punibilidad de excusas absolutorias.

Muy bien, entonces esto lo dejo un poco más para el consumo, la estructura del tipo dominar esta esta estructura, ya que una de las particularidades que tiene el campo penal es que trabaja con una estructura propia a nivel de tipos y con amplificadores, tentativa, autoría mediata, etcétera, lo que es la antijuridicidad, culpabilidad y las consecuencias del delito.

Entonces un poco el panorama para vislumbrar cómo se trabaja a nivel de aspectos jurídicos si es en el campo penal, el grueso es la teoría del delito, y si es en otra rama del derecho, nos vamos a limitar a la institución que se trate sus respectivos elementos, los aspectos doctrinarios, el tema normativo y jurisprudencial.

Ya indicamos que hay un elemento, un elemento jurídico, y el último elemento es el aspecto probatorio, que realmente es el corazón. Sí, yo lo he dicho siempre para fascinar al Profesor Rodrigo Rivera Morales.

De nada sirve el derecho si no se prueba el eje sobre cualquier reproceso es la prueba. Ya lo decía Jeremías Ben-Tran, que es la imagen que les proyectó en su famoso tratado antiquísimo y que en la actualidad esta teoría también está en pleno desarrollo, en pleno auge, porque se han cuestionado mucho de los fundamentos de lo que ha sido el tema probatorio histórico. Entonces lo primero que hay que saber es que hay un manejo de algunos términos principales, hay que dominar. Conocer cuándo estamos en presencia de una fuente de prueba y realmente, cuando es un medio de prueba el objeto de prueba, órgano de prueba, incluso se habla de sujeto de prueba. Todos estos términos hay que dominarlos.




El tema probatorio a veces se le huye, pero realmente el Derecho procesal, un fuerte componente es lo que es el Derecho probatorio de la teoría de la prueba. Entonces hay que dominar, como les decía algunos aspectos como actos de investigación, actos de prueba que tienen sus diferencias, su tratamiento distinto, principios incluso distintos igual que la cadena de custodia bueno, que busca mantener esa originalidad de las fuentes o los elementos de prueba.

¿Se habla de una promoción oposición?, La admisión de la prueba y el control que realizan las partes de esa admisión a veces se piensa que el control se da más adelante en la práctica. Sin embargo, el control teóricamente se da en la admisión cuando las partes cuestionan que un medio de prueba se admita precisamente por contrariar algunos principios conducencia pertinencia, tema de la ilicitud ilegalidad, etcétera, entonces hay ciertos aspectos que se han hecho con el control y luego está la práctica de esa prueba y la contradicción que aquí realmente es que se da ese debate contradictorio y que se forma la prueba en pleno juicio.

Y, por último, la valoración que bueno, existe una gran cantidad de libros en la actualidad, artículos científicos que desarrollan el tema de la valoración y que no todo está zanjado aquí, muchos cuestionamientos.

Actualmente se habla de un razonamiento probatorio y se ha cuestionado los parámetros clásicos que se han manejado a nivel de valoración. Entonces la procesalística actual tiene un fuerte componente a nivel probatorio y es el corazón. Incluso aquí vamos a hablar temas de motivación, argumentación y que implican que el abogado tenga que dominar estos aspectos.

Para poder este introducirse en las técnicas de litigación a nivel de la prueba, los momentos de la prueba. ¿Entonces, qué hay que entender? Bueno que existen distintos sistemas, también a nivel de prueba precisamente sistema oral tiene unas particularidades, por eso es que se maneja una contradicción, una publicidad, intermediación, porque va de la mano con ciertos principios de la prueba que procuran, que se respeten ciertos cimientos y que a la hora de jugar una persona procesar una persona o incluso que esté en debate algún derecho, en cualquier otra campo de lo que



es la ciencia procesal, un proceso laboral, civil, etcétera, se atiende a ciertos elementos comunes que son los cimientos que son los principios.


Cerrando vamos a hablar de las herramientas que son útiles para el debate. Y aquí hay dos alegatos, hay un alegato de apertura, un alegato de cierre que se emplean en cualquier proceso, incluso si usted revisa tanto el Código Orgánico General de Procesos como el COIP, en ambos se manejan expresamente los alegatos, aun cuando bueno está desarrollado.

A lo mejor hay algunas deficiencias que posteriormente podemos criticar más adelante, pero lo importante es entender que está reconocida la idea y que es propio de las técnicas. Sí, en todo caso, un alegato de apertura en la cual se presenta la causa, el caso que se trate y ese caso, esa presentación, no tiene que ser una promesa, este que no se va a cumplir y que no revista una extensión muy considerable porque simplemente se abre boca. Se prelude esa presentación que se va a realizar en un juicio y lo que se procura es poner en contexto.

Pues jugadora dependiendo el sistema, si hay jurados o no, y a lo que sería el público presente poco para contextualizar aspectos fácticos jurídicos y probatorios de una forma muy sucinta, muy clara y sin que se trate de promesas que no se van a cumplir y con el alegato de cierre, simplemente lo que vamos a hacer, ese resumen después que se practica toda la prueba y que se demuestre o se determine ciertos elementos, destacar qué es lo que ratifican nuestra teoría. ¿Cuáles son los puntos fuertes que ratifican? Incluso algunos autores te dicen, bueno, puedes pasearte por las debilidades para evitar que la parte se concentre allí la contraparte, y simplemente ese alegato de cierre tiene que ser magistrado de unas conclusiones del caso que permitan ver con claridad cuál fue el desarrollo de todo el proceso, qué fue lo que se probó, lo que se demostró y para que el juez también pueda tener y se genere.

Ese pronunciamiento y la práctica de la prueba, lógicamente este es un tema que da simplemente para un desarrollo muy amplio.

Sabemos que trabajamos con 3 medios principales de prueba testimonial, peritaje, el examen y el contra examen que se da a ellos, igual que la práctica de prueba, en este caso



documental, la exhibición de objetos y algunas legislaciones, por ejemplo, la alemana que contempla lo que es la inspección judicial y algunas legislaciones, incluso latinoamericanas.


Entonces, estos medios de prueba tienen una práctica muy particular y que hay que dominar. Cómo se examina, cómo se interroga el testigo, qué preguntas se pueden realizar, cuáles son las objeciones y el contra examen, que es un poco más flexible y permite ciertas preguntas.

Entonces, básicamente este es el elemento también trascendental a nivel de técnicas de litigación. Muchos casos se dice que se ganan simplemente con el contra examen, dependiendo de la acreditación del testigo, luego el interrogatorio, ese examen y posterior el contra examen muy bien.

Hay mucho, mucho, muchas personas que han visto más bien las técnicas de litigación como algo mediático, como algo muy de actuación, etcétera. Y realmente las técnicas de litigación no son eso, las técnicas de litigación tienen un componente jurídico sustancial que a pesar de que no, no todo está dicho, pero sí hay ciertos cimientos y que perfilan a que la liquidación sea lo más óptima posible., que el abogado, al momento de abordar cualquier caso, tenga esas herramientas.

Esa estructura lógica para optimizar su ejercicio no es improvisar, implica una planificación, trabajar con una teoría del caso sólida y dominar tanto la teoría de la prueba y dependiendo la rama que se trate, las instituciones y en este caso, el Derecho civil es también bastante amplio y el dominio de las instituciones no es cosa fácil a nivel de un proceso.

El abogado debe dominar eso, esas instituciones, esas esos aspectos dogmáticos o teóricos que hacen vida. ¿Cómo ocurre en materia penal que se trabaja con la teoría del delito? ¿Que prácticamente un idioma muy particular que se da entre especialistas de esa rama? Con eso puedo cerrar siempre lo digo en este acento de tener contacto con el Derecho penal, el derecho, en general, cualquier persona requiere los servicios de un profesional, del derecho a un abogado.



Ustedes como estudiantes profesionales, van a tener esa responsabilidad, ese rol en cualquier momento, y nosotros incluso como ciudadano, alejándonos un poco del derecho. ¿No estamos exentos de tener contacto entonces? Por eso es que el abogado debe tener una formación integral, una formación que permita manejar ciertas herramientas que a nivel de litigio



## FASE PROBATORIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y EL PROCESO CONSTITUCIONAL

MSc. Pablo Mendoza<sup>1</sup>

¿Cuándo nos decía que no, para qué el derecho? ¿Si no tenemos cómo probarlo? ¿verdad? No tendría sentido, pues esto ocurre no sólo en el ámbito penal, sino también en el ámbito del contencioso administrativo.


Recordar en este momento que cuando estamos en presencia del contencioso administrativo es porque se ha producido una voluntad administrativa, es decir, una de las formas como la administración o las distintas Administraciones Públicas del Estado a través de sus entidades a través de sus órganos emiten esa voluntad a través de los comunes actos administrativos de contratación pública y en ese momento no todo puede salir bien.

En muchas ocasiones, estos actos o estas actuaciones administrativas vulneran derechos subjetivos de los particulares llamados por algunos administrados. Nosotros, en mi caso, generalmente le identifico como particulares interesados.

El titular del derecho subjetivo, muchos derechos subjetivos, todos reconocemos que pueden ser vulnerados a través de esa actividad administrativa. ¿Y qué ocurre en ese momento?, pues que tenemos los mecanismos objetivos de impugnación, esos mecanismos que permiten que nosotros podamos impugnar tanto en sede administrativa como en sede judicial.

---

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad Católica del Táchira. Magíster en Desarrollo Agrario por la Universidad de los Andes. Actualmente maestrante en Derecho procesal y litigación oral en la Universidad de Otavalo, y Doctorando en el IESIP en Derecho y relaciones internacionales. Durante su experiencia laboral ha sido juez superior agrario. Docente investigador de la Universidad Otavalo y es el autor de libro, capítulo del libro y artículos científicos.



Esta voluntad administrativa es este acto administrativo que está vulnerando, repito, ese derecho subjetivo es cuando aparece cuando nos vamos a la vía judicial.

¿Dentro del Derecho procesal administrativo, el denominado contencioso administrativo contender, quién va a contender allí? El sujeto, el particular afectado, la persona afectada en su derecho ante el órgano del Estado.


Nada fácil para los litigantes que estamos en este Congreso Internacional, sabemos que cuando litigamos entre particulares las reglas son unas, tal vez existen un principio o principios mucho más notables en su aplicación, como la igualdad y no es el mismo caso donde se rompe este equilibrio procesal derivado de la presencia nada más y nada menos que del Estado, donde tenemos que litigar, donde tenemos que probar que el Estado, efectivamente, no estuvo cumpliendo ni los requisitos, adjetivos, ni los elementos, perdón, adjetivos, ni sustanciales del proceso contencioso.

Así que la tarea es ardua en ese momento. Piensen, ya hablamos de la voluntad administrativa ante el derecho subjetivo de la impugnación administrativa, pero yo voy a impugnar.

Bien sea en esos tribunales contenciosos, unidades distritales, contenciosas que tenemos en el territorio del Ecuador, pues nosotros tenemos que disponer de la prueba. ¿Yo no puedo ir a impugnar en un proceso contencioso administrativo, afirmando vulneración de derechos dentro del procedimiento administrativo necesario en sede administrativa, si carezco, si no dispongo de las pruebas pertinentes, útiles y conducentes, por qué no haría absolutamente nada? Sería inmediatamente inadmitido.

Sin embargo, también luchamos contra un tercer elemento. Fíjense allí en la diapositiva que hablamos de la presunción de validez del acto administrativo. Esto es ya, por supuesto, de que nace el Derecho Administrativo ya en tiempo de revolución francesa en 1789. Hasta nuestros días.

Algo que les ha dado mucho resultado a las Administraciones Públicas es blindar nutrir de esa presunción de validez a toda la actuación administrativa hasta tanto no se declare su nulidad, pues tremenda tarea de desvirtuar esta presunción a través de medios probatorios que tenemos los abogados atendiendo a la teoría de la prueba, por tanto,



nosotros esta presunción de validez, la única forma es impugnando peticionando la nulidad de la actuación administrativa fundamentado con las pruebas necesarias.

Vamos a simplemente vamos a ir pasando por razón de tiempo. Ahí hay algunas definiciones de lo que deberíamos entender antes de empezar a hablar de la teoría de la prueba dentro del proceso contencioso, algunas definiciones de lo que significa probar. Me quedo con la actividad que tiene por misión, convencer, persuadir, decía ayer mi compañero Eduardo carrera al juez sobre la existencia o no de un dato procesal. Eso es lo que lo que la prueba en general.


Fíjense que en materia contencioso administrativo, en su en la progresividad de este proceso, dentro de lo que es la historia jurídica en los distintos ordenamientos jurídicos, pues ha cambiado el paradigma antes del año 2008, antes de la entrada en vigencia de la Constitución, antes de la entrada en vigencia del Código orgánico general de procesos, con nuestro antiguo ordenamiento jurídico, la ley de procedimiento administrativos con la ley del contencioso administrativo en el Ecuador.

Pues prácticamente el ejercicio que se realizaba en estos procesos era un mero control de una legalidad del acto administrativo, solo controlar la legalidad del acto administrativo, cosa que actualmente dentro del proceso nos a las partes procesales y al juez, pues se ha ampliado, se ha amplificado actualmente porque ahora debemos en principio las partes contender a través de los distintos principios, desde la lealtad procesal.

Y el juez debe hacer un control de legalidad, por lo tanto, tiene la obligación y aquí viene el primer elemento distintivo en este proceso de revisar la totalidad del expediente administrativo.

Fíjense que cuando hablamos de prueba y lo decían muy bien los doctores que me antecedieron, tanto Eduardo carrera y el doctor Frank en este momento que tanto las pruebas documentales, las pruebas testimoniales, las pruebas periciales, pues algunas, no todas, nos sirven para todos los procesos, unas tienen mayor utilidad, otra mayor pertinencia.

Y en el caso del contencioso administrativo, la prueba reina, por llamarla de alguna manera es la prueba documental y nosotros nos preguntaríamos. ¿Por qué? Porque




efectivamente, 1 de los requisitos de validez de la actuación administrativa, cuando se está generando se está produciendo esta voluntad administrativa es el procedimiento administrativo.

Recordarán ustedes que, en el Código Orgánico Administrativo, en el artículo 99, están definidos los cuatro requisitos de validez, tenemos la motivación, tenemos el objeto, tenemos la causa, pero también tenemos la el procedimiento.

¿Dónde se contiene el procedimiento administrativo? Y todos nosotros, los estudiosos del Derecho Administrativo, sabemos que esas actuaciones que realizan tanto los las partes, la parte interesada, como el director del procedimiento, quien está sustanciando el mismo, pues se resumen, o bien sea actualmente de manera escrita o de manera, digamos con los medios tecnológicos, el expediente electrónico con la firma electrónica y gobierno electrónico y demás, en lo que llamamos expediente administrativo y ese expediente administrativo se convierte en la prueba documental que desde el inicio hasta el final va a contener todos los elementos probatorios, todos los datos que tienen que revisar quién, el juez contencioso administrativo que va a verificar, no hay otra forma.

No, sería útil, por ejemplo, de terminar con un testimonio, la existencia de una actividad administrativa no tiene razón de ser. No venga un testigo el señor Pedro e indique que el órgano ha emitido un acto administrativo. No es la prueba entonces la prueba que va a permitir saber si se inició correctamente el procedimiento, si se sustanció, si la resolución administrativa está debidamente motivada para que no quede duda a partir de este momento.

En este pequeño conversatorio, en esta pequeña charla sobre el proceso porque duraríamos días es la prueba documental y específicamente el expediente administrativo, y ahí me detengo otro poquito. ¿Por qué? Porque si vamos al Código orgánico general de procesos, cuando este tipo procesos contenciosos, que es, por cierto, hay que indicar para poder entenderlo, y todos los estudiantes de la carrera y los participantes aquí lo saben. El 99% se sigue por el procedimiento ordinario, es decir, un procedimiento por audiencias y solo por un procedimiento sumarios 1 solo con la última



reforma de Código orgánico general de procesos del año 2021, sí, de 2019. Nosotros en ese caso, fíjense que ya es distinto, porque ahí tendríamos que distinguir qué se realiza y qué no se realiza de manera probatoria en cada una de las audiencias.


¿Anuncio en la audiencia preliminar y su admisión con todos los principios que estuvimos escuchando en la disertación anterior, verdad? Y luego en la audiencia de juicio, pues allí estaríamos haciendo la práctica de la prueba. Entonces, fíjense que con este pequeño.

Como abre boca, entramos a un tema que es de los fundamentales y es quien tiene la carga de probar en el proceso contencioso administrativo la denominada carga procesal, recordando que en la teoría general del proceso pues tenemos cargas, tenemos obligaciones, tenemos derechos, tenemos principios, pero la carga de la prueba en el en el proceso contencioso administrativo corresponde en este caso a la persona interesada, quien está impugnando quien tiene una situación, fíjense como dice allí la fuente a la que acudo para poder explicar situación desventajosa que afecta los derechos subjetivos, quien tiene que probar.

Entonces en este caso tienes que sustentar las afirmaciones. Ese es con eso. La teoría de la prueba no ha cambiado mucho quien afirma debe probar, pero en este caso hay una posición, una mixtura bien interesante. ¿Por qué? Porque si bien es cierto, el Código orgánico general de proceso dice que cuando presentamos la demanda, siguiendo al 142 del COGEP.

Pues aquí hay una pequeña diferencia, porque en este caso debemos acompañar a ese nivel de la demanda con una copia de la resolución de la actuación administrativa, del acto administrativo del contrato público, dependiendo de la acción que vamos a interponer. Recordemos que tenemos acciones subjetivas, acciones objetivas, acción de lesividad como ordinarias, prevista en el 326 del COGEP y las especiales y %1 variación en cuanto a estas acciones, en cuanto al silencio administrativo positivo, que lo tenemos en el 470.

¿Pero independientemente de estas acciones, voy a tomar en lo adelante de la ponencia a la acción subjetiva ya la acción de plena jurisdicción, donde nosotros tenemos un



derecho subjetivo vulnerado en este caso ante un órgano de la administración, pues obviamente que quien tiene la carga inicial es el actor, quien presenta la demanda que debe además presentar, y ahí se presenta la primera dificultad para los abogados, cómo tener acceso? y ¿cómo tener la colaboración del órgano de la administración pública que emitió el acto para poder disponer de la copia certificada de ese expediente para poder acompañar al nivel o de la demanda?


Yo diría que en caso de no tener acceso hay que manifestarlo al juez. Hay que indicar, hay que indicar en qué oficina donde se encuentra el número de expedientes, dar todas las características del mismo, porque de igual manera en los actos de proposición y en este caso, en la contestación de la demanda, que es la que tendría que ocurrir.

Fíjense que una vez que califica esa demanda propuesta por el actor el juez, el Tribunal inmediatamente ordena la citación del demandado y le pide de manera obligatoria que traiga el proceso contencioso administrativo, el original donde se contiene la actuación, el procedimiento administrativo que dio lugar a la actuación, incluso desde el punto de vista de Derecho comparado.

Tuve la oportunidad cuando era pues contencioso administrativo en materia agraria, ambiental y alimentaria en Venezuela de que cuando requería este antecedente administrativo esta prueba documental del expediente administrativo donde se sustanció el acto y no era traído ni por el actor ni era traído específicamente por el órgano administrativo. Inmediatamente se prejuzgaba una presunción a favor de quien pedía la nulidad de la actuación o del procedimiento administrativo.

¿Por qué? Porque se presumía que al no incorporarse al proceso no existía 1 de los requisitos de validez para el acto administrativo. Cuál el procedimiento y qué ocurre si no hubo procedimiento.

Tenemos el vicio correspondiente que produce la nulidad y pérdida de la cualquier eficacia o consecuencia jurídica de la actuación este, como dice cosa, el ONUS PROBANDI, trae varias preguntas y esto me recuerda a mi profesor de Derecho probatorio, Eduardo Cabrera, tocayo de Eduardo, que nos decía que aquí es donde empezamos a responder qué es la prueba, cómo se prueba, para qué se prueba, quién



prueba eso es, dentro de la teoría, lo que tradicionalmente los abogados siempre manejamos ahora, aparte de la carga de la prueba, fíjense que ahí está precisamente como el Código Orgánico General dice que debemos acompañar, qué tenemos que hacer, recuerda que tenemos carga, que tenemos obligaciones, copia la resolución, copia del contrato, la razón de la fecha de su notificación, que es algo que nosotros tenemos que incorporar al proceso ahora en esta teoría de la prueba, dentro del proceso contencioso, al igual que la mayoría de los procesos, nosotros debemos acudir a los famosos principios, esos estándares interpretativos, mandato de optimización, todo como ustedes lo quieran ver.


Pero que donde resaltan específicamente hay más, pero yo quisiera hacer alusión, no me puedo extender en cada 1 de ellos por razón de tiempo ya me quedan sino 3 minutos. Y es el principio de la legalidad, donde tanto lo adjetivo, lo procedimental y lo sustancial dentro de todas las fases tiene que cumplirse la necesidad de la prueba.

Todo lo firmado tiene que practicarse, tiene que probarse a menos que sean materias que no necesiten ser probadas ya al principio de contradicción, oportunidad, tal vez con la ponencia anterior fueron explicadas y la unidad de la prueba, porque el juez contencioso administrativo no puede, a la hora de motivar y fundamentar su decisión desde el punto de vista probatorio, incurrir en el error de valorar separada o individualmente las pruebas aportadas al proceso.

Por tanto, debe haber una integral, una interpretación integral y una decisión integral, atendiendo a todas las pruebas que fueron aportadas por las partes e incluso tal vez alguna prueba aportada por el mismo juez.

Ya dentro de lo que es las pruebas en sí mismo para ir cerrando con las dos últimas diapositivas esta presentación y está dentro del tiempo, repito que la admisibilidad de la prueba va a requerir, aparte de la licitud, la legalidad de la prueba, recuerden que tampoco podemos incorporar pruebas que no guarden relación con estos elementos, la pertinencia, la utilidad, la conducencia ya.

Es en que la documental, específicamente en el procedimiento administrativo, es la que le va a dar desde el inicio al final, los elementos de revisión, los elementos de



contradicción, los elementos de valoración y fundamentación a la sentencia que va a producir el contencioso administrativo. ¿Por qué? Porque si revisamos otro tipo de prueba, por ejemplo, la prueba pericial.


Por supuesto que en el en el proceso contencioso administrativo por la naturaleza, por la complejidad técnica, que las materias que van al proceso contencioso administrativo, pues obviamente vamos a necesitar informes periciales de peritos acreditados por el Consejo y la judicatura que tienen una experticia en determinadas áreas.

Recordemos que incluso dentro de las materias que tenemos en las acciones especiales, tenemos materias de contratación pública, tenemos materias relacionadas incluso con demandas contra el Estado, entonces en este caso vamos a necesitar esta prueba pericial, este informe y en cuanto a la testimonial recuerden que es claro el Código orgánico general de procesos. Quisiera extenderme mucho más en cuanto a esto, pero ya estamos en el último minuto.

De que no se puede en este proceso absolver declaraciones de parte, en este caso, los interrogatorios, cuando se producen, se formulan al titular del órgano, se exige que se produzca un informe y por qué debe ser a través de un informe y aquí acudimos a las viejas clases ordinarias de Derecho Administrativo, donde en la teoría del órgano con Georgia Linet, decíamos en su momento de la teoría del órgano, institución y la teoría del órgano individuo que, en este caso, cuando estamos en un proceso no estamos hablando con Eduardo carrera ni estamos hablando con Pablo Mendoza, estamos hablando con la institución.

Por tanto, el informe que se produce dentro de la teoría de la voluntad orgánica solamente remite la expresión de la voluntad de la administración pública y no del particular, que en ese caso está prestando su voluntad dentro del proceso, eso hay que tenerlo muy claro.

En conclusión, aunque hay otras materias muy técnicas, litigar requiere combinar la teoría general del proceso con elementos constitucionales, incluyendo derechos fundamentales y temas constitucionales. Por supuesto, no hay que confundir su naturaleza, que es totalmente diferente. Pero el nuevo paradigma en España muestra



que el juez contencioso administrativo ya no es sólo un juez de revisión de mera legalidad, sino que debe establecer un equilibrio entre derechos subjetivos a través de las pruebas, versus las potestades y prerrogativas del Estado.

Litigar requiere una combinación de teoría procesal y constitucional. El juez administrativo debe equilibrar derechos subjetivos comprobados versus potestades estatales, y no sólo revisar legalidad. Se trata de un nuevo paradigma en España sobre el rol de este juez



## LA INVESTIGACIÓN PENAL

MSc. Giusseppe Napuri<sup>1</sup>

La investigación criminal en el proceso penal durante casi dos decenas de años o un poco más se trajo la reforma procesal penal a todo lo que es América, sobre todo América del Sur empezó en Argentina, Chile; entonces, ello ha implicado que esta nueva reforma, ya no tan novedosa que se ha dado en esta parte de América, se aplique a lo que era un sistema inquisitivo.


A partir de procesos largos, procesos que nunca se acababan, a partir de que no existía una eficaz dirección del proceso, tanto del Ministerio Público como, antes, la etapa de esto lo tenía el poder judicial. Sin embargo, hay algunos tópicos que vamos a tocar hoy de manera muy fugaz, rápida o que es necesaria la investigación criminal en el proceso en sí.

Es muy cierto que tenemos una etapa de investigación preliminar que es dirigida netamente por el Ministerio Público; sin embargo, es un título muy importante, interesante. Sin embargo, a partir de este punto de vista de la investigación criminal, no la tenemos adecuadamente satisfecha.

A partir de eso, debemos entender un poquito más la diferencia que existe entre la criminalística y la criminología para sentarnos y analizar de mejor manera qué es lo que

---

<sup>1</sup> Experto en organización de actividades de I+D. Maestrante en Derecho Penal - Universidad de Buenos Aires. Especialidad en Investigación Criminal - Universidad Complutense de Madrid. Miembro Mayor Inter American Bar Association - Washington DC - USA- FIA. Miembro de la International Society for Criminology, Leuven, Bélgica. Destrezas en Litigación Oral - California Western School of Law – USA. Miembro de la Sociedad Mexicana de Criminología. Miembro de la Asociación Colombiana de Criminalística. Miembro de la Sociedad Española de Criminología y Ciencias Forenses Registro N° 1473. Disertante en México, Argentina, Colombia, Costa Rica y Perú. Past Coordinador Académico alterno del distrito Fiscal de Lima Sur – Perú -. Pasante en la Corte Suprema de Justicia de México, Costa Rica y en la Corte Superior de Colombia.



nosotros queremos investigar a partir de una teoría del caso o a partir de la noticia criminal, que es donde empieza todo esto.


Entonces, hay que entender que la criminología es la conducta de la persona que turba estos límites de la conducta normal, esto como una conducta electiva. De otro lado, tenemos nosotros la criminalística que es la que va a estudiar la forma como donde sucedieron los hechos a partir de las series de teorías o basamentos que nosotros vamos a poder tener para investigar. Es importante considerar que la criminalística no es una abstracción en el espacio, es algo concreto, es algo aplicable; por lo tanto, hay que entender o hay que justificar bien la relación con los lugares y el hecho judicial.

Entonces, a partir de eso hay que observar o hay que analizar un problema conceptual que se tiene en que se realiza entre el espacio y el lugar. Entonces, el espacio hay que entenderlo con una abstracción en sí misma que luego se va a convertir en un lugar y ese lugar a partir de una realidad geométrica.

A partir de la criminalística hay que entender algunos conceptos tópicos que nosotros usamos sin tener el tiempo debido para describirlos. Nosotros en la criminalística o ya a niveles de investigación hablamos de manera no tan adecuada del sitio del suceso, sin embargo, los términos, la forma o el entendimiento adecuado es la escena del crimen, el escenario criminal, entre otros.

Sobre eso, el maestro Sigifredo Ochoa, lo que es un policía científico y técnico de la policía judicial en el capítulo 11 lo exporta, lo explaya, lo describe de mejor manera. Entonces, tenemos nosotros que el acto delictivo en sí se enmarcaría dentro de un objeto del estudio de derecho penal que está claro; sin embargo, las evidencias físicas, el escenario del delito son objeto de del estudio de la criminalística. Entonces, hay que entender y no confundir los objetos de estudio, los espacios de reflexión sobre estos sobre los actos que nosotros vamos a analizar dentro de un proceso penal en su conjunto.

En ese sentido, hay que tener muy claro que la criminalística no es una ciencia. A lo sumo podemos abordar, podemos llegar a entender la criminalística como una disciplina científica; tampoco es algo experimental. No podemos confundir de manera alguna lo que hace, por ejemplo, la física, lo que hace la química forense con lo que hace la




criminalística; los experimentos de la primera no son desarrollados por la segunda de ninguna manera y mucho menos la teoría que lo fundamenta.

En ese sentido es muy importante estos tópicos porque se confunden mucho no solamente al momento de aplicarlos sino al momento de leerlos quiere decir que la formación académica que se tiene a partir de una valoración dentro de estos documentos dentro de estos peritajes dentro de estas apreciaciones que se realizan hay que adecuarlas e insertarlas dentro de la investigación es muy prolijo llevar la experiencia que tienen algunos países de esta de esta parte de América del Sur para adecuarlos a una adecuada investigación criminal que es que esto importa que esto materializa que tengamos la criminalística y la criminología y la ciencia fuentes.

No podemos estas bases crearían fungir único dominio funcional para una adecuada impostación de una teoría al caso, a un análisis inicial de la noticia criminal y esta sea llevada posteriormente a juicio y no tengamos desvalores de la apreciación de los elementos de convicción más adelante ni tampoco de los elementos periféricos que han sido base para nosotros formular una denuncia penal y más allá una acusación adecuada.

Sobre ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha analizado el caso González y el campo que es versus México en la cual estas jóvenes, bueno, que fallecieron, Claudia González Esmeralda Herrera, Montreal Laura Beren Ramos Monárrez, fueron encontradas en un campo al bobonero en la ciudad de Juárez allá en México, que fue más o menos el 6 de noviembre del 2001.

En la cual se repisa al estado mexicano por la falta de protección a las víctimas, dos de las cuales de estas tres jóvenes, bueno, en su momento dos de las cuales eran menores de edad y una más la falta de prevención que tuvo el estado mexicano, en estos crímenes presuntamente al conocimiento de la existencia de un patrón violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas por la hora de ola de criminalidad que existe hace mucho en México y lo sigue habiendo, sobre todo la falta de respuesta que tuvieron frente a la desaparición de muchas mujeres y estas niñas.




Enmarcándose o acercando nosotros la investigación criminal a la falta de debida diligencia de investigación de estos asesinatos, así como los anteriores y por último la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada. ¿Qué es lo que centró qué es lo que asimiló qué es lo que acercó la Corte Interamericana en esta sentencia que no se ha analizado en eventos académicos en foros académicos de parte de la investigación criminal? Una de las determinaciones que da la Corte Interamericana es que dado el poder ejecutivo.

A partir del Estado mexicano en agobiar en acercarse a las determinaciones o a las pericias que el departamento de Medicina legal que el departamento de ciencias forenses tenía que efectuar contra con respecto estas desapariciones de estas tres mujeres, entonces la Corte Interamericana una de las determinaciones que ha es encallar para que los institutos de Medicina legal no dependan ya del Ministerio Público sino se de estos y puedan tener una determinación una opinión de manera menos exigida o menos presionada por parte del Estado o por parte del ministerio público que de alguna manera en México tienen una estructura quizás un poquito distinta a otros países eso ha sido el inicio o eso ha sido la determinación que podría ayudar a muchos países como Perú por ejemplo a que el Instituto de Ciencias Forenses y Medicina Legal no dependa o tenga autonomía con respecto al Ministerio Público.

Esto no implicaría que quizás las determinaciones o quizás las pericias que se emitan puedan tener una autonomía, no solamente económica sino también académica, toda vez que es usual que estas impliquen labores de ataque por parte de tanto el poder ejecutivo como el propio Ministerio Público cuando se dan o son adversas a algún criterio o ponderación que sea un proceso penal.

Entonces eso nos lleva a nosotros que dentro de la eficacia del proceso penal resguardos la investigación criminal como un brazo muy importante para nosotros llevar a cabo un proceso penal adecuado en base y en suma ello nosotros retrocedemos un poquito y debemos considerar que la formación académica en algunos países o quizás de más cerca en mi país no se desarrolla como carrera o no existe la carrera criminalística que es muy importantísimo.



Entonces nosotros albergamos o tenemos pericias de balística, pericias de bala en las cuales quienes las emiten no tienen una formación académica, entonces, si nosotros caminamos un poquito más, vamos a llegar a que en juicio nosotros vamos a analizar quizás documentos que no son realizados por personas formadas en el ambiente de la criminalística.

Entonces, no lo que hacemos en un proceso penal es creer o ponderar el criterio que se ha finalizado en una pericia psicológica, en una pericia balística, entre otras. entonces, hay que tener cuidado con ello para que nosotros podamos adecuar o finalizar o encallar un proceso penal y en su momento quizás al par en que nosotros analizamos eso, ya en un juicio oral, podamos tener una adecuada académica, una adecuada formación para nosotros poder ponder



## ESTRUCTURACIÓN DE LA SENTENCIA

PhD. Miguel Ángel Falcón Vega<sup>1</sup>

Los conceptos en la teoría general del proceso son: el proceso, la jurisdicción y la acción. Recordemos que el proceso es el instrumento que tiene el Estado para dirimir controversias de manera vinculativa a las partes. El proceso comienza con la demanda y, precisamente, concluye con la sentencia.


En tal contexto, trataré de enlazar estos tres conceptos: proceso, jurisdicción, acción; y, su relación con la sentencia.

Cuando presentamos una demanda, en esa demanda ejerzo una acción en reclamo de una pretensión. La acción, recordemos, es el derecho público subjetivo que tienen los gobernados para poner en marcha al órgano jurisdiccional. En el momento mismo que yo presento mi demanda, doy inicio al proceso; así, ejerzo la acción e inicio el proceso, obligando al órgano jurisdiccional a empezar con su trabajo.

La jurisdicción es el poder que tiene el Estado para resolver el conflicto. En ese momento empezaría la función de la jurisdicción con la famosa *notio*, es decir, el juzgador verificará

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho por la UNAM. Maestro en Derecho por la UAEM Morelos. Doctor en Derecho por la BUAP Puebla, todos los grados fueron obtenidos con mención Honorífica y, en el Doctorado CUM LAUDE. Especialista en Ciencias Penales por la UMED. Gestión en Escuela Judicial y Derecho Mercantil, las dos últimas por la Escuela Judicial en Barcelona, España. Ha realizado varios diplomados, cursos, seminarios y ha realizado estudios en el extranjero. Ha impartido cátedra en instituciones nacionales e internacionales a nivel de licenciatura, especialidad, maestría, doctorado, diplomados y seminarios. Es asesor de tesis y sinodal en múltiples exámenes profesionales de licenciatura, especialidad, maestría y doctorado. Ha dictado conferencias en los ámbitos nacional e internacional. Autor de diversos artículos en diarios y revistas jurídicas. Ha recibido numerosos reconocimientos destacados como profesor mejor evaluado por diversas universidades; mejor abogado académico en el año 2005 y mejor abogado servidor público en el año 2011, ambos por el Consejo Estatal de Abogados de Morelos. Reconocimiento dentro de la administración de Justicia por el Instituto Nacional para la Celebración del Día del Abogado en el centenario 2010. Premio Antonio Díaz y Soto Gama en el año 2017 en la categoría al Mérito del Ejercicio del Derecho como Servidor Público por asignación del decreto legislativo; y, reconocimiento por la Comisión Nacional de los Tribunales por su desempeño como Presidente del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del estado de Morelos.



que se cumplan los presupuestos procesales y si la demanda cumple o no con los requisitos de ley.


Si no cumple, la va a desechar; si cumple a medias, vamos a decirlo de una manera, va a prevenir; y si cumple totalmente con los requisitos, la admite. Vamos a esta última hipótesis: admite la demanda y sigue con la siguiente función de la jurisdicción, que sería la *vocatio*, es decir, manda traer al demandado para que conteste la demanda, quien, en todo caso, hará valer excepciones y defensas.

Recordemos y vamos a la teoría francesa, la excepción va a ser aquella que tiende a retardar o a destruir la acción, mientras que la defensa va en contra de los hechos y del derecho en que se funda la pretensión. Una vez contestada la demanda, fijada la litis, viene la etapa probatoria, la cual se integra de cuatro fases. El ofrecimiento; admisión o rechazo de la prueba; la preparación, para las que la requieran; y, finalmente, lo que sería el desahogo. Una vez desahogadas las pruebas y nada pendiente, se dicta o se da la oportunidad a las partes para que rindan alegatos y, finalmente, se dicta la sentencia. Recordemos, ¿cuál es el papel de estos tres conceptos en la sentencia?

La sentencia da fin al proceso, obliga a que el juzgador ejerza la jurisdicción, es decir, va a determinar si la parte actora acreditó la acción y la demandada no acreditó excepciones y defensas y condenará; o, que la parte demandada haya acreditado excepciones y defensas y la parte actora no haya acreditado la acción y, entonces, va a absolver. En términos generales, esta es la relación entre proceso, jurisdicción y acción con la sentencia.

Ahora bien, ¿cuál es la importancia de la sentencia en un Estado Constitucional de Derecho? Bueno, en este caso, cuando llega el titular del poder ejecutivo al poder, llega elegido a través del voto, es decir, llega legitimado a través del voto. En el caso del poder legislativo pasa exactamente lo mismo, llega legitimado a través del voto.

Sin embargo, en el caso del poder judicial, los jueces son elegidos de manera distinta. Ellos, o por lo menos aquí en México, no son electos a través del voto, tienen una forma distinta. Así, los jueces se van a ir legitimando a través de la calidad de su sentencia, eso es lo que le va a dar esa aceptación por parte de la sociedad al juez; y, para ello, la



sentencia se va a soportar en dos grandes columnas, como lo vamos a ver más adelante, que sería la interpretación (hermenéutica jurídica) y la argumentación jurídica.


En ese sentido, es importante recordar a los Estados absolutistas. Luis XIV, el famoso Rey Sol, tenía todo el poder, entonces el juez actuaba en nombre del rey y no había necesidad de justificar su sentencia. Posteriormente, teniendo como influencia las teorías contractualistas, inicia la revolución francesa en 1789.

En este caso, cobra trascendencia la teoría de separación de poderes. Empezando con John Locke, Rousseau, Montesquieu, que decían que para que se pudieran garantizar las libertades, tendría que haber una separación de poderes, la famosa teoría de pesos y contrapesos, a partir de ese momento cambia el paradigma, ahora el juez lo que va a hacer es aplicar la ley al caso concreto.

Sin embargo, a mediados del siglo pasado este paradigma va a cambiar, la función del juez como lo tenemos en la actualidad, ya no es solamente ser boca de la ley, sino debe justificar su decisión, siendo necesarias la interpretación y argumentación, es decir, de acuerdo con la escuela del realismo jurídico, por ejemplo, dicen que el verdadero derecho lo va a hacer el juzgador, y ahora vamos a dar un ejemplo a ver ustedes qué opinan.

Desde el punto de vista de la lingüística, la sentencia es un enunciado donde se expresa una opinión o se da una idea de forma categórica. Sin embargo, en la ciencia jurídica, la sentencia es un acto procesal que le pone fin a litigio, como ya lo vimos, mediante la cual el juez va a decidir la cuestión sometida a su consideración. Así es como, de manera genérica, podemos entender lo que es una sentencia. Bueno, creo que así es de manera general en distintos países que tenemos la tradición romano germánica.

En tal contexto, generalmente, la sentencia contiene cuatro requisitos de forma. El preámbulo, que serán datos de identificación del juicio, el nombre del juez, de las partes, el número de expediente, etcétera. El resultando, que son datos de tipo histórico descriptivo, cómo fue evolucionando el asunto desde la presentación de la demanda, la contestación, las pruebas. Después viene la parte medular que contendrá el fondo de la sentencia, nos referimos al considerando, esto es, el razonamiento que va a hacer el juez,




la valoración fáctica, la valoración probatoria, la valoración normativa, el trabajo lingüístico que vamos a platicar más adelante. Finalmente, los puntos resolutiveos como razón suficiente.

Es preciso señalar, que dicha parte considerativa contiene la fundamentación, alude a la hipótesis normativa; la motivación, las razones que tuvo el juzgador para considerar que lo ocurrido en el mundo fáctico se ubica en la hipótesis normativa; la exhaustividad, que significa que el juez tendrá que resolver sobre todo lo pedido por las partes, es decir, si yo planteé cinco pretensiones, 10 hechos, ofrecí 20 pruebas, pues tendrá que hacer el análisis, tendrá que conocer sobre cada uno de ellos, igual si soy demandado e hice valer 10 excepciones, pues también tendrá que conocer sobre ellas; y, finalmente, la congruencia, que significa el juez me tendrá que dar, precisamente, lo que yo pedí, si yo pedí manzanas, me tendrá que dar manzanas y, además, resolver solamente sobre lo que yo pedí.

En ese orden de ideas, podemos decir que, al momento de elaborarse una sentencia, van a estar implicados en ese razonamiento judicial cinco planos: el plano fáctico y probatorio; el plano normativo o regulatorio; un plano lógico; el plano axiológico; y, el llamado plano lingüístico.

Así, el plano fáctico implica el estudio de los hechos y de las pruebas que se exhiben para acreditar determinados hechos. Recordemos que lo que está sujeto a prueba serán los hechos controvertidos o dudosos, para que, a partir de ellos, se obtengan consecuencias jurídicas, lo que hace aquí el juez es un análisis circunstanciado, es decir, fija lugar, tiempo y modo de todos los hechos controvertidos y de las pruebas que acrediten esos hechos.

Para realizar esa debida relación fáctica, el juez debe: número uno, hacer un resumen de lo manifestado por las partes y las fechas de los sucesos, determinar los hechos de mayor trascendencia y advertir el fundamento de la pretensión y de los hechos. Desde luego, tendrá que, después de un minucioso análisis, determinar cuáles son los hechos que son dudosos, cuáles son controvertidos y cuáles no se encuentran en esa hipótesis.



Hecho lo anterior, procede la determinación de los hechos, clasificando los elementos y determinará cuál de todos esos hechos se tienen por probados tomando en consideración los medios de prueba que se hayan ofertado, así como la jerarquía de ellos.


Aquí lo que hace el juez es analizar de manera particular cada uno de los medios de prueba y después tendrá que darles una fuerza un valor probatorio que podrá ser pleno o podrá ser un valor de indicio o, de plano, el juez tendrá que negar ese valor probatorio. Este plano, se encuentra dividido de la siguiente manera; Uno, la presentación de los hechos; dos, la fijación sobre los cuales se centrará el juicio de derecho; tres, llevar a cabo la actividad probatoria y esta fase la vamos a dividir en dos: a) lo que es la determinación de la certidumbre o fiabilidad de cada medio de prueba y b) la interpretación valoración y argumentación de los hechos.

Aquí es importante recalcar que el juez deberá conocer cuáles son los hechos que deberán ser probados, cuáles son aquellos o aquellas condiciones del derecho que se reclama, recordando que solamente se deben probar los hechos dudosos o los que están controvertidos.

Posteriormente, viene lo que es el aspecto regulatorio, que se refiere a todos aquellos elementos del sistema jurídico que servirán como sustento, como soporte, como fundamento para la elaboración de la sentencia, aquí hablamos desde la propia Constitución, los tratados internacionales, las leyes, la jurisprudencia, los principios y la costumbre, es decir, todo aquello todo aspecto normativo que va a servir para sustentar la sentencia.

La fundamentación es la parte del razonamiento que realiza el juez, jugando un papel muy importante la lógica, nosotros, como abogados utilizamos la filosofía, a lo mejor no lo sabemos, pero día con día el abogado es un filósofo y utiliza, desde luego, esas ramas de la filosofía, en este caso particular, la lógica.

La lógica es una disciplina que se va a encargar o tiene por objeto de estudio del pensamiento. ¿Para qué? Para facilitar un raciocinio correcto y verdadero, eso va a ser la lógica, rama de la filosofía que tiene por objeto el estudio del pensamiento, el



pensamiento correcto y verdadero. Vamos a ver qué tiene que ver con el derecho o con la sentencia propiamente dicho.

Cuando nosotros pensamos, ya seamos ministerios públicos, seamos defensa, seamos actores, seamos demandados, seamos jueces, todos los que estamos en este mundo del derecho vamos a pensar de la misma manera, es decir, la operación del pensamiento va a ser la misma y este pensamiento tiene tres operaciones.


La primera operación, le vamos a llamar idea o concepto, que va a ser una simple abstracción. Yo pienso en un concepto, el que ustedes quieran: derecho, obligación, delito, etcétera. En un estudio más profundo, analizaríamos lo que sería el género próximo, la diferencia específica, las definiciones, etcétera.

Cuando yo junto conceptos, entonces hablamos de lo que es el juicio: el perro es negro, la casa es grande, ese juicio se expresa a través de una proposición, que es una estructura gramatical a la cual yo le puedo dar un valor de verdad, es donde entraría, por ejemplo, los famosos principios lógicos, aquellos que utilizamos para la valoración de la prueba, el principio de identidad, de no contradicción, de tercero excluido, de razón suficiente.

Finalmente, llegamos a la tercera operación, que es cuando de dos juicios lógicos se llega a una conclusión, esto es, el famoso silogismo, por ejemplo: Todos los hombres son mortales, Sócrates es hombre, por lo tanto, Sócrates es mortal. Y, desde luego, en el caso de la norma jurídica, vamos a poner la norma penal, pues se da a través de esta estructura lógica: si tú cometes un delito, entonces serás sancionado; cometiste el delito, por lo tanto, serás sancionado.

Esto es la argumentación, la expresión del razonamiento o raciocinio, siendo la forma más elemental de argumentar el silogismo, en el caso de nosotros, el llamado silogismo jurídico. En este plano, es donde el juez va hacer efectivo ese ejercicio racional para valorar los hechos, para valorar las pruebas, para valorar el derecho, etcétera.

Generalmente, cuando el juez tiene que aplicar la norma, siguiendo al maestro Luigi Ferrajoli, por la forma de cómo está estructurado nuestro sistema jurídico, indudablemente tendríamos que caer en estos problemas normativos, es decir, lagunas, antinomias o indeterminaciones.



La laguna surge cuando no hay un enunciado normativo en el sistema jurídico que contemple el hecho del caso; la antinomia donde un enunciado jurídico puede ser entendido de varias formas; e, indeterminación, cuando la norma es vaga. En ese momento es cuando se presenta la problemática para el juzgador o, incluso, para los abogados, en la demanda, en la contestación, donde tengo que recurrir, precisamente, a la lógica jurídica, esa argumentación, interpretación para resolver el problema normativo que se trate y bueno eso lo haremos a través de los llamados argumentos en particular.


Y bueno, estos serán algunos argumentos en particular: el gramatical, el teleológico, el sistemático, el psicológico, el pragmático, en fin, los ustedes ven aquí en pantalla que únicamente esos argumentos quizás nos van a servir para para para argumentar lo que son reglas. Sin embargo, al utilizar principios para resolver el conflicto, quizá esos argumentos ya no me van a servir, ni dicha forma de interpretación. Entonces tengo que recurrir a nuevas formas, a nuevos estándares hermenéuticos, como el caso sería la ponderación, la proporcionalidad. En México lo que conocemos como la interpretación conforme o principio pro persona.

En el caso de las reglas, serían los argumentos en particular. Más adelante, voy a permitirme dar un ejemplo de argumento teleológico. Recordemos que la teleología es el fin último. Voy a poner de ejemplo a Aristóteles.

Aristóteles decía que había cuatro causas, la causa formal, la causa material, la causa eficiente y la causa final, es decir, la causa última, cuando hablamos del argumento teleológico, es la causa última, el fin del derecho, el fin del Estado, es decir, vamos a interpretar la norma, pero atendiendo a sus fines últimos. Veamos este ejemplo que es una es una es un criterio que emitió nuestro máximo tribunal aquí en México.

El problema es aparentemente complejo, resulta que en México había un código penal para lo que se llamaba el Distrito Federal, ese código era de 1931 y quedó abrogado por el código penal en el año de 2002.

El problema que se presenta es el siguiente: en uno de los transitorios del Código de 2002, decía: queda abrogado el código penal de 1931; y, en distinto transitorio, decía que



este código entrará pasados 120 días después de la publicación. Esto da un problema de interpretación, porque iba a haber 120 días de *vacatio*, es decir, el Distrito Federal se iba a quedar 120 días sin delitos. Los abogados empiezan a elaborar amparos y bueno, tiene que resolver ahí el poder judicial, quien argumenta: si se hace una interpretación gramatical, pues sí, se cae en ese extremo, pero ello llevaría una anarquía, lo cual no es una finalidad del Estado.

Por lo tanto, dice el poder judicial, de un análisis sistemático y teleológico de esos citados artículos transitorios, es decir, considerando a la ley en su integridad, así como los fines que toma en cuenta el legislador para crearlo, no es de caer en el extremo referido líneas anteriores, es decir, de 120 días porque eso daría lugar a anarquía.

Por tanto, debe estimarse que la intención o finalidad del legislador fue que mientras no entre en vigor el nuevo código penal para el DF estará vigente el anterior de 1931 y una vez que entre el nuevo código, es decir, pasados los 120 días, este código, ahora sí, quedará abrogado, no obstante no es expresarlo así literalmente el artículo quinto transitorio.

Y, finalmente, vendría el plano axiológico, que sería la valoración de hechos, prueba, derecho; y un plano lingüístico que implica tener cuidado con el aspecto gramatical, los acentos las comas, porque una coma puede cambiar todo el significado, por ejemplo, Julio Cortázar dice que la coma es la puerta giratoria del pensamiento. Veamos este ejemplo, con esto terminamos, si el hombre supiera realmente el valor que tiene la mujer andaría en cuatro patas en su búsqueda, la idea es únicamente poner una coma, si es usted mujer seguramente la coma la pondría después de la palabra mujer, pero si es hombre después de la palabra tiene, dando una coma un significado muy distinto



## LOS DERECHOS DISPONIBLES Y NO DISPONIBLES PARA LA OPERACIÓN DE LOS MASC: HACIA LA APLICACIÓN DE UN TEST DE DISPONIBILIDAD

PhD. Ricardo Tapia<sup>1</sup>

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. LA PAZ Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES; 3. LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES; 4. LAS GARANTÍAS; 5. EL CONFLICTO Y SUS SOLUCIONES JURÍDICAS; 5.1 LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (MASC), COMO INSTRUMENTOS MÁS EFICACES EN LA CONSECUCCIÓN DE LA PAZ *POSTCONFLICTUAL*; 6. LOS DERECHOS DISPONIBLES Y NO DISPONIBLES PARA LA OPERACIÓN DE LOS MEDIOS DE CONCERTACIÓN (HOY LLAMADOS MASC): PROPUESTA DEL TEST DE DISPONIBILIDAD; 7. REFERENCIAS.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho convención honorífica de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Profesor investigador a tiempo completo en esta Universidad. Miembro del Sistema Nacional de investigadores nivel uno del Consejo Nacional de Humanidades Ciencias y Tecnologías en México. Especialista y Jurista constitucional en Contratación Pública y Responsabilidad Civil por la Universidad de Castilla de la Mancha de España. Diplomado en Derechos Humanos por la Suprema Corte de Justicia de la nación de México, ha pronunciado diversas conferencias de México, España, Colombia, Argentina y Ecuador. Ha recibido diversas manifestaciones de reconocimientos y escrito diversas obras jurídicas, habiendo participado con 31 libros colocados actualmente en diversas bibliotecas de Iberoamérica, destacan entre otras la biblioteca de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Universidad de Buenos Aires Argentina, Universidad de Castilla la Mancha en España. Universidad Centroamericana de Nicaragua y la plataforma DIANET de la Universidad de La Rioja España y en diversos artículos de revistas. Director de la revista científica jurídica derecho y globalización en la UAEM. Director de la colección de Derecho de Ciencias Sociales en la editorial eternos malabares. Ha recibido diversos premios por su trayectoria jurídica en México y en Colombia. Abogado litigante desde hace 25 años en el servicio público, Ex procurador de asuntos de delincuencia organizada y secretario técnico de la Procuraduría en ese entonces Procuraduría General de Justicia del estado de Morelos. comentarista jurídico en diversos medios de comunicación en radio televisión y en medios electrónicos.

## 1. INTRODUCCIÓN


Este trabajo es un ensayo crítico, reflexivo y propositivo, que expone, en el contexto de la administración de justicia y la función jurisdiccional, una visión de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (MASC) como medios de tución de la paz, considerando a esta como derecho fundamental. Se destaca en este contexto la importancia de ubicar qué derechos son disponibles para poder operar los MASC, y cuales no lo son.

En cuanto a la justificación crítica del ensayo, es pertinente mencionar que en los trabajos científicos, se considera que la justificación se integra con las razones que motivaron la investigación, en tanto, dicha justificación se presenta como crítica cuando se enfoca en formar un juicio sobre dichas razones.

En ese orden de ideas, si los MASC resuelven el conflicto usando instrumentos diferentes a la decisión de una persona juzgadora en un proceso jurisdiccional o arbitral, se ha considerado razonable presentar un trabajo que contribuya a reflexionar en qué casos es procedente aplicarlos, pues es bien sabido que los derechos en juego en la controversia no siempre resultan disponibles para las partes en conflicto.

En relación a la perspectiva axiológica del ensayo, ésta gravita precisamente en torno a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y a las garantías, como axiomas, haciendo referencia específica al derecho fundamental a la paz, y a las formas de solución del conflicto como garantías de dicho derecho; destacando que la concertación, y dentro de ésta los llamados MASC, se constituyen como garantías tuitivas de tal derecho fundamental, presentando argumentos para considerarlas como las más efectivas, ya que la concertación diluye el conflicto, pues la solución es construida por los propios contendientes, lo cual no consiguen las otras formas de solución de la controversia.

En esa tesitura, las hipótesis de la investigación, son las siguientes:



PRIMERA.- Los MASC son más eficaces en la consecución de la paz *postconflictual*, en relación al proceso y el arbitraje (combate reglado), pues en aquellos las partes construyen, en consenso, la solución del conflicto, diluyéndolo, mientras que en estos la solución es impuesta a virtud de un fallo impuesto, donde este se acata a virtud de la fuerza coactiva del Estado, sin que necesariamente el conflicto de haya diluido.

SEGUNDA.- Antes de operar MASC ha de aplicarse el siguiente *test* de disponibilidad: a) ubicar con precisión el derecho que se pretende sea objeto de acto dispositivo, b) determinar si existe alguna restricción normativa para la disposición de ese derecho, c) en caso de existir restricción normativa, determinar si ésta es total o parcial, y si es parcial determinar si el derecho que se pretende que sea objeto de acto dispositivo se encuentra o no dentro de la restricción y, d) en caso de que el derecho que se pretende que sea objeto de acto dispositivo se encuentre dentro de la restricción, determinar si esa restricción es o no proporcional en relación a la disposición del derecho que se pretende, aplicando en ese caso *test* de proporcionalidad.

Si la restricción es proporcional no habrá de emplearse el MASC, pero si la restricción no supera el examen de proporcionalidad habrá que inaplicar la norma restrictiva y dar curso al MASC.

## 2. LA PAZ Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES<sup>2</sup>


La expresión más utilizada para mostrar a la paz es marcarla como inexistencia de guerra, pero esta apreciación es inequívoca e incompleta<sup>3</sup>. Así, el término “paz” se define como “relación de armonía entre las personas, sin enfrentamientos ni conflictos”<sup>4</sup>,

---

<sup>2</sup> Cfr. Tapia Vega, Ricardo, *Reflexiones sobre el derecho fundamental a la paz*, en Tapia Vega, Ricardo, Anichiarico González, Angélica María, et al (coordinadoras), *La construcción de la paz*, Ed. Universidad Autónoma del Estado de Morelos-Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, 2020, pp. 17-40, visible en el siguiente sitio de Internet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=873360> (consultado el 23 de diciembre de 2023).

<sup>3</sup> Barceló R., Víctor Manuel, “Fundamentos para la paz mundial”, *Archipiélago. Revista Cultural de Nuestra América*, México, CIALC-UNAM, número 107, vol. 27, 2021, p. 6.

<sup>4</sup> Diccionario de la Real Academia Española, visible en el siguiente sitio de internet: <https://www.rae.es/> (consultado el 23 de diciembre de 2023)



además se considera que “la paz duradera es premisa y requisito para el ejercicio de todos los derechos y deberes humanos”<sup>5</sup>.

En el derecho internacional vinculante o *hard law*, sobresale la *Carta de la Organización de las Naciones Unidas*, tratado internacional que indica, en su numeral 1.1, que “la paz internacional es el primero y fundamental objetivo de las Naciones Unidas”. Ahora, siguiendo el contenido del artículo 53 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*<sup>6</sup>, que prevé como fuente normativa internacional al *ius cogens*, que es definido como:

una norma imperativa de derecho internacional general [que] es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Tenemos que el derecho a la paz, ha sido considerado como norma de *ius cogens*. En esa línea, Gros Espiell<sup>7</sup> refiere que:

El derecho a la paz es un derecho que reviste este carácter de *jus cogens* por un doble motivo.

Por constituir la necesaria proyección de las consecuencias de la interdicción del uso de la fuerza en los términos fijados en el párrafo 4 del artículo 2<sup>8</sup> de la Carta de Naciones Unidas, caso reconocido unánimemente como una de las situaciones a la que es aplicable el concepto de *jus cogens*.

---


<sup>5</sup> Unesco, *El Derecho Humano a la Paz, Declaración del Director General*, p. 5, visible en el siguiente sitio de internet: [http://www.unesco.org/education/pdf/MAYOR2\\_S.PDF](http://www.unesco.org/education/pdf/MAYOR2_S.PDF) (consultado el 6 de septiembre de 2023).

<sup>6</sup> Así como los artículos 64 y 71 de dicha Convención.

<sup>7</sup> Gros Espiell, Héctor, *El derecho humano a la paz*, pp. 533-534, visible en el siguiente sitio de internet: <https://corteidh.or.cr/tablas/r21744.pdf> (consultado el 23 de diciembre de 2023).

<sup>8</sup> “Artículo 2. Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas....”



Y además porque el derecho humano a la paz, una (sic) de las expresiones del derecho a la vida, en cuanto derecho humano, es por ello, asimismo, uno de los casos de *jus cogens*, concepto que incluye actualmente y de manera necesaria todo lo referente al reconocimiento, la protección y garantía del núcleo esencial de los derechos humanos.

En el *soft law* internacional, la resolución 33/73 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (“Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz”), asevera que el vivir en paz es un derecho de todas las naciones y de todos los individuos, y la resolución 39/11, de esa misma Asamblea (“Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz”), en sus artículos 1 y 2<sup>9</sup>, hace explícito el derecho a la paz<sup>10</sup>; destacando también, que en cuanto al contenido de este derecho, la UNESCO ha manifestado que<sup>11</sup>:

La paz no es solamente un valor que deba regir las relaciones internacionales. La paz es también un derecho humano del que todas las personas, los grupos y los pueblos somos titulares: todas y todos tenemos derecho a vivir en paz; todas y todos tenemos derecho a una paz justa, sostenible y duradera. La paz no es sólo ausencia de conflictos armados, internos o internacionales. La paz es un concepto mucho más amplio y positivo que engloba el derecho a ser educado en y para la paz; el derecho a la seguridad humana y a vivir en un entorno seguro y sano; el derecho al desarrollo y a un medio ambiente sostenible; el derecho a la desobediencia civil y a la objeción de conciencia frente a actividades que supongan amenazas contra la paz; el derecho a la resistencia contra la opresión de los regímenes que violan los derechos humanos; el derecho a exigir a todos

---


<sup>9</sup> “1. Proclama solemnemente que los pueblos de la tierra tienen un derecho sagrado a la paz.

2. Declara solemnemente que preservar el derecho de los pueblos a la paz y promover la realización de ese derecho constituyen una obligación fundamental para cada Estado;

Subraya que, para asegurar el ejercicio del derecho de los pueblos a la paz, es indispensable que la política de los Estados tienda a la eliminación de las amenazas de guerra, sobre todo de guerra nuclear, del abandono del recurso a la fuerza en las relaciones internacionales y a la solución pacífica de los diferendos internacionales sobre la base de la Carta de las Naciones Unidas”.

<sup>10</sup> Cfr. Tapia Vega, Ricardo, *Reflexiones sobre el derecho fundamental a la paz*, ob. cit., pp. 24-27.

<sup>11</sup> Véase S. /a., *La paz es un derecho humano*, en el siguiente sitio de internet: [http://www.unesco.org/archives/multimedia/?pg=33&s=films\\_details&id=2800](http://www.unesco.org/archives/multimedia/?pg=33&s=films_details&id=2800) (consultado el 23 de diciembre de 2023).



los Estados un desarme general y completo; las libertades de pensamiento, opinión, expresión, conciencia y religión; el derecho al refugio; el derecho a emigrar y participar en los asuntos públicos del Estado en que él se resida; y el derecho a la justicia, a la verdad y a la reparación efectiva que asiste a las víctimas de violaciones de los derechos humanos.

En el derecho comparado, destaca el artículo 22 de la *Constitución Política de la República de Colombia* que establece que “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”<sup>12</sup>.


En el sistema mexicano, a pesar de que la Constitución federal no explicita que la paz sea un derecho fundamental, me parece que de manera implícita su texto nos lleva a considerarla como tal, al establecer que la cultura de la paz debe fomentarse en la educación, que la seguridad pública debe de preservar la paz social, y que la paz constituye un principio de la dirección de la política exterior mexicana<sup>13 y 14</sup>. Además, si apreciamos el efecto vinculante para el Estado mexicano de las normas de *hard law* internacional referidas supra líneas, y el carácter orientador que dan a estas las normas

---

<sup>12</sup> La Corte Constitucional de Colombia ha dicho que este derecho “por su propia naturaleza pertenece a los derechos de tercera generación, y requiere el concurso para su logro de los más variados factores sociales, políticos, económicos e ideológicos que, recíprocamente se le puede exigir sin que se haga realidad por su naturaleza concursal o solidaria”, concluyendo que “se ha sostenido que este tipo de derechos (el derecho humano a la paz) tiene un carácter proclamatorio en razón de las dificultades para que de ellos se predique la eficacia jurídica. De todos modos y es lo que interesa ahora, no se trata de un ‘Derecho Natural’ cuyo cumplimiento inmediato pueda demandarse de las autoridades públicas o de los particulares a través de la acción de tutela”. Véase Derecho a la Paz/Derecho Colectivo/Acción Popular/Acción de Tutela – Improcedencia”, Acción de Tutela, Sentencia No. T-08, Corte Constitucional de Colombia, Bogotá, 1992, citada por Vidal León Christian Manelic, en *El derecho humano a la paz y su aplicación en los sistemas jurídicos nacionales y en el derecho internacional*, visible en el siguiente sitio de internet: <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanálisis2/derechoalapaz/articulos/chistianvidal.pdf> (consultado el 23 de diciembre de 2023).

<sup>13</sup> La Constitución mexicana, en su artículo 3, párrafo cuarto indica que “la educación...tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a todos los derechos, las libertades, la cultura de paz y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia...”, en su artículo 21, párrafo noveno, que “la seguridad pública es una función del Estado...cuyos fines son salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas, así como contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social...”, y, en la parte *in fine* de la fracción X de su artículo 89 que “las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:...X...el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales...”.

<sup>14</sup> Cfr. Tapia Vega, Ricardo, *Reflexiones sobre el derecho fundamental a la paz*, ob. cit., p. 27.



de *soft law* internacional referidas también con antelación, y consideramos que la zona dogmática de la Constitución mexicana se estructura a manera de bloque, integrando en un solo módulo a los derechos fundamentales reconocidos en su texto y los reconocidos en los Tratados Internacionales de los México es parte<sup>15</sup>, podemos considerar a la paz como un derecho fundamental.

Finalmente, es de destacar que la cultura de la paz “se realiza a través del diálogo y la cooperación, requiere el consenso sobre unos cuantos valores mínimos compartidos y demanda deslegitimar todas las formas como se glorifican, idealizan o naturalizan la violencia o la guerra”<sup>16</sup>.

### 3. LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES<sup>17</sup>

A partir del fallo *Lüth*, dictado en 1958 por el entonces Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, se considera que “los derechos fundamentales no sólo tienen el carácter de reglas sino también el de principios”, constituyendo verdaderos mandatos de optimización que ordenan realizaciones en la más alta medida relativa a las posibilidades materiales y jurídicas<sup>18</sup>. Así, “el Estado no solo debe abstenerse de

---

<sup>15</sup> El párrafo primero del artículo 1 de la Constitución prescribe que “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección...”. En esa tesitura la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dispuesto que “El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte”, agregando que “los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano”. Véase la tesis jurisprudencial P./J. 20/2014 (10a.), registro 2006224, emitida en la 10ª época por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, de rubro “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”, visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página 202.

<sup>16</sup> Roque Huerta, Edith y Magallanes Ramírez, Héctor Antonio Emiliano, *Las mujeres y la cultura de la paz*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2022, p.39.

<sup>17</sup> Véase Tapia Vega, Ricardo, en Subía C., Andrea (compiladora), *Memorias III Congreso Internacional de Justicia Constitucional y Pluralismo Jurídico*, Ed. Universidad de Otavalo, Ecuador, 2021, pp. 74-83,

<sup>18</sup> Cfr. Alexy, Robert, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, pp. 6 y 8, visible en el siguiente sitio de internet: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf> (consultado el 23 de diciembre de 2023).

actuar en ciertos ámbitos humanos, sino que, por el contrario, debe actuar en forma decidida en otros a partir del otorgamiento de mínimos materiales”<sup>19</sup>.

En esa tesitura, los derechos fundamentales, que se contienen en la parte dogmática de una Constitución, penetran en todas las demás normas e instituciones del sistema, por lo que actualmente se habla de una constitucionalización de todo derecho, a la que Riccardo Guastini<sup>20</sup> se refiere como el “proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado de las normas constitucionales”<sup>21</sup>, siendo esto también conocido como *dimensión objetiva de los derechos fundamentales*.


---

<sup>19</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *Derechos humanos. Apuntes y reflexiones*, Ed. El Colegio Nacional, México, 2019, p. 60.

<sup>20</sup> Citado por Ortega García, Ramón, *La constitucionalización del derecho mexicano*, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”. Visible en el siguiente sitio de internet: <https://www.elsevier.es/es-revista-boletin-mexicano-derecho-comparado-77-pdf-S004186331371144X> (consultado el 23 de diciembre de 2023).

<sup>21</sup> Ortega García, Ibidem pp. 606-067, también refiere que Guastini establece diversas características que según se cumplan, marcará el grado de constitucionalización de un ordenamiento, precisando que esas características son:

1. La existencia de una Constitución rígida, esto es, una Constitución escrita que tiene protección frente a la legislación secundaria en tanto que no puede ser derogada, modificada o abrogada a través del procedimiento legislativo ordinario, sino mediante uno de tipo especial, más complejo;
2. La garantía jurisdiccional de la Constitución, que se refiere al control constitucional de las leyes, el cual puede adoptar distintas modalidades (a posteriori/a priori, in concreto/in abstracto, etcétera), pero siempre ejercido por un órgano judicial;
3. La fuerza vinculante de la Constitución, que significa que todas sus normas son obligatorias y capaces de producir efectos jurídicos inmediatos;
4. La “sobreinterpretación” de la Constitución, que hace referencia a la necesidad de que el texto constitucional sea interpretado extensivamente para obtener de él las innumerables normas implícitas, reguladoras de cualquier aspecto de la vida social y política;
5. La aplicación directa de las normas constitucionales, que alude al hecho de que la Constitución debe ser aplicada directamente por todas las autoridades normativas y en ocasión de cualquier controversia, incluso las de carácter privado;
6. La interpretación conforme de las leyes, que se refiere al deber del juez de interpretar la ley de acuerdo con el texto de la Constitución, buscando armonizar la primera con la segunda y evitar así un conflicto entre ambas; y
7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, que se traduce en el hecho de que esta norma confiere a un tribunal constitucional la facultad de resolver los conflictos competenciales de los poderes públicos, entendidos como desacuerdos políticos en torno a las relaciones de poder entre los órganos del Estado; así como en el control que ejerce el propio tribunal sobre la discrecionalidad política del legislador, a través de distintos mecanismos”.



Posteriormente, otros sistemas jurídicos han adoptado en su jurisprudencia el concepto de dimensión objetiva de los derechos fundamentales acuñado en el citado precedente alemán.


Así, por ejemplo, se observa la sentencia del 14 de julio de 1981, emitida por el Tribunal Constitucional de España, que en la parte que interesa dice que<sup>22</sup>:

Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derecho de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1).

Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el art. 10.1 de la Constitución, a tenor del cual «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social». Se encuentran afirmaciones parecidas en el derecho comparado, y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración universal de derechos humanos (preámbulo, párrafo primero) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo cuarto).

---

<sup>22</sup> Párrafos séptimos a noveno, del punto 5 de los fundamentos jurídicos de la sentencia ECLI:ES:TC:1981:25, pronunciada por el Pleno de dicho Tribunal Constitucional, relativa a la resolución de un recurso de inconstitucionalidad, bajo la ponencia del magistrado Antonio Truyol Serra.




En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuanto el cometido de asegurar esta unificación, según el art. 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna.

Y también en la sentencia del 11 de abril de 1985, emitida por el mismo tribunal español, en la parte que dice que<sup>23</sup>:

...Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social». De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por

---

<sup>23</sup> Párrafo único, del punto 4 de los fundamentos jurídicos de la sentencia ECLI:ES:TC:1985:53, pronunciada por el Pleno de dicho Tribunal Constitucional, relativa a la resolución de un recurso previo de inconstitucionalidad, bajo la ponencia de los magistrados Gloria Begué Cantón y Rafael Gómez-Ferrer Morant.



el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa.

El Tribunal Constitucional de Perú en un interesante fallo de 11 de julio de 2005, destaca que<sup>24</sup>:

En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional.


De la misma manera, es relevante también la sentencia de fecha 4 de enero de 2011, pronunciada por el Tribunal Constitucional Chileno, en la parte que dice<sup>25</sup>:

Que los márgenes constitucionales a que se ha aludido antes dicen relación,

---

<sup>24</sup>Párrafo primero, del punto 9 de los fundamentos de la sentencia EXP. N° 3330- 2004-AA/TC, pronunciada por el Pleno de dicho Tribunal Constitucional (sin datos del ponente).

<sup>25</sup> Véase el considerando vigésimo de la sentencia Rol 1683-10-INA, pronunciada por el citado Tribunal Constitucional, bajo la ponencia de la ministra Marisol Peña Torres.



básicamente, con los derechos fundamentales que la Constitución asegura a todas las personas, ya no sólo desde un punto de vista subjetivo, mirado desde la perspectiva del titular del derecho, sino que también desde un prisma objetivo que supone aceptar que tales derechos constituyen hoy la piedra angular de todo el ordenamiento jurídico positivo.


Así como el criterio que en 2016 emitió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, donde dispuso que<sup>26</sup>:

Los derechos fundamentales gozan de una doble cualidad dentro del ordenamiento jurídico mexicano, ya que comparten una función subjetiva y una objetiva. Por una parte, la función subjetiva implica la conformación de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, constituyéndose como inmunidades oponibles en relaciones de desigualdad formal, esto es, en relaciones con el Estado. Por otro lado, en virtud de su configuración normativa más abstracta y general, los derechos fundamentales tienen una función objetiva, en virtud de la cual unifican, identifican e integran, en un sistema jurídico determinado, a las restantes normas que cumplen funciones más específicas. Debido a la concepción de los derechos fundamentales como normas objetivas, los mismos permean en el resto de componentes del sistema jurídico, orientando e inspirando normas e instituciones pertenecientes al mismo.

Expuesto lo anterior, en mi opinión, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales es quizá el constructo que ha materializado de una manera más intensa el efecto de esa clase de derechos en los sistemas jurídicos occidentales postmodernos, pues se observa que las normas de la zona dogmática constitucional terminan permeando, orientando, encauzando, actualizando, adaptando, e incluso reciclando a las restantes normas e instituciones del sistema.

---

<sup>26</sup> Tesis jurisprudencial, 1a./J. 43/2016 (10a.), registro 2012505, emitida en la 10ª época, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo las ponencias de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz, de rubro “DERECHOS FUNDAMENTALES. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA”, visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, página 333.



Así, en lo que interesa a este trabajo, si estamos de acuerdo que la paz es un derecho fundamental, entonces este derecho puede irradiar su efecto de dimensión objetiva en las restantes normas e instituciones del sistema, para lograr su efectividad.

#### 4. LAS GARANTÍAS<sup>27</sup>

Luigi Ferrajoli<sup>28</sup> dice que para la realización de los derechos fundamentales, se requiere en la *praxis* de ciertas herramientas normativas positivizadas tendentes a reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por tanto, encaminadas a posibilitar la máxima eficacia de esas prerrogativas en coherencia con su estipulación constitucional. A esas herramientas tutelares se les ha denominado “garantías”, pues se constituyen en deberes correlativos a los referidos derechos.

Para el citado autor, las garantías se dividen en dos categorías: primarias y secundarias. Las garantías primarias, se refieren a las herramientas normativas que pretenden maximizar la eficacia de los derechos fundamentales mediante prescripciones normativas de dos tipos: prohibiciones de lesión y obligaciones de prestación. Esta categoría de garantías parte del supuesto de que el destinatario del mandato u obligación establecidos en la norma garante lo obedecerá, y, en esas condiciones el derecho fundamental tutelado será optimizado.

En ese sentido, por ejemplo, la proscripción de discriminación<sup>29</sup> actuaría como una manifiesta prohibición de lesión respecto del derecho fundamental a la igualdad<sup>30</sup>. Y,

---

<sup>27</sup> Tapia Vega, Ricardo, *El juicio oral como mecanismo de garantía de derechos fundamentales*, Ed. Diké-Universidad Santiago de Cali, Colombia, 2021. Pp. 100-104.

<sup>28</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, ed. 10ª, España, 2010, p. 25.

<sup>29</sup> Contendida explícitamente, por ejemplo, en el artículo 26 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que dice que “...la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

<sup>30</sup> Contenido explícitamente, por ejemplo, en los artículos 3 y 26 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* que dicen, respectivamente que “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”, y que “todas las personas son iguales ante la ley...”.

por ejemplo, el deber de proporcionar educación a cargo del Estado<sup>31</sup>, actuaría como una obligación de prestación respecto del derecho fundamental a la educación<sup>32</sup>.

Ahora, respecto de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales, se observa que las garantías primarias de obligación de prestación resultan más apropiadas para maximizar estos últimos.

En esa tesitura, Héctor Gros Espiell<sup>33</sup> dice que “mientras los derechos civiles y políticos suponen en lo esencial un deber de abstención del Estado, los económicos, sociales y culturales implican un hacer estatal que brinde los servicios, las prestaciones y los medios necesarios para que puedan existir”.


---

<sup>31</sup> Contendida explícitamente, por ejemplo, en el artículo 13.2 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* que dice que:

“2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente”.

<sup>32</sup> Contenido explícitamente, por ejemplo, el artículo 13.1 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* que dice que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación...”.

<sup>33</sup> Citado por Zapara Zurita, Gunnar, *et al*, *¡Sapere Aude!...: la información libre de censura y libre de mercado*, s/Ed., Bolivia, 2010, p. 238, visible en el siguiente sitio de internet: [https://books.google.com.mx/books?id=iRKOHae04hgC&pg=PA238&lpg=PA238&dq="mientras+los+derechos+civiles+y+pol%C3%ADticos+suponen+en+lo+esencial+un+deber+de+abstenci3n+del+Estado,+los+econ3micos,+sociales+y+culturales+implican+un+hacer+estatal+que+brinde+los+servicios,+las+prestaciones+y+los+medios+necesarios+para+que+puedan+existir"&source=bl&ots=tl6CJJHDy8&sig=dkDTV8KzrUCKQ11Gx84B2cM2QUQ&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwivq\\_-Q6ILVAhUF6SYKHZ1JAeQQ6AEIjAA#v=onepage&q="mientras%20los%20derechos%20civiles%20y%20pol%C3%ADticos%20suponen%20en%20lo%20esencial%20un%20deber%20de%20abstenci3n%20del%20Estado%2C%20los%20econ3micos%2C%20sociales%20y%20culturales%20implican%20un%20hacer%20estatal%20que%20brinde%20los%20servicios%2C%20las%20prestaciones%20y%20los%20medios%20necesarios%20para%20que%20puedan%20existir"&f=false](https://books.google.com.mx/books?id=iRKOHae04hgC&pg=PA238&lpg=PA238&dq=) (consultado el 23 de diciembre de 2023).



Por otra parte, las garantías secundarias se presentan como herramientas normativas remediales, frente a la violación de los derechos fundamentales y de sus garantías primarias, en tres tipos: sanciones, nulificaciones y reparaciones.


Así, esta categoría de garantías parte del supuesto de ante la violación de los derechos fundamentales (y de sus garantías primarias), la remediación volverá a hacer efectivos esos derechos en coherencia con su estipulación.

En ese sentido, por ejemplo, la pena impuesta en la comisión de un delito actuaría como una sanción remedial respecto de la violación del derecho fundamental conculcado con el ilícito<sup>34</sup>. Por ejemplo, las indemnizaciones derivadas de ilícitos, actuarían como una reparación remedial respecto de la violación a derechos fundamentales<sup>35</sup>. Y la expulsión

---

<sup>34</sup> En ese sentido, véase, por ejemplo, la tesis jurisprudencial, 1a./J. 40/2013 (10a.), registro 2003918, emitida en la décima época por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, de rubro “AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL. LA VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO TIENE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVERLO CUANDO SE IMPUGNAN APARTADOS JURÍDICOS DIVERSOS AL DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA, cuyo texto dice que: “Conforme al principio de progresividad en la protección de los derechos humanos, entre ellos, los derechos de acceso a la justicia y recurso efectivo, garantizados en los artículos 1o., 17 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 8, numeral 1, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la víctima u ofendido del delito tiene legitimación para impugnar, a través del juicio de amparo directo, la constitucionalidad de todos los apartados que conforman la sentencia definitiva condenatoria. De ahí que no se actualice la causa de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el numeral 10, ambos de la Ley de Amparo, por el hecho de que la víctima u ofendido impugne apartados jurídicos diversos al de reparación del daño de la sentencia definitiva; lo anterior es así, toda vez que la legitimación para promover un juicio constitucional no se constriñe a los supuestos establecidos expresamente en el referido artículo 10, sino que debe atenderse con la amplitud de protección establecida en el artículo 20 constitucional y analizar cuando se reclama la afectación personal y directa de algunos de los derechos humanos ahí reconocidos. Dicha legitimación es acorde con el principio de equilibrio de las partes procesales en materia penal y con el reconocimiento de la calidad de parte activa en el sistema procesal a favor de la víctima u ofendido del delito, ya que permite exigir el derecho a conocer la verdad; solicitar que el delito no quede impune; que se sancione al culpable y se obtenga la reparación del daño, mediante la impugnación no sólo de la eventual ilegalidad del apartado concreto de reparación del daño, sino también de los pronunciamientos judiciales relacionados con los presupuestos de acreditación del delito, la demostración de la plena responsabilidad penal del sentenciado y la individualización de sanciones. Consecuentemente, la legitimación de la víctima u ofendido del delito para promover juicio de amparo directo debe interpretarse en sentido amplio y protector como instrumento legal y eficaz que garantice la protección de sus derechos humanos, en franca oposición al delineamiento de acciones regresivas”.

<sup>35</sup> En ese sentido, véase, por ejemplo, la tesis jurisprudencial, P./J. 73/2009, registro 166796, emitida en la novena época por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, de rubro “DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. SU CONCEPTO Y ALCANCE”, cuyo texto, en lo que interesa dice que: “...atento a los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la reparación integral permite, en la medida de lo posible, anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que debió haber existido con toda probabilidad, si el acto no se hubiera cometido, y de no ser esto posible, procede el pago de



de una norma del sistema jurídico, merced a un juicio de amparo, actuarían como una nulificación (de dicha norma) remedial respecto de la violación al derecho fundamental en el referido amparo<sup>36</sup>.

Así, en lo que interesa a este trabajo, si estamos de acuerdo que la paz es un derecho fundamental, entonces las soluciones jurídicas del conflicto, tema que se expone a continuación en el ítem subsiguiente, se constituirían como garantías secundarias o remediales, frente a la distorsión de dicho derecho fundamental.

## 5. EL CONFLICTO Y SUS SOLUCIONES JURÍDICAS

El término “conflicto” quiere decir “combate, lucha, pelea...problema, cuestión, materia de discusión”<sup>37</sup>.

En la definición de Conforti<sup>38</sup>:

...el conflicto es una relación social de interdependencia entre dos o más actores, que incluso en coaliciones, orientan sus conductas en función del poder del que disponen para no reconocer al otro, no legitimar la pretensión de sus intereses y


---

una indemnización justa como medida resarcitoria por los daños ocasionados, lo cual no debe generar una ganancia a la víctima, sino que se le otorgue un resarcimiento adecuado...”.

<sup>36</sup> En ese sentido, véase, por ejemplo, en México, la tesis jurisprudencial, P./J. 73/2009, registro 166796, emitida en la novena época por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, de rubro “SENTENCIAS DE AMPARO. PARA OBTENER SU CUMPLIMIENTO, EL JUZGADOR DEBE SUJETAR AL PROCEDIMIENTO OFICIOSO TODOS LOS ACTOS DE APLICACIÓN DE LA LEY TRIBUTARIA DECLARADA INCONSTITUCIONAL EMITIDOS HASTA ANTES DEL DICTADO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA”, cuyo texto, en lo que interesa dice que: “Toda aplicación de una ley declarada inconstitucional debe verse afectada con la protección constitucional otorgada al quejoso, de forma que el órgano jurisdiccional que conozca del amparo debe obligar oficiosamente a la autoridad administrativa a declarar la insubsistencia tanto del primer acto de aplicación, como de los demás actos dictados hasta antes de ser pronunciada la sentencia definitiva. Lo anterior es así, porque una vez firme la sentencia protectora, sus efectos deben retrotraerse para dejar insubsistente la primera afectación reclamada e irradiar esa protección en favor del quejoso respecto de todo acto de fecha posterior a esa primera aplicación, suscitado durante el curso del juicio...”. Véase también la tesis jurisprudencial, P. 31, registro 205988, emitida en la octava época por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro “LEYES, AMPARO CONTRA, EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN”, cuyo texto, en lo que interesa dice que: “...si se concedió el amparo, el efecto inmediato será nulificar la validez jurídica de la ley reclamada en relación con el quejoso y si el juicio se promovió con motivo del primer acto de aplicación, éste también será contrario al orden constitucional; dentro del mismo supuesto de concesión del amparo, ninguna autoridad puede volverle a aplicar válidamente la norma jurídica que ya se juzgó, dado que la situación jurídica del quejoso se rige por la sentencia protectora...”.

<sup>37</sup> Diccionario de la Real Academia Española, ob. cit., (consultado el 23 de diciembre de 2023)

<sup>38</sup> Conforti, Franco, *Mediación electrónica. Del ODR a la mediación electrónica*, en Pérez Saucedo, José Benito, et al (coordinadores), *Mediación -Temas selectos-*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2018, p. 24.



objetivos, los que percibidos (o no) como total o parcialmente incompatibles, pueden (o no) ser filtrados en conciencia a través de sus marcos de referencia y de sus emociones.

Ahora, sobre el término “controversia”, se nos dice que<sup>39</sup>:

Normalmente a este concepto se le suele utilizar como sinónimo de conflicto. Sin embargo, si atendemos a su significado literal (RAE) es definido como una «discusión de opiniones contrapuestas entre dos o más personas», podemos perfectamente asociar el vocablo al momento en que el conflicto ya fue sometido para su discusión ante alguien, que puede ser un mediador, un juez o un árbitro.

Por su parte, como ya se ha visto, el término “paz” alude a la relación de armonía entre las personas, sin enfrentamientos ni conflictos. Así, considero que el derecho fundamental que inicialmente se afecta con el conflicto es el inherente a la paz<sup>40</sup>.

Ahora, en relación a las técnicas jurídicas, se ha observado a través de la historia que las sociedades han utilizado esencialmente tres formas para resolver las controversias de las personas: la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición. A continuación, se procederá a explicar cada una de ellas.

La autotutela importa la imposición coactiva de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno, sin la intervención de terceros. Fue en un principio el medio más utilizado para resolver conflictos. Actualmente, en lo general, la autotutela está prohibida y es punida<sup>41</sup>; no obstante, aún subsisten lícitamente algunas de sus formas, por ejemplo, en el corte de las ramas de predio vecino extendidas en el propio<sup>42</sup>, o en la destrucción de animales que no siendo de nuestra propiedad causen daños en el fundo propio<sup>43</sup>.

La autocomposición consiste en un arreglo alcanzado de forma voluntaria por los

---


<sup>39</sup> Gorjón Gómez, Francisco Javier y Sánchez García, Arnulfo, *Vademécum de arbitraje y mediación*, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 2ª, México, 2021, p. 102.

<sup>40</sup> Tapia Vega, Ricardo, *El juicio oral como mecanismo de garantía de derechos fundamentales*, ob. cit., p. 128.

<sup>41</sup> El artículo 17 de la Constitución Federal mexicana, dispone en su primer párrafo que “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”, y el Código Penal Federal mexicano (artículo 226) tipifica como delito de *ejercicio indebido del propio derecho*, a la conducta consistente en “que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia”.

<sup>42</sup> Ver, por ejemplo, el artículo 848 del Código Civil Federal mexicano.

<sup>43</sup> Ver, por ejemplo, los artículos 865 y 866 del Código Civil Federal mexicano.



propios contendientes para lograr la pacificación. Se concreta a la renuncia parcial a las posiciones defendidas inicialmente, lo que al mismo tiempo puede implicar el reconocimiento de los derechos de la parte contraria; por tanto, uno o ambos contendientes ceden voluntariamente en sus iniciales pretensiones, y de ese modo queda pacificado el litigio. Ahora, en este mecanismo son los propios contendientes los que solucionan el conflicto, aunque, eventualmente puede participar una tercera persona<sup>44</sup> que actuará *inter partes*.


Los mecanismos autocompositivos pueden clasificarse en unilaterales y bilaterales, e implican de algún modo actos de disposición de la pretensión o del derecho para poner fin a un conflicto, en los primeros la solución se alcanza por la concesión de alguna de las partes, y en los segundos por el acuerdo de éstas.

Así, dentro de los aparatos autocompositivos unilaterales se encuentran: a) la renuncia a la acción, que es la dejación definitiva del derecho tal y como se había configurado inicialmente, solucionando así el conflicto de fondo (respecto de derechos renunciables o disponibles); b) el desistimiento, que es la renuncia a la pretensión litigiosa deducida por la parte atacante. En materia penal se habla del perdón del ofendido, en ciertos delitos que lo permiten, que es una forma de extinción de la pretensión punitiva y en ocasiones también de la potestad ejecutiva (en ambos casos obviamente respecto de derechos renunciables o disponibles); y c) el allanamiento, que es la aceptación o sometimiento del demandado a la pretensión de la parte actora (respecto de derechos renunciables o disponibles).

Y dentro de los aparatos autocompositivos bilaterales se encuentra la transacción, que es un acuerdo de voluntades (contrato) por medio del cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones (respecto de derechos renunciables o disponibles), terminan una

---

<sup>44</sup> Como en la Mediación (que algunos autores, los menos, ubican en la heterocomposición, por la intervención del tercero mediador), donde la función del tercero se limita a propiciar la comunicación, la negociación entre las partes para tratar de que ellas mismas lleguen a un acuerdo que resuelva el conflicto. Normalmente se lleva a cabo de manera informal, aunque en algunos sistemas jurídicos dicho tercero puede asumir un papel más activo, consistente en proponer a las partes alternativas concretas para que resuelvan de común acuerdo sus diferencias, lo cual se ha llamado conciliación.



controversia (salvo cuando ya está fallada judicialmente<sup>45</sup>) presente o previenen una futura.<sup>46</sup>

La heterocomposición, por su parte, supone el último escalón en la evolución de los sistemas de resolución de conflictos. En estos interviene un tercero imparcial que, actuando *supra* parte, les impone su decisión a los contendientes. Tradicionalmente se han reconocido dos sistemas hetero compositivos: a) el arbitraje y b) el proceso.

El arbitraje se identifica como un tercero ajeno llamado árbitro (privado) que no se limita a proponer la solución del conflicto a las partes, sino que va a disponer dicha solución (previo sometimiento de éstas<sup>47</sup> a ése medio de solución) a través de una resolución obligatoria para las partes, a la que se le conoce como laudo. Pero ese laudo, por provenir de un árbitro privado carente de imperio, debe ser homologado a sentencia ante un juzgador del estado para tener eficacia ejecutivo coactiva<sup>48</sup>.

El proceso es característico, ya que el tercero ajeno que decide la controversia es un órgano jurisdiccional del Estado, un juzgador con potestad o imperio no sólo para emitir una resolución obligatoria para las partes, sino también para imponerla por sí mismo en forma coactiva (previo planteamiento de la controversia por una de las partes, pero sin necesidad de la existencia de un acuerdo previo entre ellas para someter el litigio al juzgador)<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Algunos sistemas jurídicos permiten inclusive la celebración de convenios sobre el modo de cumplimiento de un conflicto ya fallado.

<sup>46</sup> Ver, por ejemplo, en México, los artículos 2944 a 2963 del Código Civil Federal.

<sup>47</sup> Ya sea mediante compromiso arbitral (convenio principal que suscriben las partes para solucionar un conflicto presente) o mediante cláusula compromisoria (cláusula contenida en un contrato principal referente al sometimiento arbitral si llegase a presentarse algún conflicto derivado de dicho contrato principal).


<sup>48</sup> Ver, por ejemplo, en México, los artículos 569 a 577 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

<sup>49</sup> El artículo 14 de la Constitución Federal mexicana establece en sus párrafos segundo al cuarto que: "... Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".

En tanto que el artículo 17 de la misma Ley Fundamental, en su segundo párrafo indica que "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los



## 5.1 LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (MASC), COMO INSTRUMENTOS MÁS EFICACES EN LA CONSECUCCIÓN DE LA PAZ POSTCONFLICTUAL

Los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (MASC), “son aquellos procedimientos establecidos en la ley que se presentan como opciones que permiten a las personas gestionar los conflictos de manera voluntaria, negociada y satisfactoria para todas partes, cada uno a través de diversas estrategias, y procedimientos, con la finalidad de lograr acuerdos con plena validez legal, fuera de procesos judiciales tradicionales”<sup>50</sup>. Acorde a lo antes expuesto, los MASC estarían ubicados dentro de los mecanismos autocompositivos bilaterales de solución del conflicto.

Quiroz Villareal<sup>51</sup>, define a los MASC como los “procedimientos autocompositivos, a través de los cuales, las personas que se encuentran en una situación en que sus metas llegaran a ser o son opuestas pueden —con o sin la asistencia de un tercero sin facultades resolutorias— buscar salidas acordes a sus necesidades e intereses”.

Zúñiga González<sup>52</sup> establece que los MASC “son herramientas indispensables para generar y mantener un ambiente estable y equilibrio de intereses. Esto permite que antes de un procedimiento, los involucrados tengan acercamiento, diálogo y la posibilidad de resolver por sí mismos las controversias que se van planteando”.

Castro Acosta<sup>53</sup>, expone que “los mecanismos de resolución alternativa de conflictos son importantísimas herramientas pensadas para bajar la litigiosidad de los conflictos humanos, propendiendo por la paz social a través de un dialogo asertivo que permita mejorar y mantener abiertos canales de comunicación entre las partes, generar acuerdos

---

plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

<sup>50</sup> Véase el siguiente sitio de internet: <https://www.camasc.org.mx/masc/> (consultado el 23 de diciembre de 2023).

<sup>51</sup> Quiroz Villareal, Santiago Ignacio, *Los mecanismos alternativos de solución de controversias*, en Lobo Niembro, Rafael (coordinador), *Mecanismos alternos de solución de controversias*, Ed. INACIPE-Tirant lo Blanch, México, 2019, p. 24.

<sup>52</sup> Zúñiga González, Jesús, “Modelo de justicia alternativa constructivista-igualitaria social”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, IJF-IJ UNAM, número 50, 2020, p. 38.

<sup>53</sup> Castro Acosta, Angélica María, “La resolución alternativa de conflictos familiares”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, número 285, vol. 73, enero-abril 2023, p. 329.



mutuamente beneficios”

Considero oportuno referir que a mi parecer los medios de solución del conflicto tienen una dimensión subjetiva, que parte de la observación de los intervinientes en cada medio, criterio taxonómico dominante hasta ahora, pero también aprecio una dimensión objetiva, que parte de la observación de la manera en que el conflicto es resuelto, y, en esta última aprecio tres categorías: autotutela (solución del conflicto “por propia mano”), combate reglado (proceso y arbitraje), y concertación (medios alternos al proceso y al arbitraje).

Así, considero que la concertación, donde se hayan los MASC, es una categoría más eficaz en la consecución de la paz *postconflictual*, en relación al combate reglado y desde luego a la autotutela, pues en aquella las partes construyen, en consenso, la solución del conflicto, diluyéndolo, mientras que en este la solución es impuesta a virtud de un fallo dictado<sup>54</sup>.

En este contexto, resulta interesante poner de relieve la concepción de Carnelutti<sup>55</sup> acerca de las características y calidad del proceso:

La *litis* es, pues, un desacuerdo. Elemento esencial del desacuerdo es un conflicto de intereses: si se satisface el interés del uno, queda sin satisfacer el interés del otro, y viceversa. Sobre este elemento sustancial se implanta un elemento formal, que consiste en un comportamiento correlativo de los dos interesados: uno de ellos exige que tolere el otro y la satisfacción de su interés, y a esa exigencia se la llama *pretensión*, pero el otro, en vez de tolerarlo se opone.

No hay necesidad de agregar que la *litis* es una situación peligrosa para el orden social. La *litis* no es todavía un delito, pero lo contiene en germen. Entre *litis* y delito, hay la misma diferencia que existe entre *peligro* y *daño*. Por eso *litigiosidad* y *delincuencia* son dos índices correlativos de incivilidad: cuando más civil o civilizado es un pueblo, menos delitos se cometen y menos litigios surgen en su

---

<sup>54</sup> Véase Tapia Vega, Ricardo, *El juicio oral como mecanismo de garantía de derechos fundamentales*, ob. cit., p. 145.

<sup>55</sup> Carnelutti, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Ed. Colofón, México, 2010, pp. 23-25.

seno.

En la *litis* va siempre implícita una injusticia. En efecto, no es posible que ambos litigantes tengan razón, esto es, que tanto la pretensión como la oposición respondan a justicia: o es justa la una o es justa la otra, o una y otra sólo son justas en parte. Ahora bien, la injusticia perturba el orden y la paz social. Por eso es necesario, no tanto que los litigantes se pongan de acuerdo, cuanto que el acuerdo sea justo; tampoco en música un acorde que desentone es acorde. No hay que creer, pues, socialmente útil, que uno de los dos se rinda a la voluntad del otro, si es injusta; en tales casos, no hay más que una apariencia de paz, ya que la paz sin justicia no es paz...


Finalmente, considero que, si la operación de los medios de concertación es más eficaz en la consecución de la paz *postconflictual* que combate reglado y que la autotutela, entonces la forma “normal” de solucionar los conflictos debía ser aquella, y la forma “extraordinaria” o “alternativa” debería integrarse por estos últimos. Por esta razón creo que debería darse un rompimiento epistémico en la idea de las herramientas jurídicas de solución de los conflictos, reivindicando a los medios de concertación, quitándoles el adjetivo de “alternativos” para conceptuarlos y operarlos como ordinarios o normales, dejando como alternativas o extraordinarias a las herramientas auto tutelares y de combate reglado.

## **6. LOS DERECHOS DISPONIBLES Y NO DISPONIBLES PARA LA OPERACIÓN DE LOS MEDIOS DE CONCERTACIÓN (HOY LLAMADOS MASC): PROPUESTA DEL TEST DE DISPONIBILIDAD<sup>56</sup>**

Como presupuesto a la solución del conflicto, mediante los mecanismos alternos al proceso o al arbitraje, es indispensable tener en claro si el derecho en juego en el conflicto es disponible o no lo es, pues sólo en caso de que lo sea las partes podrán justamente disponer de él.

---

<sup>56</sup> Véase Tapia Vega, Ricardo, *Reflexiones sobre justicia alternativa, proceso y derechos humanos*, en Rojas Castro, Ovidia y Vizcaino López, María Teresa (coordinadoras), *Mediación, Educación Jurídica y Formación de Facilitadores*, Ed. Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México, 2018, pp. 114-115.



Así, si el derecho puede ser transable o renunciado es posible negociar, mediar o conciliar respecto a éste, en una escala que puede ir, según el caso, desde su renuncia hasta su concertación.

En cambio, si el derecho en juego no es susceptible de transacción o de renuncia, no podrá negociarse, mediarse o conciliarse respecto a éste.

Pero, hay que estar atento a las distintas profundidades o matices de la disponibilidad de los derechos, pues algunos de ellos permiten ciertas zonas de transacción o renuncia que posibilitan los medios alternos, aunque presenten algunas otras zonas que no den esa posibilidad.

Por ejemplo, en México, en materia de alimentos, la obligación de darlos entre deudor y acreedor no es transable o renunciado<sup>57</sup>, pero sí lo es el monto de dichos alimentos<sup>58</sup> o el acuerdo entre deudores comunes para cubrir los alimentos a un acreedor común<sup>59</sup>.

En ese sentido, me parece que una herramienta útil para poder ubicar si el derecho en juego en el conflicto es disponible o no lo es, es aplicar el *test* de disponibilidad sugerido por el que suscribe este trabajo y por Eduardo Pérez Olvera<sup>60</sup>, que propone:

---


<sup>57</sup> Véase por ejemplo la tesis aislada XXXI.8 C, registro 166516, pronunciada en la 9ª época por el Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito, bajo la ponencia de la magistrada Mayra González Solís, de rubro “ALIMENTOS. AL SURGIR DE UN IMPERATIVO LEGAL, REVESTIDO DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS GENERAL, SU ALCANCE Y EFECTIVIDAD NO PUEDEN DEPENDER DE UN CONVENIO EXTRAJUDICIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CAMPECHE)”, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, septiembre de 2009, página 3092.

<sup>58</sup> Véase por ejemplo la tesis aislada, registro 241318, pronunciada en la 7ª época por la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la ponencia del ministro David Franco Rodríguez, de rubro “ALIMENTOS. CONVENIOS”, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Volumen 85, Cuarta Parte, página 13.

<sup>59</sup> Véase por ejemplo la tesis aislada XXII.2 C, registro 204398, pronunciada en la 9ª época por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, bajo la ponencia del magistrado Julio César Vázquez-Mellado García, de rubro “ALIMENTOS. CONVENIO CELEBRADO ENTRE DEUDORES ALIMENTARIOS. (LEGISLACION DEL ESTADO DE HIDALGO)”, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo II, agosto de 1995, página 459.

<sup>60</sup> Pérez Olvera, Eduardo, *Los MASC en materia familiar. Hacia un test de disponibilidad de derechos*, Tesis de Maestría en Derecho, desarrollada dentro del Programa Nacional de Posgrados de Calidad 002478 (CONAHCYT), bajo la dirección del Doctor Ricardo Tapia Vega, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México, 2023, p.166, visible en el siguiente sitio de internet:

<http://riaa.uaem.mx/xmlui/bitstream/handle/20.500.12055/3648/PEOELD00.pdf?sequence=1>  
(consultado el 23 de diciembre de 2023).

- 
- a) Ubicar con precisión el derecho que se pretende sea objeto de acto dispositivo,
  - b) Determinar si existe alguna restricción normativa para la disposición de ese derecho,
  - c) En caso de existir restricción normativa, determinar si ésta es total o parcial, y si es parcial determinar si el derecho que se pretende que sea objeto de acto dispositivo se encuentra o no dentro de la restricción y,
  - d) En caso de que el derecho que se pretende que sea objeto de acto dispositivo se encuentre dentro de la restricción, determinar si esa restricción es o no proporcional en relación a la disposición del derecho que se pretende, aplicando en ese caso *test* de proporcionalidad.

Respecto de los dos últimos pasos de este *test*, si las limitaciones que en su caso existieren para la disposición de derechos, donde *prima facie* la operación del medio de concertación (hoy llamado MASC) estaría restringida o incluso prohibida, se hace preciso observar si la norma restrictiva o prohibitiva afecta o no los derechos fundamentales que integran la zona dogmática de la Constitución relativa al sistema jurídico en que esto se opere.

Si la norma de restricción o prohibición efectivamente limita alguno de estos derechos fundamentales, ha de pasarse entonces al siguiente nivel de análisis, que es ahora la aplicación del *test* de proporcionalidad, en la forma que éste se encuentre diseñado en el sistema jurídico donde se opere, el cual tiene por objeto básicamente someter a escrutinio la limitación, tomando como base la identificación de una finalidad constitucionalmente válida, la idoneidad y necesidad de la restricción, y la ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados.

Si la limitación no pasa el *test* de proporcionalidad, me parece que es dable inaplicarla y proceder a operar el medio de concertación, haciendo efectiva la dimensión objetiva del derecho fundamental a la paz, y tomando en consideración que el medio de concertación es una garantía secundaria, tuitiva de tal derecho fundamental, más efectiva que las garantías relativas al combate reglado y desde luego a la autotutela, como se ha visto en




parte *in fine* del ítem 5, supra.

## 7. REFERENCIAS

### Bibliográficas

- Carnelutti, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Ed. Colofón, México, 2010.
- Conforti, Franco, *Mediación electrónica. Del ODR a la mediación electrónica*, en Pérez Saucedo, José Benito, et al (coordinadores), *Mediación -Temas selectos-*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2018.
- Cossío Díaz, José Ramón, *Derechos humanos. Apuntes y reflexiones*, Ed. El Colegio Nacional, México, 2019.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, ed. 10ª, España, 2010.
- Gorjón Gómez, Francisco Javier y Sánchez García, Arnulfo, *Vademécum de arbitraje y mediación*, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 2ª, México, 2021.
- Quiroz Villareal, Santiago Ignacio, *Los mecanismos alternativos de solución de controversias*, en Lobo Niembro, Rafael (coordinador), *Mecanismos alternos de solución de controversias*, Ed. INACIPE-Tirant lo Blanch, México, 2019.
- Roque Huerta, Edith y Magallanes Ramírez, Héctor Antonio Emiliano, *Las mujeres y la cultura de la paz*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2022.
- Tapia Vega, Ricardo, *El juicio oral como mecanismo de garantía de derechos fundamentales*, Ed. Díké-Universidad Santiago de Cali, Colombia, 2021.
- \_\_\_\_\_, en Subía C., Andrea (compiladora), *Memorias III Congreso Internacional de Justicia Constitucional y Pluralismo Jurídico*, Ed. Universidad de Otavalo, Ecuador, 2021.
- \_\_\_\_\_, *Reflexiones sobre justicia alternativa, proceso y derechos humanos*, en Rojas Castro, Ovidia y Vizcaino López, María Teresa (coordinadoras),



*Mediación, Educación Jurídica y Formación de Facilitadores*, Ed. Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México, 2018.

### **Hemerográficas**

Castro Acosta, Angélica María, “La resolución alternativa de conflictos familiares”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, número 285, vol. 73, enero-abril 2023.

Barceló R., Víctor Manuel, “Fundamentos para la paz mundial”, *Archipiélago. Revista Cultural de Nuestra América*, México, CIALC-UNAM, número 107, vol. 27, 2021.

Zúñiga González, Jesús, “Modelo de justicia alternativa constructivista-igualitaria social”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, IJF-III UNAM, número 50, 2020.

### **Normativas**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política de la República de Colombia.

Resolución 33/73 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (“Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz”).

Resolución 39/11, de la Asamblea General de las Naciones Unidas (“Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz”).

Sentencia ECLI:ES:TC: 1981:25, pronunciada por el Pleno de dicho Tribunal Constitucional español, relativa a la resolución de un recurso de inconstitucionalidad, bajo la ponencia del magistrado Antonio Truyol Serra.

Sentencia ECLI:ES:TC: 1985:53, pronunciada por el Pleno de dicho Tribunal Constitucional español, relativa a la resolución de un recurso previo de inconstitucionalidad, bajo la ponencia de los magistrados Gloria Begué Cantón y Rafael Gómez-Ferrer Morant.

Sentencia EXP. N° 3330- 2004-AA/TC, pronunciada por el Pleno del Tribunal Constitucional peruano, (sin datos del ponente).

Sentencia Rol 1683-10-INA, pronunciada por el citado Tribunal Constitucional chileno, bajo la ponencia de la ministra Marisol Peña Torres.

### Electrónicas


Alexy, Robert, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, visible en el siguiente sitio de internet: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf> (consultado el 23 de diciembre de 2023).

Gros Espiell, Héctor, *El derecho humano a la paz*, pp. 533-534, visible en el siguiente sitio de internet: <https://corteidh.or.cr/tablas/r21744.pdf> (consultado el 23 de diciembre de 2023).

Ortega García, Ramón, *La constitucionalización del derecho mexicano*, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”. Visible en el siguiente sitio de internet: <https://www.elsevier.es/es-revista-boletin-mexicano-derecho-comparado-77-pdf-S004186331371144X> (consultado el 23 de diciembre de 2023).

Pérez Olvera, Eduardo, *Los MASC en materia familiar. Hacia un test de disponibilidad de derechos*, Tesis de Maestría en Derecho, desarrollada dentro del Programa Nacional de Posgrados de Calidad 002478 (CONAHCYT), bajo la dirección del Doctor Ricardo Tapia Vega, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México, 2023, visible en el siguiente sitio de internet: <http://riaa.uaem.mx/xmlui/bitstream/handle/20.500.12055/3648/PEOELD00.pdf?sequence=1> (consultado el 23 de diciembre de 2023).

Tapia Vega, Ricardo, *Reflexiones sobre el derecho fundamental a la paz*, en Tapia Vega, Ricardo, Anichiarico González, Angélica María, *et al* (coordinadoras), *La construcción de la paz*, Ed. Universidad Autónoma del Estado de Morelos-



Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, 2020, visible en el siguiente sitio de Internet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=873360> (consultado el 23 de diciembre de 2023).

S./a., *La paz es un derecho humano*, en el siguiente sitio de internet: [http://www.unesco.org/archives/multimedia/?pg=33&s=film\\_details&id=2800](http://www.unesco.org/archives/multimedia/?pg=33&s=film_details&id=2800) (consultado el 23 de diciembre de 2023).

Sitio de internet: <https://www.camasc.org.mx/masc/> (consultado el 23 de diciembre de 2023).

Unesco, *El Derecho Humano a la Paz, Declaración del director general*, visible en el siguiente sitio de internet:


[http://www.unesco.org/education/pdf/MAYOR2\\_S.PDF](http://www.unesco.org/education/pdf/MAYOR2_S.PDF) (consultado el 6 de septiembre de 2023).

Vidal León Christian Manelic, en *El derecho humano a la paz y su aplicación en los sistemas jurídicos nacionales y en el derecho internacional*, visible en el siguiente sitio de internet:

<http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanálisis2/derechoalapaz/articulos/chistianvidal.pdf> (consultado el 23 de diciembre de 2023).

Zapara Zurita, Gunnar, *et al, ¡Sapere Aude!...: la información libre de censura y libre de mercado*, s/Ed., Bolivia, 2010, p. 238, visible en el siguiente sitio de internet:

[https://books.google.com.mx/books?id=iRKOHae04hgC&pg=PA238&lpg=PA238&dq="mientras+los+derechos+civiles+y+pol%C3%ADticos+suponen+en+lo+esencial+un+deber+de+abstención+del+Estado,+los+económicos,+sociales+y+culturales+implican+un+hacer+estatal+que+brinde+los+servicios,+las+prestaciones+y+los+medios+necesarios+para+que+puedan+existir"&source=bl&ots=tl6CJJHDy8&sig=dkDTV8KzrUCKQ11Gx84B2cM2QUQ&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwivq\\_-Q6ILVAhUF6SYKHZ1JAeQQ6AEIjAA#v=onepage&q="mientras%20los%20derechos%20civiles%20y%20pol%C3%ADticos%20suponen%20en%20lo%20esenci](https://books.google.com.mx/books?id=iRKOHae04hgC&pg=PA238&lpg=PA238&dq=)



al%20un%20deber%20de%20abstención%20del%20Estado%2C%20los%20económicos%2C%20sociales%20y%20culturales%20implican%20un%20hacer%20estat al%20que%20brinde%20los%20servicios%2C%20las%20prestaciones%20y%20los%20medios%20necesarios%20para%20que%20puedan%20existir”&f=false (consultado el 23 de diciembre de 2023).

Diccionario de la Real Academia Española, visible en el siguiente sitio de internet: <https://www.rae.es/> (consultado el 23 de diciembre de 2023).

Buscador de leyes federales mexicanas, visible en el siguiente sitio de internet: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> (consultado hasta el 23 de diciembre de 2023)

Buscador de tesis aisladas y jurisprudencia mexicana del Poder Judicial de la Federación, visible en el siguiente sitio de internet:

<https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/tesis.aspx> (consultado hasta el 23 de diciembre de 2023)

Buscador de Tratados Internacionales celebrados por el estado mexicano, visible en el siguiente sitio de internet:

[https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/consulta\\_nva.php](https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/consulta_nva.php) (consultado hasta el 23 de diciembre de 2023)



## MEDIDAS CAUTELARES CONSTITUCIONALES

MSc. Karla Yáñez<sup>1</sup>


Las medidas cautelares de manera general, son herramientas naturales dentro de los procesos judiciales, de las cuales me atrevo a decir que, aunque ha existido vasto desarrollo, hay ciertas imprecisiones desde el punto de vista terminológico y también con respecto, a su tratamiento normativo dentro de las distintas normas jurídicas que les regulan.

Sin embargo, de manera general, podemos aducir que el objeto de una medida cautelar, entendida esta, como aquella providencia que se da en el contexto de un proceso judicial, principalmente se apoya en lo que es el derecho a la tutela judicial efectiva.

Dicho esto, las medidas cautelares, en el contexto de los procesos judiciales, siempre tendrán como principal finalidad garantizar la ejecución de un fallo, relacionado naturalmente al proceso dentro del cual se dictan dichas medidas.

---

<sup>1</sup> Abogada egresada de la Universidad Santa María. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Otavalo honorífica. Coordinadora académica y docente investigadora a tiempo completo de la carrera de Derecho de la Universidad de Otavalo, titular de las cátedras de teoría general del derecho, derecho constitucional y litigación constitucional. Docente de postgrado en la maestría de Derechos Humanos de la Universidad Latinoamericana de Ciencias Jurídicas de Miami. Diplomado en Derecho Internacional y Derechos Humanos. Defensora de los Derechos Humanos por el observatorio de Derechos y Justicia y Fundación National Endowment for Democracy. Mediadora por el programa europeo frontera norte y cooperación técnica alemana GIZ. Directora del proyecto de investigación Los Derechos Digitales en la presentación de los servicios de Justicia e Investigadora principal en el proyecto: nuevas perspectivas de los Derechos Humanos para el desarrollo sostenible. Investigadora acreditada y autora de publicaciones científicas en las áreas de Derecho Constitucional, Derechos Humanos, teoría del derecho, derechos fundamentales e interculturalidad. Ponente nacional e internacional y ex abogada adjunta de la Fiscalía General del Estado.




Asimismo, normativamente hablando, en las distintas áreas sustantivas del derecho se suelen establecer catálogos dentro de los códigos. Por ejemplo, en materia civil, dentro del Código Orgánico General de Procesos, encontraremos los distintos tipos de medidas que la norma nos ofrece para garantizar la futura ejecución de un fallo, como les decía, en el contexto del derecho de la tutela judicial efectiva.

Las medidas cautelares, dentro del ámbito constitucional, por su parte, no solamente se limitan a tener esta finalidad de garantizar la ejecución de un fallo, sino que más bien están concebidas de una manera distinta. Y eso es lo que quisiera abordar con ustedes el día de hoy: poder comprender el modo sui géneris de lo que son las medidas cautelares dentro del contexto constitucional.

Algunos autores, como por ejemplo el doctor Terán, que creo que nos va a acompañar acá esta noche, define las medidas cautelares desde el punto de vista o dentro de la jurisdicción constitucional como garantías constitucionales. Algunos otros las incluyen a las medidas cautelares constitucionales dentro del catálogo de garantías jurisdiccionales, particularmente yo difiero de esta última idea.

Por tanto, las medidas cautelares, aunque dentro del proceso constitucional tanto la Constitución como la Ley Orgánica de garantía jurisdiccionales permite que se requieran de manera autónoma y con decir de manera autónoma me refiero a que no se encuentren acompañadas de una garantía jurisdiccional propiamente dicha, terminan siendo un mecanismo que busca proteger los derechos constitucionales en dos momentos básicos que es lo que tenemos que observar en materia de medidas cautelares constitucionales. Un primer momento, frente a una amenaza grave de la posible violación de un derecho constitucional. En este caso, la finalidad de la medida cautelar en materia constitucional será anticiparse y prevenir que en efecto que se ejecute la violación del derecho constitucional.

En un segundo momento, cuando se encuentra ocurriendo la violación del derecho constitucional. En este caso, entonces, ya la finalidad estará relacionada con hacer cesar la vulneración de este derecho. En este segundo caso, evidentemente, como ya se ha




producido la vulneración del derecho, la medida cautelar constitucional tendrá que ir acompañada de una garantía jurisdiccional.

Por tal razón, aquí entran en juego lo que son las características de las medidas cautelares, como les decía, que no se consideran, o al menos esta autora no las considera, como una garantía jurisdiccional propiamente dicha, porque las medidas cautelares son una herramienta que no genera un pronunciamiento previo por parte del juez con respecto al fondo del proceso, sino que más bien, inclusive dentro de la jurisdicción constitucional, las medidas cautelares son inaudita parte, es decir, con que el juez tenga conocimiento, bien sea por cuenta propia o porque le hayan puesto en su conocimiento, de la posibilidad de la vulneración de un derecho o de que se encuentra ocurriendo actualmente la vulneración de un derecho, ya es posible que sobre la base de lo expuesto por la parte, el juez decreta una medida cautelar en el ámbito constitucional.

Entonces, evidentemente, no hay todavía contradicción dentro del proceso, sino que se garantiza el derecho constitucional en tanto lo alegado por la presunta víctima de violación de derechos constitucionales, esto quiere decir que, al no existir la contradicción dentro del proceso del decreto de la medida cautelar constitucional no se constituye como un pronunciamiento anticipado o prejuzgamiento sobre el fondo del proceso y por lo tanto, se evidencia otra característica de las medidas cautelares y es su provisionalidad.

La medida cautelar se encontrará vigente desde el momento en que la decreta el juez y hasta tanto dure el proceso o hasta tanto la otra parte logre demostrar que en efecto no se ha vulnerado este derecho constitucional. Por lo tanto, las medidas cautelares constitucionales no van a tener esta vocación de ser permanentes o definitivas como no lo es ninguna medida dentro de los procesos judiciales, pero más aún en el contexto de la justicia constitucional.

Otro elemento que caracteriza las medidas cautelares dentro del ámbito constitucional es su variabilidad. En primer lugar, no se encuentran taxativamente planteadas dentro de lo que es la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales; podrían inclusive configurarse dentro de la categoría dogmática que la doctrina ha definido como medidas



cautelares innominadas, es decir, aquellas medidas que tanto las partes como el juez diseñan, en atención a los requerimientos y la necesidad del caso específico, según el planteamiento fáctico que se haya realizado en el caso, con la finalidad de cesar la vulneración del derecho o de impedirla.


Las medidas cautelares constitucionales deben regirse sobre la base del principio de proporcionalidad, es decir, deben ser diseñadas de manera que guarden una relación directa con la gravedad de la amenaza del derecho y que la intensidad de la medida para protegerlo esté estrictamente relacionada con la situación fáctica que probablemente va a vulnerar el derecho o que los está vulnerando respecto de la medida que se diseña para tal fin.

Las medidas cautelares también se rigen por la motivación, ya que, aunque se otorgan inaudita parte, deben estar debidamente justificadas. Los requisitos para que procedan estas medidas están establecidos en la Constitución en su Artículo 87 y en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Estos requisitos son los clásicos que ha desarrollado la doctrina, aunque se agrega uno más.

Los requisitos clásicos son el "fumus boni iuris" y el "periculum in mora". El "fumus boni iuris" está relacionado con la verificación por parte del juez de la existencia del derecho que se alega que puede ser vulnerado y que este derecho ha sido violado o amenazado. Aunque no constituye un pronunciamiento de fondo, se requiere un análisis de los elementos aportados por la presunta víctima de violación de derechos.

Por otra parte, el "periculum in mora" está relacionado con la existencia de un peligro inminente mientras ocurre el proceso. Las garantías jurisdiccionales se caracterizan por ser procedimientos informales y expeditos, pero requieren de un transitar procesal común a cualquier proceso. Las medidas nos otorgan esa inmediatez para dar solución, aunque sea de manera temporal, a una vulneración del derecho.

En el contexto de la justicia constitucional y de medidas cautelares constitucionales, el "periculum in mora" está relacionado con la posibilidad de que se consuma una violación mucho más grave o que el daño que se genere producto de la vulneración del derecho sea totalmente irreparable. En este contexto, tenemos los requisitos de procedencia.




Otro requisito de procedencia sería la adecuación, relacionado con el principio de proporcionalidad. La medida que se diseñe por parte del juez debe satisfacer de manera directa la pretensión de la parte con respecto a cesar la amenaza o cesar la vulneración del derecho constitucional, entonces sobre la base de estos el resulta que en materia de medidas cautelares constitucionales en el Ecuador de cierto modo se ha desnaturalizado lo que son las medidas cautelares constitucionales.

En virtud de que, aunque en principio se establecen como un mecanismo constitucional para proteger los derechos constitucionales hacia una posible violación de derechos, bien sea de manera autónoma o bien sea acompañado de una garantía jurisdiccional, se desnaturaliza lo que es esta herramienta procesal dentro de la justicia constitucional, en virtud de que en muchos casos es evidente que, por ejemplo, se otorgan medidas cautelares de manera indefinida o que se utilizan de manera indiscriminada, inclusive cuando existe una prohibición expresa de decretar estas medidas en los casos que existan medidas que puedan ser adoptadas o que puedan solventar la situación sobre la base de la justicia ordinaria.

Esas son algunas problemáticas que se han detectado en materia de medidas cautelares, adicionalmente al hecho de que, como les decía, si bien es cierto estas medidas cautelares son una medida que resulta de avanzada en materia de protección de derechos fundamentales, es necesario que se mejore su aplicación en su implementación en el entendido de que la justicia constitucional, aunque esté a la mano, aunque es una justicia expedita, no debería ser la válvula de escape del resto de las áreas del derecho, no se debería desnaturalizar la justicia constitucional.

En este sentido, es necesario que se fortalezca evidentemente lo que sería el análisis desde el punto de vista teórico de los requisitos tanto de procedencia como de procedibilidad en materia de medidas cautelares. Sobre este particular, la Corte Constitucional ha generado jurisprudencia que pudiera compartir con ustedes, en la cual ha señalado evidentemente que es necesario que se verifique de manera cierta y con los elementos probatorios correspondientes que existe un peligro inminente y un derecho



constitucional o derecho humano que se encuentra amenazado para poder decretar una medida cautelar.


No obstante, en este caso, se ha logrado determinar que en muchas ocasiones los jueces constitucionales no realizan un examen adecuado de estos presupuestos antes de conceder las medidas cautelares, lo que genera evidentemente un problema desde el punto de vista práctico o instrumental que está relacionado con que, aunque los jueces constitucionales deben realizar un análisis riguroso sobre la procedencia y duración de estas medidas para evitar el uso excesivo e injustificado de las mismas, se ha llegado a desnaturalizar esta herramienta de manera recurrente.

Esto, nos lleva a una problemática adicional y es a repensar o replantearnos lo que es la estructura de la justicia constitucional en el Ecuador. Si bien es cierto nosotros contamos con una alta Corte especializada en materia constitucional, la estructura de la justicia constitucional en Ecuador, salvo por este máximo tribunal, echa mano de lo que son los integrantes de la justicia ordinaria, los jueces de primer nivel en todas sus materias, los jueces de Corte Provincial de Justicia y los jueces de Corte Nacional según sea el caso, a quienes la Constitución les otorga la facultad de conocer algunas garantías jurisdiccionales, salvo aquellas que son de conocimiento reservado para la Corte Constitucional del Ecuador.

En principio las garantías jurisdiccionales que son o que se permiten conocer a través de jueces de primera instancia son la acción de protección, habeas corpus, habeas data, acción de acceso a la información pública, y dichos jueces ordinarios en muchas ocasiones tal vez no tienen los conocimientos técnicos jurídicos para abordar un caso desde la óptica del derecho constitucional.

Lo anterior en virtud que el proceso hermenéutico dentro de la justicia constitucional difiere totalmente de los métodos de interpretación tradicionales relacionados con otras áreas del derecho, como el Derecho civil o el derecho penal. La labor del juez constitucional es mucho más proactiva y activa dentro del proceso.

Los jueces constitucionales tienen ciertas atribuciones dentro del proceso constitucional, incluso la de requerir pruebas de manera autónoma en cualquier momento del proceso.



También pueden dirigir el proceso bajo el principio *iura novit curia*, identificando cuál es el derecho vulnerado y la garantía idónea para el conocimiento del caso.

Es real que los jueces, especialmente los de instancia, en ocasiones sienten temor de ejercer la justicia constitucional o desconocen las herramientas judiciales que les otorga la Constitución. Estas son algunas precisiones con respecto a las medidas cautelares desde el punto de vista constitucional dentro de la jurisdicción constitucional.

La principal diferencia procesal entre las medidas cautelares en la justicia ordinaria y en la justicia constitucional es que, en esta última, la finalidad intrínseca del proceso va más allá de una reparación integral. Se busca declarar la violación o no del derecho constitucional y, en caso de violación, cesar la vulneración y evitar daños adicionales a la víctima.

Posterior al cumplimiento de esta finalidad, se encuentra la reparación integral, que puede no necesariamente ser de índole económica. Se busca restituir a la víctima al momento previo a la violación del derecho, lo cual es la principal función del proceso constitucional. Por tanto, la naturaleza de las medidas cautelares en la justicia constitucional difiere de las de la justicia ordinaria en cuanto a su finalidad



## VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO


PhD. José Luis Terán<sup>1</sup>

El tema de la valoración de la prueba, al parecer, es un tema ya discutido. Es un tema aparentemente sencillo, pero que en la práctica judicial no lo es tanto, porque produce varios efectos jurídicos. Habría que empezar señalando que por valoración de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin determinar el valor probatorio de cada medio de prueba en relación con un hecho específico. A primera vista o a primera noción, diríamos que se prueba un hecho -entendido éste como todo suceso o acontecimiento que se ha producido en la realidad-. Pero si partimos de que la realidad es una abstracción de lo que es o existe, se entendería que hay una sola verdad, que hay una sola realidad.

Entonces, la pregunta es: ¿por qué difieren los razonamientos, los argumentos, la noción y las consecuencias jurídicas cuando valoramos hechos? Lo cierto es que existen yerros en materia de valoración de la prueba que pueden evidenciarse en una ausencia de motivación, en un déficit valorativo o en la falta de racionalidad en la valoración. Y esto

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho PhD por la Universidad de Salamanca-España, Doctor en Ciencias Internacionales por la Universidad Central del Ecuador, Suficiencia en Idiomas por la Escuela Superior Politécnica del Ejército. Docente por la Universidad Central del Ecuador, Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Central del Ecuador. Ha realizado estudios en la Universidad Técnica Particular de Loja obteniendo el título de magíster en Derecho Civil y Procesal Civil. Magíster en Derecho, mención Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Central del Ecuador, Magíster en Educación Superior mención Ciencias Jurídicas por la Universidad Central del Ecuador, Especialista en gestión de procesos educativos por la Universidad Central del Ecuador, Especialista superior en tributación por la Universidad Andina Simón Bolívar. Diploma Superior en gestión tributaria empresarial por la Universidad Politécnica Salesiana. Diploma Superior en género, justicia y derechos humanos por la FLACSO y es Docente invitado en varias universidades del Ecuador.




se debe a que la prueba judicial se encamina a comprobar la verdad o falsedad de las afirmaciones que cada una de las partes o de los sujetos procesales realizan sobre esos hechos.

En otras palabras, ¿qué es lo que debería probarse en un proceso judicial? El objetivo principal de un procedimiento de prueba es la averiguación de los hechos de la causa, sin embargo, es obvio que el juez no ha tenido acceso directo a los hechos, de ahí que, lo que realmente conoce el juez son los enunciados sobre esos hechos, cuya verdad hay que probar. Para entender al juicio de hecho, cabe distinguir dos concepciones de la prueba, estas concepciones son la cognoscitivista y la persuasiva. La primera, concibe la prueba como un instrumento de conocimiento, pero al mismo tiempo como fuente de un conocimiento que es sólo probable. La segunda, concibe la prueba como un instrumento para la resolución de conflictos.

Por eso, según el objetivismo crítico, la declaración de hechos probados puede ser falsa; y, según el constructivismo, no será necesario que la prueba se oriente a averiguar la verdad de los hechos litigiosos, bastará con obtener un resultado formal que sea operativo. No necesariamente el hecho o la verdad procesal, sino cómo cada uno de los sujetos procesales entiende esos hechos. Un ejemplo, matan a una mujer. La realidad existe y es como es, hay una muerte, los hechos son los que son y no de otra manera, independientemente de la mente, de las percepciones y deseos de los humanos. La epistemología objetivista entendería que el resultado muerte es incontrovertible, mientras que la epistemología subjetivista diría que verdadero es lo que resulta probado en el proceso.

¿Qué se debería probar en este caso? ¿Qué hay una muerte, que hay un homicidio, que hay un asesinato, o que hay un femicidio? En la medida en que la prueba judicial se encamina a comprobar la verdad o falsedad de afirmaciones sobre hechos relevantes para la causa, generalmente hechos del pasado que no han sido presenciados por el juzgador, la concepción de la prueba se vincula al modo en que se entienda la epistemología que se adopte: la cognoscitivista y la persuasiva. Entonces, ¿será que en un proceso debo comprobar la verdad de los enunciados a la luz de las pruebas




disponibles, o simplemente debo persuadir al juez con el único objetivo de obtener una resolución favorable?

Si yo actúo como fiscal, ¿qué me correspondería probar? Lo que yo acuso. Si la acusación fiscal se encamina a probar un femicidio, la prueba tendría que ser orientada a probar que se han configurado cada uno de los elementos, tanto objetivos como subjetivos, del femicidio. Decir que ese enunciado fáctico es verdadero, significaría que los hechos que describe han existido o existen en un mundo independiente, es decir, que se corresponde con la realidad.

Pero respecto de esos mismos hechos, la defensa del procesado puede decir que no fue femicidio, que lo que ocurrió es un homicidio. Desde esta perspectiva la declaración de los hechos probados de la sentencia puede ser falsa, sin embargo, es evidente que en la práctica judicial esta posición descansa sobre un concepto de verdad, en virtud del cual verdadero es lo que resulta probado en el proceso.

Entonces, aquí claramente nos damos cuenta que sólo la declaración de hechos probados o verdad procesal resulta jurídicamente relevante, aunque ésta no es infalible. Por tanto, respecto de unos mismos hechos, respecto de una misma realidad, lo que probamos en el juicio realmente son nuestros enunciados sobre los hechos, y esos enunciados siempre van a constar en nuestras alegaciones, en nuestras argumentaciones que se van desarrollando a lo largo de todo el proceso.

En materia civil ocurre lo mismo, ¿digan ustedes, en un caso de cobro de una letra de cambio, que es un caso simple? Qué podríamos alegar ahí, el acreedor va a decir que cierta persona le debe una determinada cantidad de dinero, eso es lo que tendría que probar, sin embargo, al mismo tiempo, el deudor puede decir que sí le debe, pero no en la cantidad que se exige, o puede decir que esa obligación es producto de usura y que efectivamente existe una obligación, pero que no es legítima, puede decir que hay una alteración de la letra de cambio, es decir, pueden presentarse distintos enunciados sobre los hechos, que distan mucho de la realidad, uno puede ser el enunciado verdadero y otro el enunciado probado. De ahí que, una concepción racional de la prueba exige




distinguir entre los conceptos de verdadero y probado y, por tanto, cuando decimos que la finalidad de la prueba es encontrar la verdad resulta un tanto discutible.

O sea, ¿qué verdad es la que debemos encontrar? ¿Cómo se puede distinguir entre lo real y lo aparente? Lo cierto es que existe una verdad material que es aquella que se corresponde con la realidad de los hechos, lo que realmente sucede en el mundo, en el tiempo, en el espacio; es lo que sucede en la realidad, pero hay una verdad procesal que es aquella que emerge al final de un juicio en forma de sentencia. La mayoría de las veces la verdad procesal y la verdad materia coinciden, pero no siempre es así. En ocasiones, debido a circunstancias especiales, la verdad judicial y la verdad histórica pueden no ser la misma cosa, pues nada humano es perfecto, aunque deberíamos aspirar a que lo sea, en especial cuando están en juego la libertad, el honor, el patrimonio o el buen nombre de las personas.

¿Qué ocurriría si en un proceso determinado existe una pésima o una inexistente defensa técnica y por esa razón, por esa causa, debido a esa pésima defensa técnica no se llega a descubrir la verdad? Será entonces que esa verdad procesal responde a una verdad o responde a una mentira. El objetivo principal de la fase probatoria es la averiguación de los hechos de la causa. El juez no ha tenido acceso directo a los hechos, cuya verdad hay que probar. Lo que llega a su conocimiento son enunciados sobre los hechos. La verdad de tales enunciados ha de ser obtenida casi siempre mediante la actuación de las partes o sujetos procesales. Es decir, son las partes las que llevan las pruebas al proceso y, por tanto, en la medida en que se presente una buena o deficiente defensa técnica, los resultados podrían variar. Pero al mismo tiempo, una buena defensa técnica tampoco garantiza un resultado positivo en la causa.

Entonces aquí la discusión está en que si la verdad y la realidad tiene o no relación con la actuación de las o de los sujetos procesales. Dicho esto, podemos concluir que para que el juez realice una correcta valoración de la prueba no depende de él sino depende de la actuación de cada una de las partes o de los sujetos procesales, esto es, ¿cómo desarrollen esta prueba dentro del proceso?




Por tanto, ¿cuál es el campo de acción que tiene un juez en el proceso? Si entendemos por procedimiento probatorio el procedimiento intelectual mediante el cual, a partir de los medios de prueba, se prueban los enunciados sobre los hechos, podemos distinguir tres tipos de procedimientos probatorios, dependiendo de la prueba aportada por las partes. El primero, basado en la observación del propio juzgador; el segundo, basado en una inferencia deductiva a partir de otras afirmaciones verificadas; y, el tercero, basado en inferencias inductivas a partir de otras afirmaciones verificadas.

La idea es convencer al juez de que su teoría es la correcta. En efecto, en todo proceso judicial las partes deben contar, cada una, con una tesis que convenza al juzgador, determinando cuáles son los hechos relevantes que en el transcurso del proceso deben transformarse en probados. Para convertirse en probados deberán precisarse los medios de prueba que sean conducentes a establecer cada hecho pertinente, así como los fundamentos jurídicos que les dan soporte.

Toda la argumentación que hacemos a lo largo del proceso tiene que estar sustentada en derecho. Por lo tanto, para que una prueba sea valorada correctamente, ésta tuvo que ser actuada conforme a derecho, y para esto existe una gran cantidad de normativa que está relacionada con los medios de prueba, reglas generales, principios relacionados con la prueba, criterios de valoración probatoria, finalidad de la prueba, objeto de la prueba, necesidad de la prueba y todo lo relacionado a la actividad probatoria como la oportunidad, anuncio, presentación y acuerdos probatorios, calificación, admisibilidad, recursos, práctica de la prueba, apreciación de la prueba, práctica de la prueba, reglas de la sana crítica, tipos de prueba, entre otros.

Este componente normativo conoce el juez, por lo tanto, en un proceso judicial no es necesario probar aspectos jurídicos, porque la norma o la disposición legal no es un hecho y, por lo tanto, no tendría que probarse. El juez conoce el derecho y, en ese sentido, lo que hace el juzgador es aplicar e interpretar el derecho para la correcta valoración de la prueba. Ahora, eso no implica que los sujetos procesales no invoquen dentro de sus argumentaciones legales y alegatos en las respectivas audiencias la fundamentación jurídica para justamente lograr del juez ese convencimiento.




En el Ecuador, imperan dos sistemas de valoración de la prueba: la denominada sana crítica en materia no penal y los criterios de valoración probatoria en materia penal. Anteriormente, también imperó el sistema de la íntima convicción. La sana crítica es un sistema en el cual el juzgador aprecia los elementos probatorios conforme a las reglas de la lógica, la experiencia y las ciencias y artes afines. Los criterios de valoración probatoria en materia penal toman en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales.

Ahora, en cuanto a la finalidad de la prueba, según el COGEP ésta tiene por finalidad llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos; y, según el COIP la prueba tiene por finalidad llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada. Por tanto, la finalidad de la prueba siempre será convencer al juez de que mi verdad es la correcta, pero para esto tengo que conocer el derecho y fundamentalmente los principios relacionados con el anuncio y práctica de la prueba.

En materia no penal, la prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue posible se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la demanda, en tanto que la práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio o en la segunda fase de la audiencia única. En materia penal, la prueba es anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y se practica únicamente en la audiencia de juicio, sin embargo, en casos excepcionales, procede practicar prueba anticipada en la etapa de instrucción. En uno u otro caso, la valoración de la prueba siempre se hará en la audiencia oral de juicio.

Hay tres elementos sustanciales relacionados con la prueba que merecen ser analizados, porque producen confusión.

Interpretación. - Luego de practicada la prueba lo primero que debe hacer el juez, es determinar cuál es el resultado que se desprende de ella, lo que tiene que hacerse obligatoriamente de modo aislado, esto es, con referencia uno por uno a los medios de prueba. Así, partiendo de una forma de representación de la prueba, el juzgador debe



determinar lo que el testigo afirma, lo que del documento se deduce y lo que el perito concluye.


Valoración. – Determinado el resultado de cada medio de prueba, el paso siguiente consiste en establecer el valor concreto que debe atribuirse al mismo, lo que comporta una decisión sobre su credibilidad. En otras palabras, se trata de decidir si el testigo merece crédito y puede concluirse que ha dicho la verdad, si el documento es auténtico y representa fielmente los hechos tal y como se produjeron, si el perito es creíble y sus razonamientos están apoyados en la lógica.

Apreciación. – Al conjunto de la interpretación y de la valoración se llama apreciación de la prueba, ésta consiste en la operación mental que realiza el juzgador para, partiendo de los medios de prueba, llegar a establecer certeza respecto de las afirmaciones de hechos que realizan las partes o sujetos procesales, aseveraciones que se refieren al supuesto fáctico de la consecuencia jurídica que demandan.

Cuando hablamos de la clasificación de la prueba, podemos decir que hay tres tipos de prueba: documental, testimonial y pericial, pero cuando nos referimos a los medios de prueba, tenemos que son el documento, el testimonio y la pericia. Prueba documental es aquel documento escrito, sonidos grabados, donde pueden constar palabras, fotos, imágenes o dibujos, sobre cualquier soporte. Prueba testimonial es la declaración que rinde una de las partes o un tercero. Prueba pericial es aquella que se ofrece con la finalidad de orientar el criterio del juez en la búsqueda de la verdad histórica, ya sea examinando personas, hechos u objetos, para lo cual se requieren conocimientos científicos, artísticos o prácticos de peritos en cada una de las materias.

Respecto de cada uno de estos tipos de prueba, la normativa ecuatoriana establece que son admisibles en el proceso todos los medios de prueba que no sean contrarios a la moral y al derecho. Entonces, si yo presento como medio de prueba un documento, un testimonio o una pericia, éste debe ser sometido a la respectiva interpretación, valoración y su consecuente apreciación para la resolución del conflicto sometido a juicio.

Por tanto, el rol fundamental de las partes en el proceso judicial es convencer al juez de la existencia o no de hechos de importancia en el proceso, pues el fin de la prueba es la




verificación de un juicio y lo que se prueba es una afirmación; los medios para tal verificación son las razones o argumentos, y el raciocinio actúa partiendo del conocimiento de testigos y peritos que son el fundamento de la razón.

Actualmente, para una correcta valoración de la prueba, no solamente es necesario analizar fríamente el documento, la declaración testimonial o la declaración pericial, sino que el juez debe inclusive interpretar en la escena, hasta la forma cómo se comporta el testigo, la seguridad para responder, si trató de evadir o no una respuesta, si el perito tiene o no experiencia en el cargo, si tiene especializar en la materia objeto de la pericia, es decir, el grado de convicción o persuasión depende de la forma cómo ha sido practicada la prueba, porque, además, la apreciación probatoria se da desde el momento en que el juez tiene contacto con el medio de prueba.

De ahí que, para una correcta valoración de la prueba, el juez desde el momento que tiene contacto con el medio de prueba se irá formando su juicio acerca de la credibilidad y eficacia de cada medio de prueba, para al final confrontar todas las pruebas practicadas, examinarlas y tomar una decisión, esto es, valorarlas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica o de los criterios de valoración, según la materia, para sentenciar en base al convencimiento logrado luego de dicha valoración.

Así las cosas, tendría que ir relacionando, cotejando, la prueba actuada por un sujeto procesal con la prueba actuada por el otro sujeto procesal y, de esa manera, llegar a establecer ya criterios correctos de valoración. Por eso, el objetivo de los sistemas de valoración es proveer esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis, según estos esquemas, una hipótesis puede aceptarse como verdadera si no ha sido refutada por las partes.

Según el Código Orgánico General de Procesos, la prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. La sana crítica es el arte de juzgar atendiendo a la bondad y verdad de los hechos, sin vicios ni error, mediante la lógica, la dialéctica, la experiencia, la equidad y las ciencias y artes afines y auxiliares y la moral, para alcanzar de manera motivada, la certeza sobre la prueba que se produce en el proceso. Por ello, cuando hablamos de reglas de la sana crítica para valorar o apreciar la




prueba en el proceso, nos referimos a la aplicación de la norma legal al caso concreto derivada de razonamiento lógico, equitativo y de experiencia como juicio de valor generales y relativos sobre la verdad.

Cuando hablamos de reglas de la sana crítica podemos identificar a algunas de ellas, como por ejemplo el razonamiento lógico y analítico que se sustenta en los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente, Respecto a la regla de que la sana crítica es un razonamiento dialéctico, ésta se explica bajo la fórmula de que, dada una verdad o unas premisas verdaderas, se infiere, necesariamente una conclusión (silogismo jurídico). También la sana crítica se expresa en forma de motivación y atiende al análisis individual y conjunto de las pruebas.

Resumiendo, y por razones de tiempo, podemos señalar que dentro de las reglas de la sana crítica encontramos a la lógica, los conocimientos científicos, y las reglas de la experiencia. Fíjense aquí lo que se requiere entonces de un juez primero que conozca de lógica. Por eso es que la valoración de la prueba también tiene mucho que ver con el tema de la motivación que el juez tiene que cumplir en la sentencia. Por lo tanto, cuando yo dicto sentencia, no solamente tengo que referirme a principios y normativa, como manda la Constitución, sino que, esa normativa, esos principios, tienen que ser aplicados de una manera pertinente con los hechos y con una correcta valoración de la prueba, y ahí justamente aplica la lógica.

Entonces, podemos afirmar que la sana crítica es un sistema de valoración de prueba libre, puesto que el juez no está supeditado a normas rígidas que le señalen el alcance que debe reconocerle a aquellas, son más bien, es un conjunto de reglas establecidas para orientar la objetividad y la actividad intelectual en la apreciación de las pruebas, en donde se interrelacionan las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, las cuales influyen en la decisión judicial. Por lo tanto, el método utilizado en el proceso es el científico y toda prueba o todo medio de prueba, para una correcta valoración de la prueba debe tener sustento fáctico, técnico-jurídico y científico.



Ahora bien, de acuerdo a la doctrina, el juez cuando se enfrenta a un proceso y está frente a una prueba, debe realizar un juicio de derecho, un juicio de hecho y un análisis estándar probatorio, para emitir su decisión.


Cuando el juez realiza un juicio de derecho, evalúa que cada medio de prueba cumpla con los siguientes requisitos: conducencia, pertinencia, utilidad, licitud, oportunidad, formalidad, legitimación y los demás requisitos propios de cada prueba, como aquellos relacionados con la existencia, validez y eficacia de los mismos.

Cuando el juez realiza un juicio de hecho, examina en conjunto todas las pruebas que se aportaron en el proceso, a partir del conjunto de reglas y criterios objetivos y razonables como son las reglas de la lógica, reglas de la experiencia y reglas de las ciencias.

Cuando el juez realiza un análisis estándar probatorio, el objetivo es brindarle al juez un margen de libertad para que decida acerca del valor y efectividad de un medio de prueba en la demostración de un hecho relevante en el proceso. Esa tarea debe estar siempre motivada, es decir, el juez debe explicar la manera cómo evaluó cada prueba, aplicando los principios del derecho probatorio y determinando si la prueba cumplió o no con el objetivo por el cual se aportó al proceso.

Como ustedes podrán darse cuenta, el tema de la valoración de la prueba reviste de mucha importancia, porque si no existe una correcta valoración de la prueba, difícilmente conoceremos la verdad sobre cómo ocurrieron los hechos y la decisión judicial puede resultar injusta. Aunque, podemos mencionar que la ley prevé remedios procesales que se concretan en los recursos verticales, entre ellos, la apelación, la casación y la revisión. Sin embargo, es necesario aclarar que en la apelación no se valora la prueba en sí sino la actuación del juez y su criterio al resolver.

De acuerdo con el Código Orgánico General de Procesos, constituye causal de casación el haber incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto. Cuando se casa la sentencia por este caso, el Tribunal



de casación, corregirá el error valorando correctamente la prueba, que debe referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos.

Pero, en materia penal, hay una sola causal de casación que se configura cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente. Yo, añadiría que en el recurso de casación en materia penal procede declarar nulidad de la sentencia si el Tribunal encuentra que la sentencia no se encuentra motivada conforme lo establecido en la Constitución; también el Tribunal de casación está obligado a declarar de oficio o a petición de parte la nulidad del proceso si al momento de resolver el recurso, el juzgador observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento, y declarará la nulidad del proceso desde el momento en que se produce la nulidad a costa del servidor o parte que lo provoque.

En materia penal, la Corte Constitucional del Ecuador ha dicho que los jueces que conocen un recurso de casación, por mandato expreso de la ley, no pueden alterar los hechos ya fijados por los jueces de instancia ni realizar una nueva valoración de la prueba, pues la labor del Tribunal de Casación debe limitarse a examinar cuestiones de estricto derecho. Yo diría que sí procedería el recurso de casación cuando en la sentencia impugnada se hubiere faltado a los criterios de valoración de la prueba, pues esto también constituiría violación de la ley en materia procesal penal, la que no puede ser excluida del recurso de casación y su legalidad.

Otro caso de casación es cuando las sentencias o autos no cumplen el requisito de motivación. En ese caso, si se casa la sentencia, la Corte Nacional de Justicia declarará la nulidad y expedirá la resolución que en su lugar corresponda, corrigiendo dicha motivación, y para hacerlo, deberá corregir el error valorando correctamente la prueba que obre de autos, es decir, al expedir la sentencia de mérito, el Tribunal de Casación necesariamente tendrá que considerar el tema de valoración de la prueba.

En conclusión, podríamos decir que la valoración de la prueba es un elemento importante dentro del derecho procesal, por lo que es imperante realizar una correcta valoración probatoria, acorde a los principios, preceptos y reglas rectores de esta



actividad judicial que tiene por fin conocer el mérito o el valor probatorio de los medios de prueba existentes en autos



## IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD Y OTRAS FORMAS DE ENERVAR LA FILIACIÓN

Dr. David Isaías Jacho Chicaiza<sup>1</sup>

### Introducción

La legislación sustantiva civil establece varias instituciones jurídicas, en relación a la filiación respecto de las diversas circunstancias fácticas, sustantivas y jurídicas que puede emerger entre un padre, un hijo y su madre, y en ese sentido el Código Civil ecuatoriano, establece acciones que pueden ser propuestas, en función del principio de seguridad jurídica y legalidad. Por lo cual se identifican cuatro acciones, que pueden enervar la filiación de un hijo(a) y estas son:


1. La impugnación de la paternidad,
2. La impugnación del reconocimiento voluntario de los hijos,
3. La declaración judicial o investigación de paternidad o maternidad; y,
4. La acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de un hijo.

Estas cuatro instituciones jurídicas son distintas y en cada una, la prueba de “Examen Comparativo de los Patrones de Bandas o Secuencias de Ácido Desoxirribonucleico” [ADN], en unas tiene eficacia, y en otras no. Tiene eficacia cuando se discute la verdad biológica y no tiene eficacia cuando no se discute la verdad biológica, dependiendo de cada caso concreto.

Ahora bien, en relación con hijos nacidos dentro de matrimonio, o dentro de una unión de hecho se aplica la acción de impugnación de la paternidad, pese a ello existen

---

<sup>1</sup> Corte Nacional de Justicia. davidjacho.lex@hotmail.com



confusiones recurrentes en los planteamientos de mandatorios por lo que es necesario aclarar estos mecanismos establecidos en la ley que enervan la filiación.

Es frecuente también observar en varias demandas supuestos fácticos encaminados a una acción de nulidad del acto de reconocimiento, y sin embargo, en la teoría jurídica, se impugna la paternidad de un hijo nacido dentro de una unión de hecho o matrimonio, y es en virtud aquella contradicción y confusión sobre las acciones que enervan la filiación, con errores en la fundamentación que se hacen visibles incluso en los recursos extraordinarios de casación, se hace necesario observar el alcance de cada una de ellas y la forma correcta de interponerlas.

#### METODOLOGÍA


El presente estudio corresponde a un enfoque cuali-cuantitativo, el cual se realizó a partir del diseño no experimental de manera transversal sin que se haya modificado el objeto a manera de experimento. Mediante la investigación descriptiva se presentó las características fundamentales de las acciones que enervan la filiación.

Se utilizaron métodos del nivel teórico; Inductivo-Deductivo, Analítico-Sintético, e Histórico-Lógico con el fin de fundamentar el tema de estudio. En cuanto al nivel empírico, se empleó el análisis documental sobre el total de 5 casos que lograron pasar la fase de admisión y fueron resueltos en el año 2022 por los jueces de la Sala de lo Familia Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Como técnicas se empleó la hermenéutica jurídica y la interpretación sistemática.

#### RESULTADOS

En el año 2022, La Sala de la Familia; Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores, resolvió un total de 5 casos en el año 2022, de los cuales únicamente prosperó uno.

Entre los errores más comunes encontrados en las propuestas y planteamientos casacionales y de fondo respecto del conflicto, se evidencia que pese a que, en el Recurso de Casación, se habla de que en el proceso se presentó una demanda de impugnación de paternidad, paralelamente se habla en la misma propuesta de declarar la nulidad de inscripción de nacimiento, es decir, la propuesta fáctica estuvo encaminada a otra institución jurídica.



Además, en algunas acciones se habla de que la pareja estuvo en unión de hecho, y por otra parte de los hechos fijados como ciertos, no aparece dato alguno en el proceso que determine aquello, más aún cuando dicha condición debe ser acreditado para dotar de validez la impugnación de paternidad.


En otros casos, se presenta como prueba el Análisis de Vínculo Biológico Mediante Estudios Comparativos ADN, en acciones que no tienen por fin determinar la verdad biológica, producto de la evidente confusión por parte de muchos abogados sobre las instituciones jurídicas; y, al evidenciarse este tipo de omisiones y contradicciones, en la propuesta fáctica y en la propuesta jurídica, en relación con la propuesta probatoria, se determina que no están justificados los fundamentos de hecho y de derecho en las acciones presentadas.

#### DISCUSIÓN

Una de las fuentes del derecho de paternidad es la procreación, dentro de la cual surge el vínculo biológico y el jurídico entre progenitores e hijos, este vínculo es denominado paternidad cuando es observado desde el punto de vista paterno y materno, y recibe la denominación de filiación cuando se lo observa desde el lado de los hijos o hijas. (Pulla, 2022) Ahora bien, “no es únicamente el hecho físico de la procreación el que considera el Derecho, sino también el conjunto de nexos humanos, sentimentales, económicos, etc., que existe entre padres e hijos, lo que se protege y regula por medio de la ley civil.” (Larrea Holguín, 2008, pág. 318)

En este contexto, la filiación es el vínculo jurídico que da lugar al parentesco entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre y la otra el hijo o hija, relación que permite a los seres humanos reconocerse como miembro de un grupo o segmento social, de una familia. Jorge Morales, parafraseando a Planiol y Ripert, refiere que la Filiación es la relación de dependencia que existe entre dos personas, en virtud de la cual una es el padre o la madre de la otra. (Morales, 1992, pág. 257)

La determinación de la filiación puede ser legal, voluntaria y judicial, es decir, existen diferentes formas de filiación: filiación biológica, filiación social y filiación jurídica. La filiación biológica, surge por el hecho natural de la procreación; la filiación social, es la



que nace de la convivencia entre una persona que asume el papel de padre o madre y otra que asume el de hijo o hija; convivencia que genera derechos y obligaciones, así como vínculos afectivos, culturales y sociales; la filiación jurídica, es aquella que se establece por declaración judicial.


La filiación respecto de la madre, se conoce como maternidad, en tanto que la filiación respecto del padre, como paternidad. La primera ofrece certezas cuando es el resultado del parto, mientras que la paternidad, se acredita a través de presunciones, así el hijo de mujer casada lo es del marido de su madre; y, la paternidad del hijo de mujer soltera es incierta por principio y solo puede llegar a establecerse por reconocimiento voluntario del padre o por sentencia que así lo declare.

Sobre el reconocimiento de la filiación, la doctrina mantiene una línea uniforme, considera que es el acto jurídico por el que una persona manifiesta su voluntad de afirmarse como padre o madre del mismo. Se trata de un acto: 1) unilateral, al constituirse en una declaración única y no recepticia del reconocedor, pues, no precisa de aceptación; 2) se trata de un acto personalísimo del reconocedor (que es el único que conoce y puede declarar tanto las relaciones sexuales habidas con el otro progenitor de las que ha nacido el reconocido (como hijo propio), cuando su condición de ser padre o madre, hechos ambos implícitos en la afirmación que comporta todo reconocimiento); 3) formal y expreso; 4) Se trata de un acto puro, no sometible a condición o termino; 5) Se trata de un acto irrevocable, aunque susceptible de impugnación (Corte Nacional de Justicia , 2014).

#### **1) Sobre la declaración judicial de la paternidad y de la maternidad.**

El Título IX del (Código Civil, 2005), desarrolla desde el artículo 252 esta acción, sobre el cual quien no ha sido reconocido voluntariamente, podrá pedir a un juez que lo declare hijo de determinados padre o madre.

La declaración judicial de paternidad y de la maternidad, es una vía judicial establecida para garantizar el derecho de los hijos e hijas a saber quiénes son sus padres o para la posibilidad de gozar de su cuidado y protección. (Ramos, 2013) El tema de la




investigación de la filiación biológica en esta acción, necesariamente está ligada al examen del ADN en virtud del derecho a la identidad que tiene toda persona, y con mayor razón un niño o niña.

Así también, la posibilidad de investigar la paternidad resulta positiva y coherente con el sistema de reconocimiento de la igualdad de todos los hijos y de su derecho a conocer su origen biológico, donde la investigación sobre la paternidad y la maternidad constituyen un elemento positivo de la protección del hijo/a, no sólo en los aspectos tendientes a su reconocimiento y asistencia, sino también en otros casos en los el conocimiento de sus orígenes puede ser de vital importancia por sus consecuencias de carácter afectivo, familiar, social, psicológico y cultura.

## **2. Sobre la impugnación del reconocimiento voluntario de los hijos(as).**

En función del principio del interés superior del niño, niña y adolescentes, previsto en los artículos 44 de la (Constitución de la República del Ecuador, 2008), 3.1 de la (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990), y 11 del (Código de la Niñez y la Adolescencia, 2014), el Estado, la familia y la sociedad entera están obligados a tutelar y garantizar el ejercicio pleno de todos los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, reconociéndoles su calidad de sujetos de plenos derechos, y beneficiarios de protección especial atendiendo a su condición de personas en formación; que, implica una noción relacional, es decir, supone que, en caso de conflicto de derechos de igual jerarquía, la prioridad deben tenerla los niños y las niñas, interés que, prevalece por sobre el de los padres, de la sociedad y del Estado; los Jueces y Juezas están obligados a proteger y privilegiarlos en todos los casos en los que sus derechos se encuentren en juego, de tal modo que se logre la efectiva protección y goce.


Ergo, las decisiones que se tomen deben, no solo reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, sino que además en ese proceso de decisión, deberá garantizarse que ellos/ellas lo sepan, lo sientan y lo perciban cotidianamente reafirmando su dignidad, el libre desarrollo de su personalidad, su derecho a una vida de calidad y su derecho a llevar adelante su proyecto de vida. Este principio, está en



relación directa con la Doctrina de la Protección Integral, que considera al niño, niña y adolescente como sujeto portador de derechos sin distinción de ningún tipo, doctrina que, el Ecuador adoptó a la firma de los instrumentos internacionales y, que han sido debidamente recogidos y adecuados en nuestra legislación. (Corte Nacional de Justicia, 2014).

En ese sentido, es que, emerge el carácter irrevocable del acto de reconocimiento voluntario de los hijos/as, conforme lo ha señalado la Corte Nacional de Justicia; más aún cuando en el Estado constitucional de derechos y justicia, la garantía de ejercicio y goce de los derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho a la identidad, que deriva de la dignidad, derecho profundamente vinculado a la idea de SER, que incluye el derecho a la identificación; nombre y apellido debidamente registrados y libremente escogidos; conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales, debe materializarse en cada caso; por ello, prima facie, resulta un contrasentido dejar al arbitrio del reconociente la modificación del estado civil de la persona por él reconocida, estado civil, que a más de generar lazos de filiación o parentesco por el estatus o condición de hijo o hija, conlleva la generación de vínculos que van más allá de lo jurídico, vínculos afectivos, emocionales, sociales, económicos, culturales, lingüísticos que constituyen la plataforma para el desarrollo de su proyecto de vida; de su forma de ser y estar en este mundo (Corte Nacional de Justicia , 2014).

En el contexto señalado ut supra, es que emergen las garantías normativas para hacer efectivo el derecho a la identidad, por lo cual, los hijos nacidos fuera de matrimonio pueden ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozan de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido. Podrán también ser reconocidos los hijos que todavía están en el vientre de la madre, y este reconocimiento surtirá efecto según la regla del Art. 63 [artículo 248 del (Código Civil, 2005)]. Según nuestra estructura normativa, el reconocimiento es un acto libre y



voluntario del padre o madre que reconoce. En todos los casos el reconocimiento será irrevocable, al tenor de lo analizado en párrafos precedentes.

### **3. Sobre la acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de un hijo(a).**

Ahora bien, en casos concretos, la estructura normativa, establece la posibilidad de que el acto de reconocimiento voluntario de un hijo nacido fuera del matrimonio, pueda ser impugnado por vía de nulidad, otorgando la legitimación activa al reconociente; estos casos tienen estricta relación con la inobservancia de los requisitos indispensables para dotar de validez al acto de reconocimiento, al momento de otorgar el mismo.


Sobra decir que, si al acto de reconocimiento no concurre la condición de voluntario, esto es, si se encuentra viciado, o tiene una causa u objeto ilícitos, o ha sido realizado por una persona incapaz carece de valor, por lo que puede declararse su nulidad, previo el trámite correspondiente. (Corte Nacional de Justicia, 2014).

No todo acto de reconocimiento surte efectos jurídicos, para ello es necesario el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 1461 del (Código Civil, 2005), a saber: que la persona que lo otorga sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración; que su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita.” (Corte Nacional de Justicia, 2014).

En el sentido, es claro que uno de los concretos casos en que el reconocimiento voluntario de un hijo nacido fuera del matrimonio, puede ser impugnado vía nulidad, es aquel en el que el acto adolece de un vicio en el consentimiento.

La manifestación de un vicio para hacer valer un acto, tiene como fin el perjudicar o sacar ventaja mediante el engaño, la fuerza, amenazas, o la simple intención de hacer daño, hechos que de manera normal no podrían ser aceptados por el suscribiente si es que se tuviese conocimiento de su existencia; por lo cual la aplicación de estos mencionados vicios de los que puede adolecer el consentimiento se encuentran establecidos en la legislación nacional, para que de esta manera se pueda encontrar su existencia en el acto de voluntad.

El artículo 1461 del (Código Civil, 2005), señala que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1. Que sea legalmente capaz; 2.



¡Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y, 4. Que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.


El Art. 1697 del (Código Civil, 2005) prescribe: "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes (...)".

Según nuestra legislación sustantiva, los vicios de los que puede adolecer el consentimiento son el error, fuerza, y dolo [artículo 1467 del (Código Civil, 2005)]; a su vez el error puede ser de derecho o de hecho. Puede existir error de hecho sobre la persona [artículo 1471 del (Código Civil, 2005)].

El objetivo principal que persiguen los vicios del consentimiento es invalidar la libre voluntad de una persona, derivada de la concurrencia de uno de ellos; por tal motivo, la consecuencia directa es la anulación absoluta del acto, ya que el consentimiento estuvo viciado.

En derecho, una persona incurre en el error cuando tiene una idea o concepto equívoco sobre algún aspecto del acto, lo cual da lugar al falso conocimiento. El error puede ocurrir, bien sea por ignorancia o equivocación, pero sin importar cuál es el caso, constituye una falsa recreación de la realidad porque los hechos no han sucedido como se ha pretendido mostrar.

No todos los errores que pueden presentarse tienen el mismo accionar jurídico. Por tanto, el mismo no siempre deriva a la nulidad del acto, salvo que sea un error relevante. En este sentido la Corte Nacional de Justicia, ha señalado: "El legitimado activo del juicio de impugnación de reconocimiento es el hijo/a y/o cualquier persona que demuestre interés actual en ello, excepto el reconociente, quien solo puede impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad del acto, acción que ha de prosperar, en tanto logre demostrar que, al momento de otorgarlo, no se ha verificado la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez; la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido a través de la práctica del examen de ADN, no constituye prueba para el




juicio de impugnación de reconocimiento, en que no se discute la verdad biológica” (Corte Nacional de Justicia , 2014)

Ahora bien, en términos concretos, el reconocimiento voluntario al tener un carácter irrevocable desemboca en que el reconociente no pueda impugnar el mismo, por lo que la vía para impugnar el reconocimiento de paternidad es cuando la ejerce el reconocido y cualquier persona que tenga interés en ello por lo cual, el reconociente únicamente tiene la vía de la nulidad como mecanismo para impugnar este reconocimiento. (Pulla, 2022)

Existen diversos criterios al respecto, y críticas sobre las disposiciones normativas relativas a estas acciones; (Avellán, Chávez Castillo, & Arteaga Solorzano, 2022, pág. 4) sobre la irrevocabilidad del reconocimiento voluntario de paternidad o maternidad en la legislación ecuatoriana señalan que “es importante aclarar que son irrevocables por parte de la persona que reconoce y que solo lo podrán realizar los hijos e hijas reconocidos y terceros interesados. Sin embargo, en Ecuador, pareciese que, por una parte, se están salvaguardando la integridad emocional y psicológica del menor, pero se está afectando el derecho de la persona que reconoce por motivo que se le permitirá impugnar el acto por vía de nulidad el cual es un camino difícil exponer con argumentos sólidos que ha caído en un vicio de consentimiento”. Sin embargo, se precisa aclarar que él o la menor nacido fuera de matrimonio o de unión de hecho que ha sido reconocido voluntariamente, es el sujeto más débil frente al conflicto que pudiese suscitarse frente a su verdad biológica, en virtud de lo cual nace el pronunciamiento de la Corte Nacional al respecto.

Se debe tener presente que el reconocimiento voluntario es un mecanismo tiene por objeto principal garantizar al reconocido el derecho a ser protegido y pertenecer a una familia por lo que al mismo no debe exponerse a condiciones que vulneren estos nuevos derechos adquiridos en el acto solemne, por lo que como ya se mencionó previamente, al crear el reconocimiento voluntario una relación bilateral las lesiones a los derechos pueden ser tanto para el reconociente como el reconocido (Pulla, 2022).

#### **4. Sobre la impugnación de paternidad. -**



El (Código Civil, 2005) en el art. 24 literal a), establece como presunción legal que los hijos nacidos en matrimonio (verdadero o putativo), son hijos e hijas del marido y la mujer; esta “presunción legal”, podría ser enervada por varias pruebas científicas. Así también, ocurre con la filiación de hijo concebido dentro de la unión de hecho, institución que se encuentra constitucionalmente reconocida.


Respecto a la unión de hecho la determinación de filiación del hijo (a) concebido dentro de una unión de hecho, estable y monogámica, legalmente reconocida, presenta tres posibilidades: a) que los progenitores lo reconozcan como hijo voluntariamente al momento de la inscripción del nacimiento; b) que los progenitores tengan una unión de hecho formalizada y registrada; y, c) sin contar con la formalización, registro o reconocimiento judicial de la unión de hecho el padre no quiera o no pueda reconocer al hijo en esta condición (Simón, 2021, págs. 289 - 290).

Ahora bien, el artículo 233 y artículo 233 A del (Código Civil, 2005), establecen: “El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido, quien podrá impugnar la paternidad mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN).

Esta presunción se extenderá al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en este Código”.

“La acción de impugnación de paternidad o maternidad podrá ser ejercida por:

1. Quien se pretenda verdadero padre o madre.
2. El hijo.
3. El que consta legalmente registrado como padre o madre y cuya filiación impugna.
4. Las personas a quienes la paternidad o maternidad impugnada perjudique en sus derechos sobre la sucesión de los que constan legalmente como padre o madre. En este caso, el plazo para impugnar será de ciento ochenta días contados a partir de la defunción del padre o madre” (Código Civil, 2005).



Reglas claras, sobre las cuales se debe partir al momento de impugnar la paternidad, de la cual se colige el valor probatorio que aporta la prueba de ADN y el efecto nulo de argumentar temas relacionados con los vicios del consentimiento.


### **Conclusiones**

En los procesos de protección de la niñez y de la adolescencia, el principio de interés superior de los niños y niñas (ISN) es el eje diamantino con el que se fundamentan todas y cada una de las decisiones judiciales, empero sin siquiera – en algunas ocasiones – poder definirlo y en otras muchas sin conocer a profundidad el significado y los alcances que debe ostentar dicho principio. (López, 2013)

Al acudir a este principio frente al contexto de las acciones que enervan la filiación y particularmente en aquellas en las cuales existen equívocos o confusiones en la propuesta demandatoria, respecto a la impugnación de paternidad y la nulidad del reconocimiento voluntario, en la decisión del órgano judicial deberá, prevalecer la verdad social por sobre la verdad biológica, toda vez que los vínculos familiares, sociales y la (auto) identificación en los planos íntimo y público de la persona tienen mayor relevancia que la verdad biológica.

Esto considerando que el interés superior [de los niños y niñas] significa que, en caso de conflicto de derechos de igual jerarquía, éste prevalece sobre los derechos de los padres, sociedad y Estado, ya que en todo proceso judicial o administrativo que involucre a estos actores sociales, los jueces y juezas están obligados a tutelarlos de forma efectiva. (Corte Nacional de Justicia, 2014)

La (Corte Constitucional del Ecuador, 2017) en la Sentencia No. 012 – 17 SIN –CC ha señalado: “Entre los principios constitucionales aplicables a los niños, niñas y adolescentes, resaltan tres cuyo alcance se requiere determinar. Estos son, el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes; el principio de prevalencia de sus derechos o trato prioritario y el principio de corresponsabilidad del Estado, la sociedad



y la familia”, en tal virtud, frente a las ambivalencias de una pretensión el juez deberá resolver a la luz del interés superior del niño(a).

#### REFERENCIAS

Avellán, D. D., Chávez Castillo, J., & Arteaga Solorzano, Y. (2022). Impugnación del Acto de Reconocimiento del Menor. Polo de Conocimiento: revista Científico-Profesional ISSN-e 2550-682X, 7(1), 18.

Código Civil. (2005). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código de la Niñez y la Adolescencia. (2014). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Montecristi: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Convención sobre los Derechos del Niño. (1990). Nueva York: ONU.

Corte Constitucional del Ecuador, No. 012-17 SIN -CC (Corte Constitucional 2017).

Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 05-2014 (Precedente Jurisprudencial 2014).

Corte Nacional de Justicia, Sentencia No. 0081-2014, Juicio No. 0028-2014 (Sala Especializada de la Familia, Niñez y la Adolescencia y Adolescentes Infractores 2014).


Larrea Holguín, J. (2008). Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

López, R. (2013). Interés Superior de los Niños y Niñas: Definición y Contenido. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 51 - 70.

Morales, J. (1992). Derecho Civil de las Personas. Cuenca: UDA.

Orellana, M. (2007). Análisis del Régimen legal de la Filiación en el Ecuador. Cuenca: Universidad del Azuay.

Pulla, C. (2022). la Nulidad del Acto de Reconocimiento Voluntario de Paternidad o Maternidad en el Ecuador. Cuenca: Universidad de Cuenca.



Ramos, P. (2013). La Declaración Judicial de Paternidad y de la Maternidad y su incidencia en el Núcleo Familiar. Quevedo: Universidad Técnica Estatal de Quevedo.

Simón, F. (2021). Manual de Derecho de Familia. Quito: Cevallo



## PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CASACIÓN CIVIL

Dr. Javier Alejandro Pinto Rodríguez<sup>1</sup>

Al abordar el recurso extraordinario de casación en materia civil, se avizora un mecanismo particularmente técnico, en el cual se analizan conflictos de derechos, o yerros jurídicos, que pudieran encontrarse en la sentencia emitida por un tribunal de apelación, por lo que es necesario e importante un conocimiento amplio de los principios que rigen este medio de impugnación.


En el marco de lo establecido en el artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos [COGEP] (2015), se deben reunir en la propuesta impugnatoria ciertos principios como el de taxatividad, autonomía, no debate de instancia, debida fundamentación, demostración y trascendencia; y, debe el recurrente, expresar los yerros cometidos en la sentencia de apelación, así como las normas infringidas, en función del principio dispositivo.

Es claro que las garantías normativas de la casación están determinadas en las reglas del COGEP, en función del principio de legalidad, así, los artículos 266 y 269, del cuerpo normativo invocado establecen lo siguiente:

*“Art. 266.- Procedencia. El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo. Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales*

---

<sup>1</sup> Corte Nacional de Justicia.



*providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado.*

*Se interpondrá de manera escrita dentro del término de treinta días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración”.*


Por su parte, el artículo 250 inciso segundo del COGEP, determina la siguiente regla procesal:

*“Art. 250.- (...) Se concederán únicamente los recursos previstos en la ley. Serán recurribles en apelación, casación o de hecho las providencias con respecto a las cuales la ley haya previsto esta posibilidad”; de lo cual, se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, “es un recurso cerrado, ya que procede única y exclusivamente contra las resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley en forma expresa lo concede”, en este sentido, “rompe la unidad del proceso con la sentencia recurrida, en realidad es un nuevo proceso, en el que cambia por completo el objeto del mismo: es un debate entre la sentencia y la ley.”*

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, el doctrinario argentino Fernando de la Rúa precisa que la casación es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica (De la Rúa, 1968, p. 20).

Por su parte, el jurista Piero Calamandrei define a la casación también como un instituto, pero judicial, consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, sólo las cuestiones técnicas de derecho, tomadas en la decisión que se recurre, de los jueces anteriores (Calamandrei, 1961, p. 376). En tal virtud, a través de este este recurso se determina si existe la trasgresión de la ley en la sentencia impugnada, por una de las causales establecidas en el COGEP, y aplicable al caso concreto (ibid.).

En términos concretos, el artículo 268 del COGEP (2015) establece las causales por las que procede el Recurso de Casación, en relación a la sentencia o auto recurrido.



Cuando se acusa la causal primera, se analiza si el Tribunal de apelación, infringió normas procesales (in procedendo), siempre que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o provocado indefensión; cuando se acusa la causal segunda, se analiza si en la sentencia emitida por el ad quem, no contiene los requisitos exigidos por la ley, si se adoptaron decisiones contradictorias o incompatibles, o si no cumple con el requisito de motivación; cuando se acusa la causal tercera, se analiza si la sentencia de apelación incurre en un vicio de incongruencia; en la causal cuarta, se analiza si se han infringido preceptos jurídicos de valoración probatoria que conduzca a una violación de normas de derecho sustantivo; y, en la causal quinta se analiza si la sentencia de apelación, infringe normas de derecho sustantivo o precedentes jurisprudenciales obligatorios.


Ahora bien además del marco normativo establecido para el efecto, entre los principios que rigen la casación civil encontramos los siguientes:

#### **1. principio de taxatividad**

Se debe considerar que conforme las reglas procesales aplicables, uno de los principios que rige la sustanciación de un recurso extraordinario de casación, es el de taxatividad, por lo cual, la procederá única y exclusivamente por las causales determinadas dentro del sistema jurídico positivo (Rodríguez, 2008, p. 67), y no por causas distintas o subjetivas.

El principio de taxatividad restringe el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole la característica de ser aplicada de manera extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente justifica una transgresión a una norma jurídica, bajo una de las modalidades expresamente establecidas en el artículo 268 del por lo que, se puede concluir que estas causales constituyen presupuestos sine qua non (Jacho, 2021, p. 84), parte sustancial para la fluidez del proceso.

Es preciso indicar que, la casación es un recurso cerrado, ya que procede únicamente en los casos que la ley lo expresa, en este sentido, rompe la noción de que el proceso de casación actual está enlazado, en todas las partes, al proceso con la sentencia recurrida, cuando realidad es un nuevo proceso, bajo un objeto controversial propio, y es un debate entre la sentencia (en su parte específica) y la ley (Andrade, 2005, p. 41).



Es claro que el fin del recurso extraordinario de casación, es el control de legalidad de los actos jurisdiccionales y su naturaleza extraordinaria lo vuelve una alta técnica jurídica, siendo además un recurso formal, excepcional y riguroso.

El mismo, se interpone:

Ante el órgano supremo de la organización judicial y que se propone por motivos taxativamente establecidos en la ley, para que se examine y juzgue sobre el juicio de derecho contenido en las actividades procesales o en las sentencias definitivas emitidas por los jueces de segunda instancia, con la intención de que se mantenga la exacta observancia de la ley en el ámbito de la justicia (Nájera, 2006, p. 649).


Es por esto que, la ley ha previsto exigencias formales con la finalidad de conseguir de quien recurre, un planteamiento claro y preciso en el marco de la ley de la materia, de allí que la casación y la revisión, lejos de ser una nueva instancia o grado procesal, se constituyen como recursos de carácter extraordinario para control de legalidad y error judicial (COFJ, 2015).

En razón de lo anotado, se advierte que la casación, tiene fuertes características técnicas, por lo que:

Su naturaleza la conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, enfocado en corregir los errores in iudicando que existen en las sentencias o autos que ponen fin a los procesos de conocimiento dictados por los Tribunales ad quem (Jacho, 2021, p.86).

La casación, al ser un recurso extraordinario, se encamina a corregir los errores de derecho (in iudicando), en un caso concreto, por ello, per se, como garantía normativa promueve el respeto de los principios de legalidad y seguridad jurídica, además de tutela judicial efectiva, debido proceso, defensa e impugnación.

En conclusión, este principio limita el ámbito de acción del recurso de casación, otorgándole una naturaleza extraordinaria y excepcional, pues, solamente prospera cuando el recurrente acredita la violación a la ley, así la doctrina señala:



*“La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas”. (Orlando Rodríguez Ch., Casación y Revisión, Temis, Bogotá, 2008, p. 67.)*

En tal virtud, la naturaleza extraordinaria de este medio de impugnación lo vuelve de alta técnica jurídica, formal, excepcional y riguroso.

## **2. Principio de Autonomía**

Este mandato de optimización, está encaminado a diferenciar los argumentos cuando se plantean varios cargos en la casación, en donde resulta necesario que la formulación de los motivos o causales se hagan en capítulos separados para evitar mixturas, que no permitan determinar claramente los errores que enervan la decisión judicial.

En fallos de triple reiteración emitidos por la Ex Corte Suprema se ha señalado:

*“No se pueden invocar al mismo tiempo y respecto de una misma norma jurídica: falta de aplicación, indebida aplicación y errónea interpretación; pues estos vicios son excluyentes e incompatibles” (Ex Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 0540-1997; Resolución no. 0578-1997 y Resolución No. 0596-1997.)*

## **3. Principio De No Contradicción**

Se precisa indicar que algunos recurrentes suelen incurrir en un error de técnica al plantear dos o tres subcargos casacionales que no guardan coherencia lógica y resultan excluyentes entre sí, es decir que, afirman y niegan a la vez un mismo hecho, violentando así el principio lógico y argumentativo de la no contradicción, esto ocurre cuando, por ejemplo, se alega la “falta de aplicación” de una norma específica, y al mismo tiempo la “indebida aplicación” de la misma norma.

Por ello se debe tener presente que las propuestas excluyentes tanto en su naturaleza como en sus efectos no pueden ser formulados en una misma censura.

## **4. Principio de no debate de instancia**

Dada la naturaleza extraordinaria del recurso, lo que se busca es el eliminar la posibilidad de reabrir el debate de instancias, en función del principio de presunción de



acierto y legalidad de que gozan las decisiones judiciales. En casación lo que está en tela de juicio es la decisión judicial.

El cuarto inciso del artículo 270 COGEP, señala: *“No procede el recurso de casación cuando de manera evidente lo que se pretende es la revisión de la prueba”*

Así también la Ex Corte Suprema de Justicia en Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia, 11-II-99, Expediente No. 83-99, Primera Sala, R.O. 159, 30-III-99, se ha pronunciado indicando que:

*“la valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia. El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se haya violado normas de derecho que se regulan expresamente la valoración de la prueba (...)”*

#### **5. Principio de Limitación**

El órgano jurisdiccional se limita al estudio de los errores in iure planteados en base a los cargos argüidos, limitando su pronunciamiento e impidiendo la corrección en caso de indebida formulación, en virtud además de la naturaleza extraordinaria de este medio de impugnación y en cumplimiento del principio dispositivo.

#### **6. Principio De Presunción de Acierto Y Legalidad**

Se debe tener en cuenta que existe la presunción que las sentencias recurridas son fallos acertados, legales y respetuosos de la Constitución y la ley; en casación, el órgano jurisdiccional debe presumir el acierto y legalidad.

#### **7. Principio de Debida Fundamentación y Demostración**

El legitimado tiene el deber de fundamentar y demostrar los cargos casacionales acusados:

El primer deber se lo conoce como sustentación suficiente: La demanda debe bastarse a sí misma para provocar la anulación del fallo impugnado.

El segundo deber: Crítica vinculante: Alegación fundada en causales taxativas y cumpliendo requisitos y técnica casacional acorde al cargo casacional escogido

## 8. Principio De Trascendencia

Luis Gustavo Moreno, sobre la importancia de este principio en la técnica casacional refiere que:


*“Debido al carácter de la naturaleza humana; precario y falible, en todos los procesos judiciales existe propensión al error, realidad de la cual no escapa el proceso penal. Sin embargo, no todo yerro cometido enerva o desquicia la sentencia. Por tal motivo, se exige que se expongan las consecuencias de la falta, para determinar si la envergadura de la misma varía o no el sentido del fallo. Siendo necesario recurrir al principio de trascendencia con el fin de establecer el efecto nocivo que en la sentencia haya podido tener el error cometido, para lo cual se debe demostrar que sin la ocurrencia de ese traspié, el fallo sería otro y no el recurrido” (Luis Gustavo Moreno Rivera, La Casación, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá-Colombia, 2013, p. 102)*

## 9. El principio dispositivo en el proceso civil.

El principio dispositivo, que tiene una fuerte raigambre en el derecho procesal civil, consiste en aquella iniciativa que corresponde a las partes dentro de un proceso, más no al órgano jurisdiccional, que se pronuncia conforme al principio contradictorio, respecto a la obra de las partes, las que afirman, niegan, aportan pruebas y adoptan posturas, de modo que lo que no está en el proceso, resultaría ser inatendible (Troya, 2002, p. 155). La importancia de este principio radica en que, en materia civil, el Juez no puede resolver más allá de lo pedido, pues son las partes las que marcan el ámbito sobre el cual puede desenvolverse el juzgador.

Es preciso considerar que tanto en su elaboración como en su puesta en práctica el proceso civil debe seguir ciertas pautas, uno de ellas es el principio dispositivo, cuando los procesos versen sobre derechos e intereses de carácter exclusivamente privados, por lo que, es inherente a las partes comenzar el proceso, determinar el objeto de la controversia, e incluso expresar las salidas para solucionar dicha controversia, considerando los distintos modos que la ley contiene para el efecto. (Mejía, 2018, p. 33)

A consecuencia de la carga que tienen las partes sobre alegar, y probar sus dichos de manera fehaciente, así como también, la libertad de disponer de sus derechos de



pretensión y excepción, en materia de recursos, el principio dispositivo se refleja como la prohibición de que se realicen recursos de oficio, dicho de otra manera, que la fase recursiva, solo tendrá lugar, en la medida en que exista la debida promulgación de la parte requirente (Tercero, 2017, p. 153), teniendo en sus manos, la capacidad de pronunciarse o no, contra todo acto que considere le ha causado un perjuicio.


Según el autor Devis Echandía, el principio dispositivo se caracteriza por 2 aspectos sustanciales, el primero, indica que las partes son titulares del derecho a iniciar un proceso judicial, con la expresión de sus detalles, y también, tienen derecho a tomar la decisión de desistir; el segundo aspecto, señala que corresponde a las partes requerir las pruebas que considere pertinentes, conducentes y útiles, sin que el Juez (de oficio) pueda ordenarlas (Devis Echandía, 2019, p. 36).

Significa que corresponde a las partes esta iniciativa, de inicio a fin, y que el juez deberá atender exclusivamente la petición expresa de las partes, sin que el juez goce de la facultad de iniciar y promover un proceso.

En términos concretos, las características que se desprenden del principio dispositivo, son:

- a) El proceso no inicia automáticamente por voluntad de la ley, o de un órgano jurisdiccional, sino por voluntad libre de la parte que crea que uno de sus derechos requiere ser tutelado judicialmente.
- b) La parte interesada, debe expresar concretamente el interés litigioso, y plasmar claramente el objeto del proceso.
- c) El juzgador tiene la obligación de resolver el caso de acuerdo a las pretensiones de las partes, aplicándose el concepto de *ne eat iudex ultra petita partium* (el juez no se pronuncia más allá de lo pedido por las partes).
- d) Así como las partes son las únicas que pueden promover la actividad jurisdiccional, pueden así también ponerle fin, a través de la expresión concreta de su desistimiento, o a su vez, la expresión tácita, a través del abandono del proceso.

En resumidas palabras, siempre que el proceso verse sobre un interés privado renunciabile, mediato para la sociedad e inmediato para los litigantes directos,



corresponde a ellos desempeñar un puesto de protagonistas en el proceso (Mejía, 2018, p. 33 - 34), con lo que deslinda a la autoridad judicial, del impulso y de la búsqueda de la verdad, de oficio



## ANÁLISIS DE LA RELACIÓN LABORAL EN EMPRESAS PÚBLICAS

Esp. Juan Gabriel Peralta<sup>1</sup>


El Derecho procesal como tal, representa el cómo activar la ley, es decir, el traslado de la ley a su aplicación en procura de alcanzar la justicia; en este marco, hemos considerado adecuado la exposición de un caso práctico y que lo van a encontrar frecuentemente dentro del derecho procesal, y es lo concerniente a la relación laboral entre las personas que prestan sus servicios en las empresas públicas, en caso de generarse controversias por la reclamación de sus derechos.

Bien, no sé si me ayuda con la primera diapositiva, por favor. Hasta que se vaya activando la diapositiva, vamos a realizar un análisis desde el enfoque de la voluntad teleológica o interpretación teleológica del constituyente al incluir dentro de la Constitución de Montecristi a las empresas públicas, pues si bien en la Constitución de 1998 ya se hablaba de las E.P. o empresas públicas como parte de la estructura del Estado para la administración de sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos, no podemos soslayar en el hecho de que la transformación de un Estado social de derechos que promovía la Constitución de 1998, de cierta manera, se amplía con la Constitución del año 2008, en la que hablamos de una economía social y solidaria.

En este contexto, consideramos muy importante partir el análisis, teniendo en consideración lo que establece el artículo 315 de la Constitución de la República, que se refiere a qué el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores

---

<sup>1</sup> Abogado de los juzgados y tribunales de la República del Ecuador por la Universidad Internacional del Ecuador. Es especialista en Derecho procesal penal por la Universidad Técnica Particular de Loja, especialista superior en derecho constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar y especialista en Derecho procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar.




estratégicos y prestación de servicios públicos, y el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y desarrollo de otras actividades.

Este marco, contiene la determinación o clasificación de las empresas públicas que conlleva a considerar un elemento trascendental en el debate posterior de derechos que se generen a favor de las personas que prestan servicios en ellas, por cuanto la esencia misma de una empresa pública es la eficiencia, puesto que estamos ante una amalgama entre el tema empresarial, que siempre busca propósitos lucrativos y lo público que en sí procura una activación de beneficios sociales a favor de toda la colectividad.

Entonces, si nosotros verificamos el contenido de este artículo 315, vemos que las empresas públicas están enfocadas en la prestación de servicios relacionados a sectores estratégicos, servicios públicos y el manejo sustentable de recursos naturales; es por ello que dentro de la actividad que desarrollan deben procurar ser muy eficientes en el manejo del talento humano, por cuanto el gasto corriente suele ser uno de los obstáculos más graves para la ejecución de obras en beneficio de la ciudadanía en las instituciones del Estado. Continuamos, por favor, con la siguiente diapositiva.

En este contexto, al referir que en Montecristi se promueve el tema de las empresas públicas, estamos hablando de finales del año 2008 con la aprobación ciudadana a través de referéndum y un año después en el Registro Oficial No. 48 del 16 de octubre del 2009, ya se dicta la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en la que en alineación directa con el contenido de la Carta Republicana, se establece cuál será el ámbito de ejecución y competencias de estas empresas públicas, puntualizando que son entidades del Estado con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, que estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, prestación de servicios públicos y otros. Es decir, que el Estado como tal, a través de estas empresas públicas, pretende tener una auto sustentabilidad en la prestación de servicios y un equilibrio en función de que los recursos de las mismas sean administrados de manera responsable para evitar erogaciones que las terminen quebrando, y no cumplan el propósito para la cual fueron creadas.




Ahora bien, con este preámbulo entremos al análisis puntual sobre el tema que hemos desarrollado en esta ponencia; el régimen laboral de las empresas públicas está contenido en una Ley Orgánica y al mismo tiempo una ley especial que es la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Es así, que el título cuarto de la Ley nos establece que la naturaleza jurídica del talento humano se bifurca en tres tipos de servidores: los primeros denominados de libre designación y remoción, los segundos denominados servidores públicos de carrera y los terceros obreros.

Si nosotros realizamos un análisis muy lineal de la competencia, que es el tema al que nos vamos a referir como solemnidad sustancial del Derecho procesal, tendríamos la ligero conclusión de que si estamos hablando de un obrero debe someterse a la jurisdicción y competencia de jueces de lo laboral y si es servidor público a la justicia contencioso administrativa, como suele darse en dentro de las instituciones públicas, y es aquí donde existe esta diferenciación en las empresas públicas, por cuanto la categoría o categorización de servidor público, no se no se concibe en la misma forma que en las instituciones del sector público, y eso nos relacionamos directamente con la eficiencia, que es la esencia misma de la creación de las empresas públicas.

Ahora bien, como indicábamos una de las solemnidades sustanciales del proceso es la competencia, así lo establece el artículo 107 del Código Orgánico General de Procesos, en su numeral dos califica a la competencia del juzgador como una solemnidad sustancial insubsanable, recalcada en la Resolución No. 12-2017 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que establece que cuando se carece de competencia el proceso no puede continuar por este defecto de forma.


La competencia desarrollada también en el artículo 156 del Código Orgánico de la Función Judicial, puede diferenciarse en razón de la persona, del territorio, de la materia y de los grados. Cuando no se verifica esta competencia, sin lugar a dudas no podremos ejecutar o desarrollar el Derecho Procesal por cuanto encontraremos un obstáculo de inicio, es decir, una especie de deuda existencial de determinar ante quién yo debo recurrir para hacer efectivo el goce de derechos si soy un servidor u obrero de una dentro de una empresa pública.



Consideremos por ejemplo, si la empresa pública requiere deshacerse de un trabajador o servidor porque incumple obligaciones establecidas para él, tendrían que optar por el visto bueno o por el sumario administrativo, si se tratara de entidades del sector público; sin embargo, en este caso se generaría una duda, cuando la empresa pública desee deshacerse de un servidor, determinando si es que le corresponde tramitar un sumario administrativo o un visto bueno, esto es lo que de cierta manera encontraría como obstáculo la empresa pública para cumplir con el aspecto de eficiencia dentro de la prestación de servicio. De otro lado, si el servidor considerara que están afectados o lesionados sus derechos al intentar ejecutarlos o efectivizarlos a través del Derecho Procesal, encontraría el obstáculo de analizar si es trabajador u obrero, debe acudir al juez del trabajo y si es servidor de libre designación y remoción o de carrera, recurrir a la justicia contencioso administrativo.

No obstante, si nos remitimos al contenido de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el artículo 29 establece que para efectos de competencia y procedimiento en las relaciones contractuales generadas entre empresas públicas y servidores públicos de carrera y obreros, se estará a lo dispuesto en esta ley y al artículo 568 y siguientes de la codificación del Código de Trabajo, y para efectos de desistimiento, abandono y prescripción, se estará lo dispuesto en el Título Octavo de la Codificación del Código del Trabajo; es decir, el contenido mismo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas nos absolvería la duda que planteábamos anteriormente, sobre cuál sería el procedimiento a optar tanto por la empresa pública contra el trabajador y viceversa, puesto que esta norma de manera clara nos establece que la competencia y procedimiento para reclamaciones derivadas de las relaciones contractuales se ejecutarán de acuerdo a lo que establece el Código de Trabajo.

En esta línea, en las empresas públicas el servidor público no tendría que recurrir a la justicia contencioso administrativa si no directamente ante un juez del trabajo y como sabemos existen diferencias puntuales en la activación de la justicia en uno u otro caso, por cuanto en el Derecho Procesal encontraríamos obstáculos insubsanables entre lo que es un juicio contencioso administrativo y lo que es un juicio laboral.




Pero dentro de este mismo contenido de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se establece en el Art. 32 que las controversias que se originaren en las relaciones laborales entre empresas públicas y servidores de carrera u obreros serán resuelta por la autoridad de trabajo o los jueces del trabajo competentes, quienes al efecto esperarán las disposiciones especiales previstas en este título; más adelante, en el artículo 33 se establece que en todo lo no previsto expresamente en este título, siempre que no contraría los principios rectores de la administración del talento humano de las empresas públicas, se estará lo que dispone la codificación del Código del Trabajo en lo relativo a la contratación individual.

Entonces, estamos verificando que de manera clara la solución de controversias se debe dirimir ante la justicia laboral, es decir, ante un juez del trabajo; pero si nos retrotraemos a las modalidades de servicio que se presta dentro de las empresas públicas, tenemos tres, es decir, el servidor de libre designación, el servidor de carrera y el obrero.

Sobre este particular, dentro de la primera categoría se incluye al nivel de asesoría, es decir, por ejemplo, si habláramos de un asesor jurídico o un asesor financiero entenderíamos de que quedaría excluido, por cuánto de manera clara este artículo establece de las controversias de servidores de carrera. No obstante, en la norma consiguiente establece que en lo no previsto, o eventual anomia normativa dentro del contenido de esta Ley Orgánica de Empresas Públicas, la competencia para dirimir las controversias con servidores que presten servicios, ya seas como servidor de libre designación de carrera u obrero, tendrán que optar por la justicia laboral y no por la contencioso administrativa.

Pese a ello, sigue siendo objeto de múltiples criterios y de cierta manera, un límite para la activación de la tutela judicial efectiva; de hecho, en el año 2009 un juez de instancia realizó una consulta de norma al órgano de control concentrado de constitucionalidad como es la Corte Constitucional, exponiendo qué de la lectura del artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas se evidencia una contraposición al contenido del artículo 229 de la Constitución de la República, por cuánto este artículo establece que son servidores públicos todas las personas que presten cualquier tipo de servicio dentro de




las instituciones del sector público y por tanto deben someterse a la jurisdicción contencioso administrativa, lo que deviene en un conflicto de competencia dentro del derecho procesal.

Recordemos que tenemos gran cantidad de empresas públicas, incluso los gobiernos autónomos descentralizados promueven constantemente delegar sus competencias a empresas públicas creadas para el efecto, de forma que aquella contraposición o aroma a inconstitucionalidad del artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas fue absuelto por la Corte Constitucional, planteando puntualmente lo siguiente:

‘el consultante duda de que sea constitucional el artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que prevé que los servidores públicos de libre designación y remoción, así como los de carrera de empresas públicas en cuanto a la competencia y procedimiento, es decir, el elemento neutral o principal del Derecho Procesal que es ante quién yo debo activar mi acción cuando requiero la tutela de mis derechos, ¿qué es lo que contesta la Corte al respecto? En este sentido, la Corte Constitucional encuentra que el artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas no vulnera el artículo 229 de la Constitución, sino que en su lugar ha establecido un régimen propio y especial para el personal de las empresas públicas, razón por la cual no cabe distinguir una jurisdicción para los servidores y otra para los obreros cabiendo una sola jurisdicción, que es la de los jueces laborales, en virtud del artículo 568 del código de trabajo’

A raíz de este pronunciamiento de la Corte, se entendería zanjada esta duda de competencia, es decir, tendríamos absoluta claridad sobre la reclamación, tanto de la empresa pública contra el trabajador, como del trabajador o servidor contra la empresa pública, debe ventilarse ante los jueces laborales.

Sin embargo, este tema sigue trayendo inconvenientes de carácter procesal, al punto de que incluso en las más altas cortes se llega a determinar de qué se carece de competencia en la justicia laboral, por cuanto por dar un punto específico, nosotros verificábamos que se habla de servidores de carrera y la y obreros presumiéndose se excluye de aquí al servidor de libre designación y remoción, como que esta persona sí debe recurrir a la justicia contencioso administrativa, cuyos términos para activar el reclamo son distintos.



El procedimiento de tramitación del juicio contencioso administrativo es distinto y obviamente tiene distinciones marcadas con el juicio sumario, que es el que se reclama en materia laboral. Este tema es de altísima necesidad sea abordado de una vez por todas con un criterio uniforme. No olvidemos de que han habido incluso acciones constitucionales en la que servidores de empresas públicas han exigido reclamaciones afines a los trabajadores, como por ejemplo adherirse a un contrato colectivo, lo que sin duda afectaría el principio de eficiencia, puesto que si una empresa pública cumple con esas conquistas laborales o sindicales, sin lugar a dudas estará destinada al fracaso y no cumplirá el propósito por el cual el constituyente la creó a través del actual Carta Constitucional.

Espero que sea un aporte importante y se considere a futuro, en caso de que alguno de ustedes tenga la necesidad de activar el procedimiento de reclamación de derechos para este tipo de funcionarios



## PRISIÓN PREVENTIVA


Dr. Adrián Rojas<sup>1</sup>

Cuando no se dicta esta medida gravosa llamada prisión preventiva, las voces de varios interlocutores o varios penalistas de renombre suelen salir a defender lo indefendible. Nosotros dentro de, el proceso penal no decimos que se encuentre proscrita la prisión preventiva. No, no, no, no lo que nosotros decimos que la dictación de la medida de la prisión preventiva ha de tener una visión enteramente crítica y dada de la mano de la racionalidad. Siempre nos rasgamos nosotros las vestiduras y siempre insisto aquello en cuanto veo algún tipo de conversatorio o una plática jurídica, cuando decimos que la Constitución de la República o vivimos de un Estado constitucional de derechos y de Justicia, y conforme lo prevé el artículo 11.3 de la Constitución, este es de aplicación directa inmediata, entonces el artículo 77 de la Constitución de la República, que trae a colación los derechos de protección en las garantías del debido proceso.

De que en todo proceso en el que se haya privado la libertad a una persona, se observará las siguientes garantías básicas, la privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado. Ahora es procesado o acusado al proceso de un derecho a la víctima de un delito, a una justicia pronto oportuno y sin dilaciones y para asegurar el cumplimiento de la pena. En estos casos, en estos casos ha de dictarse esta medida gravosa. Pero ojo, no será la regla general. ¿Qué ocurre dentro

---


<sup>1</sup> Doctor es juez nacional, integrante de la sala de lo civil y mercantil y familia, niñez y adolescencia infractores de la Corte Nacional de Justicia es magister en derecho penal y criminología y especialista en Derecho Penal y justicia indígena por la Universidad Regional autónoma de los Andes. Es especialista en derecho constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Doctor en jurisprudencia, abogado de los tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciado en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad Católica de Cuenca



del país o qué está pasando en nuestro país? ¿Por qué el colapso del sistema democrático? si me atrevo a decir aquello precisamente, porqué los centros de privación de libertad se encuentran colapsados.

Y se encuentra encorazados precisamente por el abuso de esta medida. Por qué se ha dictado en todos y cada uno de los casos prisión preventiva, a pedido del señor o señora representante de la fiscalía general del Estado, institución a la que me honra pertenecer e institución a la que llevo arraigada dentro de mi espíritu, luego de referir el término arraigo que en el Código orgánico integral Penal no se encuentra establecido, si hallamos el arraigo en el COGEP, pero cuando hace referencia a alimentos, cuando un alimentante radica en el extranjero, entonces con la prisión preventiva decimos nosotros comenzamos a criminalizar la pobreza, la prisión preventiva. Insisto, voy a insistir en esto y hablar con énfasis ha permitido que el sistema colapse. No escape de nuestras mentes los execrables hechos que ocurrieron o dieron inicio en la ciudad de Cuenca, en el centro de habitación turi, y luego estos colapsos o estas revueltas o reviertas se han dado en los diferentes centros del país. Precisamente porque no podemos o no hemos ponderado la prisión preventiva. ¿Qué ocurre, sin embargo, que cuando se dicta una prisión preventiva y luego se confirma el estatus de inocencia que constitucionalmente poseemos los ciudadanos del país? Tal vez a mi mente lo que refiera el Doctor Ramiro Ávila y voy a abrir comillas” yo fuera juez o jueza de garantías penales que ordenó la prisión preventiva y supiese que esa persona muere en amotinamiento. No podría con mi conciencia. Sin duda preferiría que esta persona fue prófuga a que esté muerta”. Cierro comillas.

Decía o hago referencia al arraigo social, el famoso término arraigo es una práctica generalizada y perversa dentro de nuestra República, pues la persona que no tenía no tiene arraigo. Está condenada, perdón, la expresión a que se le dicte una prisión preventiva, una persona que no tiene un salario, una persona que no tiene un domicilio fijo, una persona que no tiene un recibo de luz porque eso con eso se justifica el arraigo. Está condenada o perdón está situada a que se le dicte una prisión preventiva, ergo sin el análisis constitucional o legal, ergo, sin la debida fundamentación constitucional que



es necesaria e indispensable para la dictación de la medida, resulta que el mayor número de personas dentro del Ecuador son pobres, no tienen domicilio fijo, no tienen trabajo formal, carecen de riesgo. ¿Debería ir a la cárcel? y tendrían ya una condena anticipada. La Acta Corte Nacional de Justicia de esta República determina o dicta la resolución en la que deben cumplirse en determinados parámetros para que se dicte la prisión preventiva. Ahora recordemos que la prisión preventiva es una de las instituciones del Derecho penal que han sido analizadas y una de las más criticadas no sólo dentro de la República, sino dentro de la región. Precisamente por ello, que el Ecuador ha tenido que responder frente a las Comisiones de Derechos Humanos, cortes penales internacionales. La prisión preventiva resulta ser de última ratio el mandato constitucional, así lo refirió. ¿Entonces, dónde se encuentra el abuso de su utilización? En dónde en Latinoamérica que afirma que la relación al crecimiento y al hacinamiento penitenciario, los problemas de las prisiones dentro de la región dentro de nuestro país, han establecido o han permitido que el sistema democrático se encuentre y se encuentra perdón, en cierto en cierto riesgo con riesgo totalmente eminente. ¿Qué nos dice el doctor Jorge Zavala Valdiviezo en torno a la prisión preventiva? Nuevamente abro comillas.

Es un acto procesal de carácter preventivo provisional, que limita la libertad del sujeto pasivo del proceso, cuando al reunirse ciertos presupuestos que se encuentran exigidos por la ley, el juez objetiva y ojo de ello, objetiva y subjetivamente considera necesario dictarla para asegurar la realización del Derecho violado. Cierro comillas. ¿Qué nos dice la Constitución de la República? Tres presupuestos para asegurar la presencia del imputado acusado al proceso para asegurar el resarcimiento de la dictadura.

Y para asegurar una justicia pronta, oportuna y sin violaciones, ahora, por mandato constitucional y yo convencional, se determina que la medida cautelar personal se fundamente en la excepcionalidad, aunque la Constitución dice que no será la regla general presenta contraria a la regla para garantizar la libertad individual. Sin restricción alguna dentro del marco de constitucionalidad. Por ello, su excepcionalidad se encuentra establecida en los casos en el tiempo y con las formas que establece la ley. Decía, o hago referencia a que la prisión preventiva se encuentra establecida en el Numeral 6 del




artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal. Se rige como la medida de coercitiva más gravosa.

Se dirige como la, como la, como la medida de carácter personal que implica la limitación del principio constitucional de la presunción de inocencia, pues se basa en el peligro de fuga o en el peligro procesal o peligro probatorio que tiene el procesado. Teniendo presente que deben concretarse o reunirse los artículos del perdón, las reglas que contemple y desarrolle el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, que dichas medidas tienen que carácter objetivo y subjetivo. Veamos los numerales uno y dos que guardan relación con los elementos de convicción en torno a la existencia de un delito de ejercicio público de la acción y elementos de comisión claros y precisos que permitan establecerse el procesado es autor o cómplice de la infracción, en el numeral 3, en torno gira en torno a los indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la dictadura de la prisión preventiva para asegurar la presencia del procesado a juicio o el cumplimiento de la pena.

Finalmente, el numeral cuatro que determina que una infracción sea sancionada con una pena privativa de libertad superior a 1 año. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Palamara versus Chile nos ha indicado que la prisión preventiva se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad indispensables dentro de una sociedad democrática. Constituye que esta es la medida más severa, la medida más gravosa y que debe aplicarse al imputado en forma provisional. Vamos a seguir insistiendo, la regla es la libertad, el poder defenderse con libertad ambulatoria, el poder defenderse acudiendo a todos y cada 1 de los llamados de los titulares dentro del ejercicio de la acción penal y no pretender defenderse tras las rejas cuando se encuentra totalmente limitado, voy hacer ser un pequeño aparte.


Hoy y que no tiene que ver con la prisión preventiva, pero sí con la privación de la libertad, hablaba con o sin pretender realizar lisonjas con uno de los magistrados de renombre dentro de la Corte Nacional, hablaba con el doctor David Jacho, que es una



eminencia dentro de materia procesal y constitucional. Y hacíamos un ejercicio, decíamos, de que en tratándose de contravenciones, por ejemplo, el juez dicta una resolución en la que se sanciona por 15 días de prisión. Pero estos quince días de prisión esta persona va a un centro de rehabilitación que se encuentra tomada por las mafias de las organizaciones delictivas y esta persona que va a cumplir sus quince en un centro de rehabilitación es prendado, hipotecado si cabría el término en materia civil, apagar cierta cantidad de dinero para qué o a pretexto de qué se precautele su integridad en el centro de privación. Es lo que nosotros debemos pensar dentro de

El ejercicio de la prisión preventiva, estamos enviando a las personas a que se encuentre un centro de privación en la forma en la que se encuentre El País. Refiero que nos debe obligar precisamente a buscar otro tipo de medidas que se encuentran desarrolladas en el catálogo del artículo 522. Pero nos volvemos y decimos la idiosincrasia nuestra, los medios de comunicación, el señor Fiscal, el señor juez, frente a un ataque mediático, dicta una prisión preventiva a sabiendo que pueden dictarse otro tipo de medidas. Nos falta inteligencia y aplicar, por ejemplo, este rato se me viene a la mente la fianza para ciertos delitos, aquellos que permitan que la persona fuera sin poner en riesgo procesal, sin poner en riesgo a la víctima y con la confianza y con la convicción de que va a acudir al estadio procesal cuando sea llamado.


Dentro del artículo 534 tenemos dos elementos doctrinarios, supuesto material y necesidad de cautela. ¿En qué consiste el primero? La obligación de que el caso cuenta con material con elementos de convicción que luego se producen en prueba conforme lo establece el artículo 500, perdón, 454.1 principio de oportunidad en prueba cuando sean presentados y valorados en el Tribunal Penal y decía Recapitulo consiste en la obligación de establecer que el caso cuenta con evidencia sólida y suficiente que le sea razonable pensar que puede llegar a juicio. Este primer filtro no resultaría lógico conforme a lo Estatuto o lo Estatuto constitucional de derechos de Justicia, al privar a alguien de su libertad en audiencia si al menos no se contara con un caso, que al momento de la solicitud y de la dictación de la medida de la medida cautelar, tenga elementos potenciales que le permitan llegar a juicio.



Debe descargarse o debe de cantarse o quedarse establecido que la evidencia es entendida como de diversa naturaleza que debe ser probada en audiencia de juicio. El objetivo del proceso no es otro que la utilidad que se limita simplemente a crecer el referente para valorar con total seriedad la prueba e insisto y perdón, que sea repetitivo en lo mismo que el caso que posee la Fiscalía sea sólido, sea suficiente para permitir que pensar que se puede enervar la presunción de inocencia. Este requisito lo plasmado en nuestra norma en un par de exigencias, las mismas que se encuentran contenidas en los numerales uno y dos del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal que manda, que se debe justificar como difería anteriormente o recapitulando lo que referí elementos de comisión claros y precisos que permitan de manera ineludible y razonable, concluir que ha existido delito de acción penal pública y que el procesado es autor o cómplice de la infracción.

El texto que narra el número elementos de convicción suficientes sobre el ejercicio de una acción penal pública y dos elementos de convicción claros y precisos que justifiquen que el procesado, el autor o cómplice de la infracción, en todo caso, la sola existencia de indicios reza a la norma de responsabilidad, no constituye en razón suficiente para ordenar la prisión preventiva. Debemos dejar claros que la redacción de la norma puede llevarnos a interpretaciones. Totalmente equívocas, por ejemplo, esta fórmula se aplica dentro del sistema de libre valoración de la prueba para dar pábulo a un estándar probatorio que se confunda con lo exigido para la sentencia. No deben ser los mismos. El problema serio que afecte el litigio nace en razón de la falta de producción jurisprudencial y doctrinaria que, generado esta ausencia, en la que debe tenerse un estándar probatorio requerido para aquello.

Necesidad de cautela el artículo 534 sufre una mutación tiempo atrás en donde nos refiere que indicios en los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar la presencia del procesado a la audiencia de juicio para este efecto, demostrará el fiscal pongo énfasis en aquello, demostrará el Fiscal que las medidas cautelares personales diferentes de la prisión preventiva, no son suficientes. La cita, profesor de la razón de



este requerimiento, es de que constatar que la aplicación responda a la naturaleza, esto es, que la privación de la libertad sea necesaria para salvaguardar a la administración de Justicia. Dentro de la doctrina y la legislación comparada se tiende a imponer el criterio de la necesidad de la cautela que dé. Puede aceptarse dentro de los motivos o las motivaciones de la prisión preventiva. El peligro de fuga es el motivo por el cual se sostiene que no se priva o si no se priva de libertad a una persona.

Es previsible que esta persona no vaya a presentarse a juicio o no vaya a guardar la debida intermediación con el proceso. La segunda, la protección de la existencia de razones concretas que pueden permitir que realizar actos que obstaculicen perdón, el trámite, por ejemplo, destruir la evidencia, amenazar a las víctimas o los testigos a fin de ir cerrando el trazado. Debo indicar lo que ocurre dentro de nuestra praxis dentro de nuestra conciencia jurídica o lo que ocurre dentro de los sujetos procesales con altitud ligera se ha generalizado y culminaré con el inicio, digamos, de una actitud ligera, insisto, se ha generalizado la práctica de solicitar la prisión preventiva.

No existe, un análisis concreto no existe un análisis constitucional, simplemente el solo pedimento de la Fiscalía hace que a la vieja usanza del sistema inquisitivo se suele dictar esta medida. Debemos nosotros ser responsables como sociedad, debemos ser responsables como jugadoras y no estamos diciendo que vamos a permitir que exista total impunidad. No estamos diciendo que no se debe dictar la prisión preventiva, ojo con aquello, estamos manifestando que esta debe dictarse en la medida en la que cada uno de los supuestos que contiene el artículo 534. Se encuentren cumplidos, se dicte esta, pero también debemos tener en conciencia o tener el punto de vista conciencia ciudadano, ver lo que está ocurriendo en El País y sí delincuencias organizadas se han tomado la República toda, pero también existen personas, perdón, que comete un delito mínimo un delito leve o un delito de bagatela, como se le llama a la doctrina, y estas personas son las que están yaciendo en la cárcel



## LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD Y OTRAS FORMAS DE ENERVAR LA AFILIACIÓN

Dr. David Jacho Chicaiza<sup>1</sup>

### Introducción


La legislación sustantiva civil establece varias instituciones jurídicas, en relación a la filiación respecto de las diversas circunstancias fácticas, sustantivas y jurídicas que puede emerger entre un padre, un hijo y su madre, y en ese sentido el Código Civil ecuatoriano, establece acciones que pueden ser propuestas, en función del principio de seguridad jurídica y legalidad. Por lo cual se identifican cuatro acciones, que pueden enervar la filiación de un hijo(a) y estas son:

1. La impugnación de la paternidad,
2. La impugnación del reconocimiento voluntario de los hijos,
3. La declaración judicial o investigación de paternidad o maternidad; y,
4. La acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de un hijo.

Estas cuatro instituciones jurídicas son distintas y en cada una, la prueba de “Examen Comparativo de los Patrones de Bandas o Secuencias de Ácido Desoxirribonucleico” [ADN], en unas tiene eficacia, y en otras no. Tiene eficacia cuando se discute la verdad biológica y no tiene eficacia cuando no se discute la verdad biológica, dependiendo de cada caso concreto.

---

<sup>1</sup> Doctor en jurisprudencia y abogado de los tribunales y juzgados de la República del Ecuador por la Universidad Central. Es Magister en Derecho penal y procesal penal por la Universidad central del Ecuador, diplomado superior en derecho constitucional de la misma Universidad. Candidato a doctor en derecho por la Universidad Mar del Plata, Argentina.



Ahora bien, en relación con hijos nacidos dentro de matrimonio, o dentro de una unión de hecho se aplica la acción de impugnación de la paternidad, pese a ello existen confusiones recurrentes en los planteamientos de mandatorios por lo que es necesario aclarar estos mecanismos establecidos en la ley que enervan la filiación.

Es frecuente también observar en varias demandas supuestos fácticos encaminados a una acción de nulidad del acto de reconocimiento, y sin embargo, en la teoría jurídica, se impugna la paternidad de un hijo nacido dentro de una unión de hecho o matrimonio, y es en virtud aquella contradicción y confusión sobre las acciones que enervan la filiación, con errores en la fundamentación que se hacen visibles incluso en los recursos extraordinarios de casación, se hace necesario observar el alcance de cada una de ellas y la forma correcta de interponerlas.

#### METODOLOGÍA


El presente estudio corresponde a un enfoque cuali-cuantitativo, el cual se realizó a partir del diseño no experimental de manera transversal sin que se haya modificado el objeto a manera de experimento. Mediante la investigación descriptiva se presentó las características fundamentales de las acciones que enervan la filiación.

Se utilizaron métodos del nivel teórico; Inductivo-Deductivo, Analítico-Sintético, e Histórico-Lógico con el fin de fundamentar el tema de estudio. En cuanto al nivel empírico, se empleó el análisis documental sobre el total de 5 casos que lograron pasar la fase de admisión y fueron resueltos en el año 2022 por los jueces de la Sala de lo Familia Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Como técnicas se empleó la hermenéutica jurídica y la interpretación sistemática.

#### RESULTADOS

En el año 2022, La Sala de la Familia; Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores, resolvió un total de 5 casos en el año 2022, de los cuales únicamente prosperó uno.

Entre los errores más comunes encontrados en las propuestas y planteamientos casacionales y de fondo respecto del conflicto, se evidencia que pese a que, en el Recurso de Casación, se habla de que en el proceso se presentó una demanda de impugnación de paternidad, paralelamente se habla en la misma propuesta de declarar la nulidad de



inscripción de nacimiento, es decir, la propuesta fáctica estuvo encaminada a otra institución jurídica.


Además, en algunas acciones se habla de que la pareja estuvo en unión de hecho, y por otra parte de los hechos fijados como ciertos, no aparece dato alguno en el proceso que determine aquello, más aún cuando dicha condición debe ser acreditado para dotar de validez la impugnación de paternidad.

En otros casos, se presenta como prueba el Análisis de Vínculo Biológico Mediante Estudios Comparativos ADN, en acciones que no tienen por fin determinar la verdad biológica, producto de la evidente confusión por parte de muchos abogados sobre las instituciones jurídicas; y, al evidenciarse este tipo de omisiones y contradicciones, en las propuesta fáctica y en la propuesta jurídica, en relación con la propuesta probatoria, se determina que no están justificados los fundamentos de hecho y de derecho en las acciones presentadas.

## DISCUSIÓN

Una de las fuentes del derecho de paternidad es la procreación, dentro de la cual surge el vínculo biológico y el jurídico entre progenitores e hijos, este vínculo es denominado paternidad cuando es observado desde el punto de vista paterno y materno, y recibe la denominación de filiación cuando se lo observa desde el lado de los hijos o hijas. (Pulla, 2022) Ahora bien, “no es únicamente el hecho físico de la procreación el que considera el Derecho, sino también el conjunto de nexos humanos, sentimentales, económicos, etc., que existe entre padres e hijos, lo que se protege y regula por medio de la ley civil.” (Larrea Holguín, 2008, pág. 318)

En este contexto, la filiación es el vínculo jurídico que da lugar al parentesco entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre y la otra el hijo o hija, relación que permite a los seres humanos reconocerse como miembro de un grupo o segmento social, de una familia. Jorge Morales, parafraseando a Planiol y Ripert, refiere que la Filiación es la relación de dependencia que existe entre dos personas, en virtud de la cual una es el padre o la madre de la otra. (Morales, 1992, pág. 257)




La determinación de la filiación puede ser legal, voluntaria y judicial, es decir, existen diferentes formas de filiación: filiación biológica, filiación social y filiación jurídica. La filiación biológica, surge por el hecho natural de la procreación; la filiación social, es la que nace de la convivencia entre una persona que asume el papel de padre o madre y otra que asume el de hijo o hija; convivencia que genera derechos y obligaciones, así como vínculos afectivos, culturales y sociales; la filiación jurídica, es aquella que se establece por declaración judicial.

La filiación respecto de la madre, se conoce como maternidad, en tanto que la filiación respecto del padre, como paternidad. La primera ofrece certezas cuando es el resultado del parto, mientras que la paternidad, se acredita a través de presunciones, así el hijo de mujer casada lo es del marido de su madre; y, la paternidad del hijo de mujer soltera es incierta por principio y solo puede llegar a establecerse por reconocimiento voluntario del padre o por sentencia que así lo declare.

Sobre el reconocimiento de la filiación, la doctrina mantiene una línea uniforme, considera que es el acto jurídico por el que una persona manifiesta su voluntad de afirmarse como padre o madre del mismo. Se trata de un acto: 1) unilateral, al constituirse en una declaración única y no recepticia del reconocedor, pues, no precisa de aceptación; 2) se trata de un acto personalísimo del reconocedor (que es el único que conoce y puede declarar tanto las relaciones sexuales habidas con el otro progenitor de las que ha nacido el reconocido (como hijo propio), cuando su condición de ser padre o madre, hechos ambos implícitos en la afirmación que comporta todo reconocimiento); 3) formal y expreso; 4) Se trata de un acto puro, no sometible a condición o termino; 5) Se trata de un acto irrevocable, aunque susceptible de impugnación (Corte Nacional de Justicia , 2014).

1) Sobre la declaración judicial de la paternidad y de la maternidad.

El Título IX del (Código Civil, 2005), desarrolla desde el artículo 252 esta acción, sobre el cual quien no ha sido reconocido voluntariamente, podrá pedir a un juez que lo declare hijo de determinados padre o madre.




La declaración judicial de paternidad y de la maternidad, es una vía judicial establecida para garantizar el derecho de los hijos e hijas a saber quiénes son sus padres o para la posibilidad de gozar de su cuidado y protección. (Ramos, 2013) El tema de la investigación de la filiación biológica en esta acción, necesariamente está ligada al examen del ADN en virtud del derecho a la identidad que tiene toda persona, y con mayor razón un niño o niña.

Así también, la posibilidad de investigar la paternidad resulta positiva y coherente con el sistema de reconocimiento de la igualdad de todos los hijos y de su derecho a conocer su origen biológico, donde la investigación sobre la paternidad y la maternidad constituyen un elemento positivo de la protección del hijo/a, no sólo en los aspectos tendientes a su reconocimiento y asistencia, sino también en otros casos en los el conocimiento de sus orígenes puede ser de vital importancia por sus consecuencias de carácter afectivo, familiar, social, psicológico y cultura.

## 2. Sobre la impugnación del reconocimiento voluntario de los hijos(as).

En función del principio del interés superior del niño, niña y adolescentes, previsto en los artículos 44 de la (Constitución de la República del Ecuador, 2008), 3.1 de la (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990), y 11 del (Código de la Niñez y la Adolescencia, 2014), el Estado, la familia y la sociedad entera están obligados a tutelar y garantizar el ejercicio pleno de todos los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, reconociéndoles su calidad de sujetos de plenos derechos, y beneficiarios de protección especial atendiendo a su condición de personas en formación; que, implica una noción relacional, es decir, supone que, en caso de conflicto de derechos de igual jerarquía, la prioridad deben tenerla los niños y las niñas, interés que, prevalece por sobre el de los padres, de la sociedad y del Estado; los Jueces y Juezas están obligados a proteger y privilegiarlos en todos los casos en los que sus derechos se encuentren en juego, de tal modo que se logre la efectiva protección y goce.


Ergo, las decisiones que se tomen deben, no solo reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, sino que además en ese proceso de decisión, deberá garantizarse que ellos/ellas lo sepan, lo sientan y lo perciban cotidianamente



reafirmando su dignidad, el libre desarrollo de su personalidad, su derecho a una vida de calidad y su derecho a llevar adelante su proyecto de vida. Este principio, está en relación directa con la Doctrina de la Protección Integral, que considera al niño, niña y adolescente como sujeto portador de derechos sin distinción de ningún tipo, doctrina que, el Ecuador adoptó a la firma de los instrumentos internacionales y, que han sido debidamente recogidos y adecuados en nuestra legislación. (Corte Nacional de Justicia, 2014).

En ese sentido, es que, emerge el carácter irrevocable del acto de reconocimiento voluntario de los hijos/as, conforme lo ha señalado la Corte Nacional de Justicia; más aún cuando en el Estado constitucional de derechos y justicia, la garantía de ejercicio y goce de los derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho a la identidad, que deriva de la dignidad, derecho profundamente vinculado a la idea de SER, que incluye el derecho a la identificación; nombre y apellido debidamente registrados y libremente escogidos; conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales, debe materializarse en cada caso; por ello, prima facie, resulta un contrasentido dejar al arbitrio del reconociente la modificación del estado civil de la persona por él reconocida, estado civil, que a más de generar lazos de filiación o parentesco por el estatus o condición de hijo o hija, conlleva la generación de vínculos que van más allá de lo jurídico, vínculos afectivos, emocionales, sociales, económicos, culturales, lingüísticos que constituyen la plataforma para el desarrollo de su proyecto de vida; de su forma de ser y estar en este mundo (Corte Nacional de Justicia , 2014).

En el contexto señalado ut supra, es que emergen las garantías normativas para hacer efectivo el derecho a la identidad, por lo cual, los hijos nacidos fuera de matrimonio pueden ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozan de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido. Podrán también ser reconocidos los hijos que todavía están en el vientre de la madre, y este reconocimiento surtirá efecto según la regla del Art. 63 [artículo 248 del (Código



Civil, 2005)]. Según nuestra estructura normativa, el reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce. En todos los casos el reconocimiento será irrevocable, al tenor de lo analizado en párrafos precedentes.

### 3. Sobre la acción de nulidad del acto de reconocimiento voluntario de un hijo(a).


Ahora bien, en casos concretos, la estructura normativa, establece la posibilidad de que el acto de reconocimiento voluntario de un hijo nacido fuera del matrimonio, pueda ser impugnado por vía de nulidad, otorgando la legitimación activa al reconociente; estos casos tienen estricta relación con la inobservancia de los requisitos indispensables para dotar de validez al acto de reconocimiento, al momento de otorgar el mismo.

Sobra decir que, si al acto de reconocimiento no concurre la condición de voluntario, esto es, si se encuentra viciado, o tiene una causa u objeto ilícitos, o ha sido realizado por una persona incapaz carece de valor, por lo que puede declararse su nulidad, previo el trámite correspondiente. (Corte Nacional de Justicia, 2014).

No todo acto de reconocimiento surte efectos jurídicos, para ello es necesario el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 1461 del (Código Civil, 2005), a saber: que la persona que lo otorga sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración; que su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita.” (Corte Nacional de Justicia, 2014).

En el sentido, es claro que uno de los concretos casos en que el reconocimiento voluntario de un hijo nacido fuera del matrimonio, puede ser impugnado vía nulidad, es aquel en el que el acto adolece de un vicio en el consentimiento.

La manifestación de un vicio para hacer valer un acto, tiene como fin el perjudicar o sacar ventaja mediante el engaño, la fuerza, amenazas, o la simple intención de hacer daño, hechos que de manera normal no podrían ser aceptados por el suscribiente si es que se tuviese conocimiento de su existencia; por lo cual la aplicación de estos mencionados vicios de los que puede adolecer el consentimiento se encuentran establecidos en la legislación nacional, para que de esta manera se pueda encontrar su existencia en el acto de voluntad.



El artículo 1461 del (Código Civil, 2005), señala que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1. Que sea legalmente capaz; 2. ¡Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y, 4. Que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.


El Art. 1697 del (Código Civil, 2005) prescribe: "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes (...)".

Según nuestra legislación sustantiva, los vicios de los que puede adolecer el consentimiento son el error, fuerza, y dolo [artículo 1467 del (Código Civil, 2005)]; a su vez el error puede ser de derecho o de hecho. Puede existir error de hecho sobre la persona [artículo 1471 del (Código Civil, 2005)].

El objetivo principal que persiguen los vicios del consentimiento es invalidar la libre voluntad de una persona, derivada de la concurrencia de uno de ellos; por tal motivo, la consecuencia directa es la anulación absoluta del acto, ya que el consentimiento estuvo viciado.

En derecho, una persona incurre en el error cuando tiene una idea o concepto equívoco sobre algún aspecto del acto, lo cual da lugar al falso conocimiento. El error puede ocurrir, bien sea por ignorancia o equivocación, pero sin importar cuál es el caso, constituye una falsa recreación de la realidad porque los hechos no han sucedido como se ha pretendido mostrar.

No todos los errores que pueden presentarse tienen el mismo accionar jurídico. Por tanto, el mismo no siempre deriva a la nulidad del acto, salvo que sea un error relevante. En este sentido la Corte Nacional de Justicia, ha señalado: "El legitimado activo del juicio de impugnación de reconocimiento es el hijo/a y/o cualquier persona que demuestre interés actual en ello, excepto el reconociente, quien solo puede impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad del acto, acción que ha de prosperar, en tanto logre demostrar que, al momento de otorgarlo, no se ha verificado la concurrencia de los




requisitos indispensables para su validez; la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido a través de la práctica del examen de ADN, no constituye prueba para el juicio de impugnación de reconocimiento, en que no se discute la verdad biológica” (Corte Nacional de Justicia , 2014)

Ahora bien, en términos concretos, el reconocimiento voluntario al tener un carácter irrevocable desemboca en que el reconociente no pueda impugnar el mismo, por lo que la vía para impugnar el reconocimiento de paternidad es cuando la ejerce el reconocido y cualquier persona que tenga interés en ello por lo cual, el reconociente únicamente tiene la vía de la nulidad como mecanismo para impugnar este reconocimiento. (Pulla, 2022)

Existen diversos criterios al respecto, y críticas sobre las disposiciones normativas relativas a estas acciones; (Avellán, Chávez Castillo, & Arteaga Solorzano, 2022, pág. 4) sobre la irrevocabilidad del reconocimiento voluntario de paternidad o maternidad en la legislación ecuatoriana señalan que “es importante aclarar que son irrevocables por parte de la persona que reconoce y que solo lo podrán realizar los hijos e hijas reconocidos y terceros interesados. Sin embargo, en Ecuador, pareciese que, por una parte, se están salvaguardando la integridad emocional y psicológica del menor, pero se está afectando el derecho de la persona que reconoce por motivo que se le permitirá impugnar el acto por vía de nulidad el cual es un camino difícil exponer con argumentos sólidos que ha caído en un vicio de consentimiento”. Sin embargo, se precisa aclarar que él o la menor nacido fuera de matrimonio o de unión de hecho que ha sido reconocido voluntariamente, es el sujeto más débil frente al conflicto que pudiese suscitarse frente a su verdad biológica, en virtud de lo cual nace el pronunciamiento de la Corte Nacional al respecto.

Se debe tener presente que el reconocimiento voluntario es un mecanismo tiene por objeto principal garantizar al reconocido el derecho a ser protegido y pertenecer a una familia por lo que al mismo no debe exponerse a condiciones que vulneren estos nuevos derechos adquiridos en el acto solemne, por lo que como ya se mencionó



previamente, al crear el reconocimiento voluntario una relación bilateral las lesiones a los derechos pueden ser tanto para el reconociente como el reconocido (Pulla, 2022).

#### 4. Sobre la impugnación de paternidad. -

El (Código Civil, 2005) en el art. 24 literal a), establece como presunción legal que los hijos nacidos en matrimonio (verdadero o putativo), son hijos e hijas del marido y la mujer; esta “presunción legal”, podría ser enervada por varias pruebas científicas. Así también, ocurre con la filiación de hijo concebido dentro de la unión de hecho, institución que se encuentra constitucionalmente reconocida.


Respecto a la unión de hecho la determinación de filiación del hijo (a) concebido dentro de una unión de hecho, estable y monogámica, legalmente reconocida, presenta tres posibilidades: a) que los progenitores lo reconozcan como hijo voluntariamente al momento de la inscripción del nacimiento; b) que los progenitores tengan una unión de hecho formalizada y registrada; y, c) sin contar con la formalización, registro o reconocimiento judicial de la unión de hecho el padre no quiera o no pueda reconocer al hijo en esta condición (Simón, 2021, págs. 289 - 290).

Ahora bien, el artículo 233 y artículo 233 A del (Código Civil, 2005), establecen: “El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido, quien podrá impugnar la paternidad mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN).

Esta presunción se extenderá al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en este Código”.

“La acción de impugnación de paternidad o maternidad podrá ser ejercida por:

1. Quien se pretenda verdadero padre o madre.
2. El hijo.
3. El que consta legalmente registrado como padre o madre y cuya filiación impugna.
4. Las personas a quienes la paternidad o maternidad impugnada perjudique en sus derechos sobre la sucesión de los que constan legalmente como padre o madre. En este



caso, el plazo para impugnar será de ciento ochenta días contados a partir de la defunción del padre o madre” (Código Civil, 2005).

Reglas claras, sobre las cuales se debe partir al momento de impugnar la paternidad, de la cual se colige el valor probatorio que aporta la prueba de ADN y el efecto nulo de argumentar temas relacionados con los vicios del consentimiento.


### Conclusiones

En los procesos de protección de la niñez y de la adolescencia, el principio de interés superior de los niños y niñas (ISN) es el eje diamantino con el que se fundamentan todas y cada una de las decisiones judiciales, empero sin siquiera – en algunas ocasiones – poder definirlo y en otras muchas sin conocer a profundidad el significado y los alcances que debe ostentar dicho principio. (López, 2013)

Al acudir a este principio frente al contexto de las acciones que enervan la filiación y particularmente en aquellas en las cuales existen equívocos o confusiones en la propuesta demandatoria, respecto a la impugnación de paternidad y la nulidad del reconocimiento voluntario, en la decisión del órgano judicial deberá, prevalecer la verdad social por sobre la verdad biológica, toda vez que los vínculos familiares, sociales y la (auto) identificación en los planos íntimo y público de la persona tienen mayor relevancia que la verdad biológica.

Esto considerando que el interés superior [de los niños y niñas] significa que, en caso de conflicto de derechos de igual jerarquía, éste prevalece sobre los derechos de los padres, sociedad y Estado, ya que en todo proceso judicial o administrativo que involucre a estos actores sociales, los jueces y juezas están obligados a tutelarlos de forma efectiva. (Corte Nacional de Justicia, 2014)

La (Corte Constitucional del Ecuador, 2017) en la Sentencia No. 012 – 17 SIN –CC ha señalado: “Entre los principios constitucionales aplicables a los niños, niñas y adolescentes, resaltan tres cuyo alcance se requiere determinar. Estos son, el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes; el principio de prevalencia de sus derechos o trato prioritario y el principio de corresponsabilidad del Estado, la sociedad



y la familia”, en tal virtud, frente a las ambivalencias de una pretensión el juez deberá resolver a la luz del interés superior del niño(a).

#### REFERENCIAS

Avellán, D. D., Chávez Castillo, J., & Arteaga Solorzano, Y. (2022). Impugnación del Acto de Reconocimiento del Menor. Polo de Conocimiento: revista Científico-Profesional ISSN-e 2550-682X, 7(1), 18.

Código Civil. (2005). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código de la Niñez y la Adolescencia. (2014). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Montecristi: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Convención sobre los Derechos del Niño. (1990). Nueva York: ONU.

Corte Constitucional del Ecuador, No. 012-17 SIN -CC (Corte Constitucional 2017).

Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 05-2014 (Precedente Jurisprudencial 2014).

Corte Nacional de Justicia, Sentencia No. 0081-2014, Juicio No. 0028-2014 (Sala Especializada de la Familia, Niñez y la Adolescencia y Adolescentes Infractores 2014).


Larrea Holguín, J. (2008). Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

López, R. (2013). Interés Superior de los Niños y Niñas: Definición y Contenido. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 51 - 70.

Morales, J. (1992). Derecho Civil de las Personas. Cuenca: UDA.

Orellana, M. (2007). Análisis del Régimen legal de la Filiación en el Ecuador. Cuenca: Universidad del Azuay.

Pulla, C. (2022). la Nulidad del Acto de Reconocimiento Voluntario de Paternidad o Maternidad en el Ecuador. Cuenca: Universidad de Cuenca.



Ramos, P. (2013). La Declaración Judicial de Paternidad y de la Maternidad y su incidencia en el Núcleo Familiar. Quevedo: Universidad Técnica Estatal de Quevedo.

Simón, F. (2021). Manual de Derecho de Familia. Quito: Cevallos




## LOS DEFECTOS EN LA VALORACIÓN PROBATORIA, LA FORMA DE IMPUGNACIÓN DE LOS PRECEPTOS DE VALORACIÓN EN LA CASACIÓN

MSc. Maryuri Rosillo<sup>1</sup>

En principio, los defectos en el juicio de hecho quedan al margen del recurso de casación, pues el interés del recurso de casación se encuentra subordinado a la ley. Por tanto, la casación tiene jurisdicción sobre las cuestiones de puro derecho, de manera que garantiza la correcta aplicación de la ley, a partir de los hechos de fondo determinados en instancia. Esta es la posición que normalmente adopta el tribunal de casación frente a la valoración probatoria, pero extraordinariamente, cuando se demuestra de manera evidente un yerro de derecho, en la aplicación e interpretación de las normas generales relativas a la estimación de los medios de prueba, opera la causal cuarta del artículo 268 del COGEP, que, sin trastocar el proceso intelectual de valoración propio de primera y segunda instancia, vigila las reglas de valoración probatoria. No obstante, la actividad de dicha causal se encamina a los errores de hecho, por cuanto se vincula en un inicio, al proponer la impugnación en casación, con la existencia o no de determinada prueba, pero de verificarse la infracción, lógicamente el error termina siendo de apreciación. En los procesos no penales, existen variadas normas legales de tasación probatoria de diversos medios de prueba que constituyen los márgenes de ponderación racional del juez, el cual está sometido a la estimación y a la ponderación legalmente orientadas por normas precisas, las que naturalmente se constituyen en leyes reguladoras de la prueba que deben ser acatadas. Entorno a estas normas, denominadas preceptos de valoración

---

<sup>1</sup> Abogada de los juzgados de tribunales de la República del Ecuador por la Universidad Central del Ecuador, es especialista en derecho notarial y registral por el Instituto de Altos de Estudios Nacionales maestrando en derecho civil y derecho procesal civil por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede la paz, abogada en libre ejercicio, ayudante judicial.



probatoria, es que la apreciación del juzgador debe amoldarse, a fin de que la valoración no sea absurda o arbitraria. Así se garantiza que el juzgador no suponga para su decisión, al valorar pruebas que no existen, ni omita las existentes. O efectúe su estimación sin contemplar los elementos que la componen, soslayando su aptitud demostrativa o la formalidad que la ley exige para ser introducida al proceso.

Para Jordi Nieva Fernoll, existe la posibilidad de que el tribunal de casación analice la valoración probatoria en tres supuestos:

(...) 1. Cuando el juez haya pasado por alto la aplicación de una norma de prueba legal. En este caso, una disposición claramente normativa obliga al juez a valorar la prueba en un determinado sentido, de manera que si el juez a quo prescinde de la misma y opta por la libre valoración, el tribunal deberá casar la sentencia, por vulneración del ordenamiento jurídico; 2. Si el juez sobrepasó los límites de lo razonable en la valoración probatoria, de manera que sus conclusiones no están sustentadas en ninguna lógica racional, el tribunal deberá casar también la sentencia, porque además de las vulneraciones normativas en que incurre en este caso, lo cierto es que no hay regla más esencial de cualquier ordenamiento jurídico que el seguimiento de la lógica y la coherencia; y, 3. Por último, es posible que el juez a quo haya acudido a la última ratio del ordenamiento probatorio, la carga de la prueba antes de tiempo. Es decir, que haya prescindido de valorar el material probatorio obrante en autos y haya presupuesto que era insuficiente; pues bien, en estos casos, en los que el juzgador, en realidad no ha valorado la prueba, la sentencia también debe ser casada, por aplicación indebida de las disposiciones legales sobre carga de la prueba a un supuesto que no corresponde .

Para comprender de mejor manera, la naturaleza de la causal cuarta, vale la pena desglosar su contenido y exigencias para la postulación del cargo, así se ha determinar:

a) El o los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han sido infringidos, en relación con una prueba en específico;

Son preceptos de valoración probatoria, los que le dicen al juzgador el valor específico o determinado que contiene cada medio de prueba, en virtud del cual se ha de formar su convicción. Como el artículo del COGEP: 186 (Valoración del testimonio y declaración



de parte), 208 (Valor de los documentos públicos) o el 229 (Objeto y valor de la inspección judicial)


b) El modo por el que se comete el vicio, esto es: 1) Por aplicación indebida, 2) o por falta de aplicación, 3) por errónea interpretación. Lo que deberá precisarse en relación con un precepto jurídico de valoración probatoria en particular; por lo que no es lógica la acusación de que se ha producido más de uno de aquellos vicios en relación con un mismo precepto jurídico, puesto que estos vicios son diferentes, autónomos, independientes y hasta excluyentes entre sí.

c) Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba. Esta segunda infracción, la de las normas de derecho sustantivo, es necesaria, por cuanto una vez efectuada la valoración de los instrumentos probatorios, los juicios de hecho obtenidos por el juez, se deben adecuar los presupuestos jurídicos de las normas que regulan lo demandado, para determinar su procedencia o no.

d) Explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o, la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba ha conducido a la violación de normas de derecho, ya sea por equivocada aplicación o por su no aplicación. (La sola enunciación de las normas de valoración infringidas y del derecho material, no basta para el cargo, puesto que en materia civil no existe casación oficiosa (como en penal), de allí que la explicación y demostración del error es obligación del casacionista, dicha carga no puede ser suplida por el juez de casación.

A fin de tener una idea clara, vale la pena examinar el siguiente ejemplo:

Existe falta de aplicación del artículo 208 del COGEP, que es el precepto de valoración probatoria del documento público, cuando se da valor de escritura pública a un documento privado que no ha sido elevado al protocolo notarial. Dicha infracción por poner un ejemplo, vulnera de manera indirecta por equivocada aplicación el artículo 1740 del Código Civil, relativo al perfeccionamiento de compraventa, el cual exige para su validez, que el acto se haya elevado a escritura pública. Como vemos, la primera



infracción es causa de la segunda infracción, mientras que esta última es efecto de la primera (ley de causalidad).

En resumen, el cargo por la causal cuarta, procede cuando se encuentra de manifiesto, que el juzgador de segunda instancia, al momento de considerar tal o cual medio de prueba, no reparó en su existencia, sus alcances o sus exigencias formales. En estas situaciones se demuestra entonces, que el error del juez no depende de la existencia o veracidad del hecho probado, sino sobre la existencia y legalidad del medio probatorio.