



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE POSTGRADO

TÍTULO:

“EL DERECHO A LA PRUEBA Y A LA MOTIVACIÓN EN LA ORALIDAD, A PARTIR DEL OBJETO DE LA CONTROVERSIA Y PARA ASUNTOS TRIBUTARIOS”

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA
COMO REQUISITO PREVIO A OPTAR EL GRADO DE
MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

AUTOR:

Ab. CARLOS RENÉ FERRÍN DE LA TORRE, MSc.

NOMBRE DEL TUTOR:

Dr. MARCO VINICIO RODRÍGUEZ MONGÓN, MSc.

SAMBORONDÓN, 29 NOVIEMBRE 2018

APROBACIÓN DEL TUTOR

En calidad de tutor del maestrante Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador **CARLOS RENÉ FERRÍN DE LA TORRE, MSc**, quien cursa estudios en el programa de cuarto nivel en la MAESTRÍA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, dictado en la Facultad de Postgrado de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo.

CERTIFICO:

Que he analizado el Paper Académico con el título “**EL DERECHO A LA PRUEBA Y A LA MOTIVACIÓN EN LA ORALIDAD, A PARTIR DEL OBJETO DE LA CONTROVERSIA Y PARA ASUNTOS TRIBUTARIOS**” presentado por el maestrante Abogado **CARLOS RENÉ FERRÍN DE LA TORRE, MSc**, portador de la cédula de ciudadanía No.0908639651 como requisito previo a optar el grado de **MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL**, cumpliendo con los requisitos y méritos tanto académicos como científicos, razón por la cual lo apruebo en su totalidad.

Dr. Marco Vinicio Rodríguez Mongón, MSc.
Tutor

**EL DERECHO A LA PRUEBA Y A LA MOTIVACION EN LA ORALIDAD,
A PARTIR DEL OBJETO DE LA CONTROVERSIA Y PARA ASUNTOS TRIBUTARIOS**

**EL DERECHO A LA PRUEBA Y A LA MOTIVACIÓN EN LA ORALIDAD,
A PARTIR DEL OBJETO DE LA CONTROVERSIA Y PARA ASUNTOS TRIBUTARIOS**

Autor: Carlos R. Ferrín De La Torre, MSc.¹

Tutor: Marco Rodríguez Mongon, MSc.²

¹ Master en Legislación Tributaria, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil-Ecuador. Email: abogadosferrin@yahoo.com.- Desde mayo del 2013, Juez del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en Guayaquil, asignado a los procedimientos orales desde mayo 2016.

² Master en Derecho Penal y Criminología y Master en Derecho de Familia, con mención en mediación y arbitraje, Email: abmarcovincio@hotmail.com. Profesor Universidad Espíritu Santo-Ecuador.

Resumen

Este trabajo se propone brindar pautas de orientación para encarar en óptimas condiciones la determinación del objeto de la controversia y la fijación de los puntos en debate, teniendo presente el irrestricto respeto al constitucional derecho a la prueba y a la motivación de la sentencia, en el actual contexto del proceso oral por audiencias que puso en vigencia el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) para temas tributarios y para otras materias; y, para ello, en el contexto de nuestro marco constitucional y legal, se analizan los pronunciamientos tanto de la doctrina, como de la jurisprudencia, especialmente uruguaya, peruana y española, para poner de relieve la problemática sobre la fijación del objeto de la controversia, así como su trascendencia para el derecho a la prueba y a la motivación, todo lo cual nos lleva a proponer dos puntos de reforma al COGEP y sugerencias para la academia (universidades) y para los estudiosos del derecho.

Palabras clave: derecho a la prueba, derecho a la motivación, objeto de la controversia, proceso oral por audiencias, y ámbito tributario.

Abstract

This work aims to provide guidance on guidelines to address the object of the controversy determination and the points under debate determination, keeping in mind the unrestricted respect for the constitutional right to the proof and the judgment motivation, for which, in the current context of oral hearings that was put into effect by the General Organic Code of Processes (COGEP), due to tax issues and other matters; and, for this, in the context of our constitutional and legal framework, the pronouncements in both doctrine and jurisprudence, especially Uruguayan, Peruvian and Spanish, are analyzed in order to highlight the issues about the object of controversy, as well as the right to proof and motivation, all of which leads to propose two points in the COGEP to reform and share some suggestions to the academy and legal scholars.

Keywords: right to proof, right to motivation, object of controversy, oral process by audience, and taxation.

1. INTRODUCCION

La ciudadanía ecuatoriana y los diferentes operadores jurídicos, desde hace bastante tiempo, han venido clamando por una administración de justicia ágil y oportuna; y, un sistema procesal que contribuya a la realización de la justicia. Y dicho clamor fue recogido en la Constitución de 1998, una de cuyas transitorias (la vigésima séptima) determinaba la implementación de la oralidad en la sustanciación de los procesos, en un plazo de cuatro años.

Más resulta que el mandato constitucional de 1998 no alcanzó mayor implementación, siendo uno de sus logros, la puesta en vigencia de una relativa oralidad en materia laboral.

No obstante, la actual Constitución de la República del Ecuador (CRE), aprobada en octubre de 2008, instituye el “profundo compromiso” del “pueblo soberano del Ecuador” para construir “un Estado constitucional de derechos y justicia”, que entre otros puntos (relacionados con el presente trabajo), respete “el derecho al debido proceso” (CRE – Art-76), que como parte de sus garantías básicas, incluye “el derecho de las personas a la defensa” y el derecho a que las resoluciones de los poderes públicos sean motivadas; y, por otra parte, se estableció que “la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral” (CRE - Art.165 #6); y, que las normas procesales deben consagrar “los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso” (CRE - Art.169).

El desarrollo de la Constitución del 2008, tuvo un primer avance con las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial, aprobado en el 2009; y, alcanzaron un profundo y mayor despliegue con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), que en su totalidad comenzó a regir desde el 23 de mayo de 2016.

El Código Orgánico General de Procesos, (COGEP) “regula la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, con estricta observancia del debido proceso” (COGEP-Art.1); y, contempla que la sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se desarrolle mediante el sistema oral (COGEP-Art.4).

El COGEP contempla que, en la audiencia preliminar del procedimiento ordinario, “... la o el juzgador resolverá sobre (...), la determinación del objeto de la controversia, ...”

(COGEP-Art.294 #2); y, en la primera fase de los procesos sometidos a audiencia única, se deberá proceder a la “... fijación de los puntos en debate ...” (COGEP-Art.333 #4–procedimiento sumario-; 354–procedimiento ejecutivo- y 359–procedimiento monitorio-).

De lo referido, no hay duda alguna sobre la obligación de determinar el objeto de la controversia en el proceso ordinario y fijar los puntos en debate en los procesos sumario, ejecutivo y monitorio; pero la **problemática** sobre este tema estriba en que el COGEP no brinda mayores pistas sobre el contenido ni sobre la mecánica de semejante tarea, ni sobre su trascendencia para el proceso; y, no nos dice nada sobre las consecuencias que acarrearía su deficiente cumplimiento o su eventual inobservancia.

La doctrina y la jurisprudencia de otros países, nos enseñan que una defectuosa “determinación del objeto de la controversia” o de la “fijación de puntos en debate”, incrementa la posibilidad de admitir medios probatorios impertinentes, inútiles e inconducentes y puede acarrear otros inconvenientes, tales como, no disponer de pruebas indispensables para la solución de la disputa legal, actuar la prueba sin obtener el máximo provecho respecto al *tema probandum* y no encarar los problemas jurídicos en cuestión; todo lo cual redundará en una sentencia con limitada o ninguna motivación, entre otras fatalidades para los fundamentales derechos a la prueba y a la motivación.

Para tratar los temas antes descritos, comenzaremos con una aproximación al significado de la Constitución del 2008 y su compromiso para construir una sociedad que respete la dignidad humana y un estado constitucional de derechos y justicia; y, acudiremos a los pronunciamientos tanto de la doctrina, como de la ley y la jurisprudencia, especialmente uruguaya, peruana y española; ya que a nivel de la legislación del Ecuador este tema es nuevo y por ende no contamos con mayores pronunciamientos jurisprudenciales.

Es **objetivo** de este trabajo, destacar como se debe entender el derecho a la prueba y el derecho a la motivación, así como la problemática entorno a la determinación del objeto de la controversia y brindar pautas de orientación para cumplir con la fijación de los puntos en debate sin afectar el derecho a la prueba y a la motivación, así como propuestas dirigidas a los abogados litigantes, a los jueces, a las universidades, a los legisladores sobre puntos que deberían incorporarse al Código Orgánico General de Procesos (COGEP y a los estudiosos del derecho para generar mayor debate sobre este tema.

2. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS

Como punto de partida, y antes de referirnos al derecho a la prueba y a la motivación en la oralidad y a partir del objeto de la controversia (tema del presente análisis), debemos reconocer que la Constitución de la República del Ecuador (CRE), aprobada en octubre de 2008 y que nos rige actualmente, desde su preámbulo expresa que el “pueblo soberano del Ecuador, (...) con un profundo compromiso con el presente y el futuro”, decidió construir “Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades”.

Y dicha disposición se refleja desde el art. 1 de la Constitución que señala: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, ...”. Y toma mayor fuerza en disposiciones como las del art. 11 de la Constitución, que establece el ejercicio de los derechos se rige por principios como el de la igualdad, no discriminación, acción afirmativa en pro de la igualdad real, aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no restricción del contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, entre otros.

Tal es la decisión para la construcción de una sociedad que respete la dignidad de las personas y colectividades, que en el título III que refiere a las garantías constitucionales, al abordar las garantías normativas (capítulo primero), en el art. 84, determina: “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.

Lo antes referido, cobra mayor relieve si consideramos que: “Nuestro tiempo es el del Estado constitucional, el que ha venido a reemplazar la concepción de Estado de derecho. Este cambio no solo supone una sustitución de términos, sino un auténtico cambio de paradigma con todo lo que ello significa y trae consigo. (...), un Estado constitucional requiere que los valores y principios constitucionales tengan una actuación en el ámbito de la realidad, de modo que en ella se respeten de manera efectiva los derechos fundamentales, en

los cuales los poderes y entidades del Estado no solo encuentran sus verdaderos y auténticos límites, sino también su razón de ser” (Priori Posada, 2009, págs. 341-343).

Refiere Priori Posada (2009, págs. 341-343), “..., la Constitución recoge una serie de valores y principios del mismo rango, todos los cuales buscan su más alto grado de vigencia: *máxima optimización de los valores y principios constitucionales*. Ello quiere decir que todos los principios y valores constitucionales deben procurar alcanzar el máximo grado de contenido que estos pueden lograr, en su relación con los otros. En esta convivencia se debe evitar que por hacer respetar uno de ellos, alguno de los otros se vacíe de contenido”.-

“La Constitución (...) no se le presenta al Juez ordinario en el Estado constitucional como una norma a la cual deba acudir de modo residual o contingente, sino que su análisis se convierte en presupuesto necesario de su procedimiento mental de análisis, justificación y resolución.”, explica el profesor Priori Posada (2009, pág. 347).

Para el autor Roberto Pérez Prieto de las Casas, “Cualquier discusión acerca del Derecho debe tener un trasfondo Constitucional, teniendo en cuenta siempre que nos encontramos bajo el manto de una Constitución, cuya tela debería cubrir todos los ámbitos del Derecho en convivencia con todos los Derechos Fundamentales contenidos en dicha norma superior. (...).- Sin embargo, quiero dejar en claro que no considero que todo el proceso debe ser constitucionalizado, sino que todo el proceso se debe ver a la luz de la Constitución (cosas distintas).” (Pérez Prieto, 2016, págs. 195-196).

Acota, Pérez Prieto (2016, pág. 199), “..., el proceso encuentra su esencia en los medios probatorios, que son la materia prima del mismo, la cual, como cualquier “*materia prima*” debe ser trabajada (actuada y valorada) para llegar a la certeza (o el convencimiento del juzgador), (...), el trabajo de los medios probatorios y de la prueba en general, es la más importante dentro del proceso y de ahí se deriva su nivel Constitucional”.

“La teoría hoy dominante suele considerar a los derechos como un conjunto de principios que merecen el más alto grado de protección jurídica y exigen al mismo tiempo máxima eficacia en el sistema de fuentes. Como bien ha descrito Alexy, los derechos fundamentales expresan en grado máximo su superioridad como derecho y constituyen parámetros de validez también para la ley.” (Grández Castro, 2016, pág. 35).

Con la Constitución del 2008, el pueblo soberano del Ecuador se comprometió con la construcción de una sociedad que respete la dignidad de las personas y un estado constitucional de derechos y justicia, lo cual trajo un “cambio de paradigma” para todos los operadores de la justicia (abogados, profesores y estudiantes de las escuelas de derecho y todos los servidores públicos, administrativos o judiciales), poniendo en primer plano los principios y valores constitucionales y tornando a la Constitución en el “presupuesto necesario de (...) (todo el) procedimiento mental de análisis, justificación y resolución”, tanto para los jueces, como para los abogados, a la hora de preparar sus alegaciones, argumentaciones y teoría del caso, así como para los profesores y estudiantes de las escuelas de derecho.

Como dice Pérez Prieto (2016, 199), no es que todo el proceso debe ser constitucionalizado, sino que todo el proceso se debe ver a la luz de la Constitución; y, además como señala Priori Posada (2009, 341-343), “todos los principios y valores constitucionales deben procurar alcanzar el máximo grado de contenido que estos pueden lograr, en su relación con los otros. En esta convivencia se debe evitar que por hacer respetar uno de ellos, alguno de los otros se vacíe de contenido”.

Toca a los diferentes operadores del quehacer jurídico ecuatoriano, esforzarnos y trabajar con dedicación y esmero para que el derecho a la prueba y a la motivación, logren su máximo grado de contenido, presentando argumentaciones y alegaciones en tal sentido (tanto en las demandas, como en sus contestaciones), y en las audiencias exigiendo que los funcionarios, administrativos y judiciales, contribuyan con tal esfuerzo tanto en el desarrollo de las audiencias, como en las resoluciones y fallos que emitan, los que deberán estar orientados también al logro del máximo contenido del derecho a la prueba y a la motivación, y a la plena vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.

3. EL DERECHO A LA PRUEBA

El derecho a la prueba consta señalado en la Constitución de la República, en el art. 76, en los términos siguientes: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; **presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra**” (el resaltado no consta en el texto citado).

Y, el mismo aparece desarrollado, entre otros cuerpos legales, en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), que refiere a la prueba señalando sus aspectos generales a partir del art. 158 y los diferentes medios de prueba se analiza desde el art. 174 del cuerpo legal citado.- Entre otros aspectos este cuerpo legal, en su art. 158 determina que “La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos”; y, en el art. 160 dice: “Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal. (...). La o el juzgador declarará la improcedencia de la prueba cuando se haya obtenido con violación de la Constitución o de la ley. Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir”.

El derecho a la prueba en la doctrina

Para un mejor entender del derecho a la prueba, vamos a revisar varios criterios doctrinarios, sobre cómo debe entenderse el constitucional derecho a la prueba.

El maestro Michele Taruffo (2008, pág. 56 y 57), al explicar los “aspectos del derecho a la prueba”, nos dice: “Aunque hoy en día se acepta en general que se debe reconocer el derecho de las partes a la prueba para que el derecho al debido proceso sea efectivo, las cosas son mucho menos claras cuando se pasa de la formulación de un principio muy general a su aplicación específica. Efectivamente, aun en sistemas en los que el derecho a la prueba se reconoce como un aspecto esencial de las garantías constitucionales de las partes hay

dificultades importantes en lo que atañe a su aplicación. Con el fin de entender este punto, vale la pena aclarar el significado del derecho a la prueba”.

Agrega Taruffo (2008, pág. 57): “En el terreno de la admisión de pruebas, que las partes tengan el derecho a probar un hecho significa que tienen la facultad de presentar todos los medios de prueba relevantes y admisibles para apoyar su versión de los hechos en litigio. (...): deben ser admitidas todas las pruebas positivas y negativas o contrarias relevantes. Las partes no pueden pretender que se admitan pruebas irrelevantes, pero se les debería permitir presentar cualquier medio de prueba relevante”.

El maestro italiano (Taruffo, 2008, pág. 57 a 58), remarca:

“Si el criterio de admisión de las pruebas fuera únicamente el de relevancia no surgiría problema alguno con el derecho al debido proceso. Por el contrario, (...), existen varias reglas de exclusión, así como privilegios, que impiden a las partes presentar un amplio abanico de medios de prueba. Desde un punto de vista general, esas reglas están en conflicto con un desarrollo integral del derecho a la prueba, (...). Sin embargo, dado que el derecho a la prueba tiene rango constitucional (...), deberíamos inclinarnos a concluir que tiene que encontrarse un equilibrio favorable a la admisión de todas las pruebas relevantes de las que dispongan las partes, ya que otras razones procesales no deberían afectar el derecho fundamental de éstas a la prueba, y mucho menos anularlo”.

De acuerdo al catedrático, Reynaldo Bustamante Alarcón (2013, pág. 406), “... existen recientes trabajos doctrinarios y desarrollos jurisprudenciales que, alejándose de la perspectiva que estudia la prueba como mera actividad (que sólo analiza el conjunto de normas que regula su admisibilidad y desarrollo procedimentales), reconocen la existencia de un derecho básico o esencial que nos permite hablar con todo rigor del derecho fundamental a probar”.

“El carácter fundamental del derecho a probar no solo implica que todo sujeto de derechos pueda ejercerlo dentro de un proceso (civil, penal, constitucional, laboral, etcétera) o dentro de un procedimiento (administrativo, militar o arbitral), sino que constituye un elemento esencial del ordenamiento jurídico, ...”, puntualiza Bustamante (2013, pág. 406).

En opinión de Reynaldo Bustamante (2013, pág. 407), “..., el derecho a probar es aquel derecho subjetivo, perteneciente al grupo de los llamados derechos fundamentales, que posee todo sujeto de derechos por el sólo hecho de serlo, que le permite utilizar dentro de un proceso o procedimiento, conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido, todos los medios probatorios pertinentes que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa”.

Y adiciona (Bustamante, 2013, págs. 407-408): “Se trata de un derecho que no tiene por objeto o materia convencer al juzgador sobre la verdad de los hechos afirmados por los sujetos procesales, es decir, no es un derecho a que el juzgador se dé por convencido en presencia de ciertos medios probatorios, sino a que se admitan y actúen los ofrecidos por los sujetos procesales distintos a él como demandantes o denunciante, demandados o denunciados, (...), y los valore debidamente, teniéndolos en cuenta en la sentencia o decisión, con prescindencia del resultado de su apreciación, es decir, independientemente de que quede convencido o no sobre los hechos afirmados”.

Precisa Bustamante Alarcón (2013, pág. 408): “Coincidiendo con Devis Echandía, creemos que “(...) no se trata de una certeza metafísica, absoluta, que pueda confundirse con la prueba perfecta de la verdad, sino de una certeza histórica, lógica, psicológica y humana (...)” a la que llega el juzgador después de todo un procedimiento complejo, en el que escucho a las partes, fijó los puntos controvertidos, admitió y actuó los medios probatorios, para, finalmente, apreciarlos conforme a las reglas de la lógica, de la técnica, del derecho y de las máximas de experiencia por tanto, se trata de una certeza “(...) con sus naturales limitaciones y su inseparable posibilidad de error.”.

El profesor Jordi Ferrer Beltrán, dice: “..., el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas. (...), conviene analizar en que consiste ese derecho a la prueba y las implicaciones que tiene respecto de la propia noción de prueba judicial. En particular, pretendo sostener que sólo a través de una concepción racionalista de la prueba (que rechace la vinculación entre prueba y convencimiento puramente psicológico del juez) es posible hacer efectivo el derecho a la prueba en todo su alcance y, consiguientemente, también el derecho a la defensa.” (2016, págs. 51-52).

Para Ferrer Beltrán (2016, págs. 52 a 58), el derecho a la prueba puede descomponerse en distintos elementos definitorios, que no son independientes entre sí y para que ellos tengan sentido tienen que acompañarse de los elementos siguientes: 1) El derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión. (...). La única limitación intrínseca es la relevancia de la prueba. 2) El derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso, (...), debiendo maximizarse la participación de las partes a través del principio de contradicción. 3) El derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas, lo que exige que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en

consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte y que la valoración que se haga de las pruebas sea racional, es decir que se adecue a las reglas de la racionalidad, ya que solo así podrá entenderse que se respete el derecho de las partes a probar. 4) El derecho a obtener una decisión suficiente y expresamente justificada. En el ámbito del razonamiento sobre los hechos, esa justificación deberá versar tanto sobre los hechos que el juez declare probados como sobre los hechos que declare no probados. La jurisprudencia constitucional y ordinaria no ha sido muy exigente a la hora de controlar la falta de motivación en materia de hechos probados. Tampoco la doctrina procesal mayoritaria ha ido mucho más allá.

Para el autor Oswaldo A. Gozáni: “La actividad probatoria es formal y reglada, lo que no significa que los límites impuestos puedan socavar el derecho a defenderse a través de los esfuerzos varifcatorios que se intenten y promuevan”, (2004, págs. 399-400).

Y adiciona: “Básicamente el derecho consiste en admitir todas la pruebas que sean lícitas y pertinentes, y en poder practicarlas. (...), cuando uno refiere al derecho fundamental (constitucional) a la prueba, realiza un esfuerzo de síntesis en lo que significa ofrecer, probar, persuadir y obtener un resultado por la tarea de convencer probando. (...), el derecho constitucional a la prueba es un derecho que transita por una avenida de doble mano: por una vía, acompaña el interés del Estado, representado en el juez, para lograr certeza suficiente y sentenciar sin dudas razonables; por otra, recorre el interés de las partes para que la actividad probatoria responda a consignas invariables: libertad de prueba; control de las partes; producción específica, y apreciación oportuna y fundamentada” (Gozáni, 2004, págs. 399-400).

La profesora Ma. Dolors Oller Sala (2011, pág. 306), también caracteriza el derecho a la prueba como un derecho fundamental, señalando que reúne todos los requisitos para ser considerado un derecho fundamental en sentido estricto, pues está contemplado en la Constitución, se trata de un derecho típicamente individual, inherente a la persona, de aplicación directa e inmediata, objeto de las mayores garantías. Es de aquellos derechos cuyo desarrollo ha de hacerse por ley orgánica y es también de aquellos que no son susceptibles de suspensión durante los estados de excepción.

Dice la profesora Ma. Dolors Oller Sala (2011, pág. 306): “La acepción de la prueba como formación de la convicción del juez sobre la verdad de los presupuestos fácticos del derecho o del interés material del litigio, se erige en el contenido esencial del derecho a probar, lo que implica el derecho a asegurar los instrumentos o las fuentes de prueba, a

solicitar medios de prueba, a la admisión, a la práctica y a la valoración; asimismo incluye el proponer al juez argumentos de prueba y la posibilidad de contradecir los que éste aduzca, buscando convencerle sobre un determinado sentido de la realidad de los hechos, para satisfacer el interés material perseguido”.

Los profesores Humberto E. III Bello Tabares y Dorgi D. Jimenez Ramos (2009, pág. 420), expresan “..., que el derecho a probar, el derecho a la prueba judicial es de rango constitucional, consistente en el derecho y garantía de aportar al proceso judicial todos aquellos medios probatorios que consideren legales y pertinentes para convencer al juzgador de la afirmación o negación de los hechos en que se fundamenta la pretensión o excepción, ...”.

“En la Doctrina se viene manejando una nueva tendencia referida a la prueba, la misma que vincula directamente a la prueba con el derecho subjetivo, llamándole a este derecho el derecho de prueba o derecho a probar. Hoy la Doctrina procesal va más allá de un mero estudio de la prueba como carga procesal o como actividad de las partes en el proceso para otorgar certeza en el juez de los hechos del proceso o una actividad psicológica del juez al momento de emitir la sentencia. Es ahora estudiada como un derecho que le asiste a todo sujeto de derecho y que lo ejercita en un proceso o procedimiento para defender sus alegaciones o en el ejercicio de su defensa, siendo considerado como un elemento del debido proceso”, (Hurtado Reyes, 2014, pág. 69).

Agrega Martin Hurtado (2014, pág. 71): “El derecho subjetivo a la prueba está estrechamente asociado al proceso y tiene la misma jerarquía y naturaleza que el derecho de acción, el derecho de contradicción, el derecho a un debido proceso y el derecho impugnación. Es decir, se trata de un derecho fundamental, de un derecho humano y que corresponde a todo sujeto de derecho que interviene en un proceso judicial o en cualquier otro procedimiento, sea como demandante, demandado o tercero legitimado”.

“El derecho a la prueba es aquel que poseen las partes consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso, por lo que todas las pruebas pertinentes solicitadas cumpliéndose los requisitos legal deben ser admitidas y practicadas. En consecuencia, la no práctica de un medio probatorio inicialmente admitido es o puede ser una denegación tácita del derecho a la prueba”, mantiene el autor Joan Picó i Junoy (2012, pág. 177).

Explica Joan Picó i Junoy (2012, pág. 177):

“..., se trata de un derecho de configuración legal, esto es, el legislador interviene activamente en la delimitación del contenido constitucionalmente protegido por este derecho, por lo que necesariamente la acotación de su alcance debe encuadrarse dentro de la legalidad. En consecuencia, en ningún caso podrá considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no se pone en duda. Sin embargo, su constitucionalización exige una interpretación flexible y amplia de la legalidad en orden a favorecer su máxima vigencia. En consecuencia, el derecho a la prueba debe prevalecer sobre los principios de economía, celeridad y eficacia que presiden la actuación de la Administración de Justicia”.

Refiriéndose al derecho a la prueba, el autor Xavier Abel Lluch, detalla: “Como todo derecho fundamental, opera como norma “atributiva de derechos subjetivos” y “consagra valores objetivos”. En el primer aspecto (derecho subjetivo) concede al particular facultades para ser ejercitadas en situaciones concretas, esto es, es un derecho directamente ejercitable (aplicable) por el particular. En el segundo aspecto (derecho objetivo) consagra unas garantías institucionales que deben ser respetadas en todo proceso, esto es, consagra unos parámetros para fijar la legitimidad constitucional de las leyes.”, (2012, pág. 35)

Al señalar el contenido del derecho a la prueba Xavier Abel Lluch (2012, pág. 35 a 37), lo “desglosa en cuatro facultades:

1) Derecho a la proposición de los medios de prueba. Cada parte tiene derecho a proponer los medios de prueba que estime idóneos para acreditar sus pretensiones. La proposición se halla únicamente sujeta a requisitos de tiempo y forma. (...). 2) Derecho a la admisión de las pruebas propuestas o, en su caso, a una inadmisión motivada. Una vez propuestas las pruebas por las partes, debe recaer una resolución de admisión o, en su caso, de inadmisión sobre cada una ellas. (...). 3) Derecho a la práctica de la prueba admitida. Las pruebas, una vez propuestas y admitidas, deben ser practicadas, pues la ausencia de práctica de una prueba admitida, equivale a una inadmisión no motivada. (...). 4) Derecho a la valoración de la prueba practicada. Las pruebas admitidas y practicadas, deben ser valoradas en la sentencia, como exigencia del deber de motivación de las resoluciones judiciales”.

El catedrático Jorge Zavala Egas (2016, pág. 134), refiere que la Constitución del Ecuador es escueta con relación al derecho a la prueba.- Y reseña que el contenido del derecho a la prueba es complejo y que lo integran varios derechos que en su conjunto son “... el acervo protegido por la Constitución: 1. A obtener y proponer los medios de prueba que acreditarán los hechos afirmado en la pretensión, en la defensa o excepción tendentes a

confirmar su existencia o inexistencia. 2. Que sean admitidos por los jueces los así ofrecidos o anticipados. 3. Que se practiquen en forma idónea los medios probatorios admitidos. 4. Que el juez proteja la formación o el estatus de la fuente de prueba a través de su práctica anticipada e idónea de los medios de prueba. 5. Que en sentencia sean valorados, con su debida motivación, los medios probatorios practicados que constan como actuaciones procesales válidas”.

“No se trata de un derecho que por ser de rango constitucional sus contenidos operan caóticamente. (...) es un derecho de “configuración legal” por lo que deben ser acatadas las regulaciones que la ley impone, ...”, señala Zavala Egas (2016, pág.135).

El profesor Rafael Oyarte, manifiesta que “Las partes tienen el derecho de prestar prueba y de contradecir la que exhibe el contrario. No me refiero, naturalmente, a la obligación de probar los hechos afirmados, sino al derecho que se tiene a hacerlo, lo que no puede ser constreñido ilegítimamente”, (2016, pág. 379).

El derecho a la prueba en la jurisprudencia

Revisada la doctrina que se estima más relevante para los fines del presente trabajo, ahora pasaremos a revisar algunos fallos de jurisprudencia, que han sido motivo de análisis para los estudiosos del derecho a la prueba o derecho a probar.

Comenzaremos revisando la sentencia del Tribunal Constitucional de España, STC 246/2000, de 16 de octubre, (González Pérez, 2001, pág. 242), que dice:

“Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes constituye un derecho fundamental, inseparable del derecho de defensa, que el artículo 24.2, CE (*Constitución de España*), reconoce y garantiza a todos los que son parte de un proceso judicial, y cuyo contenido esencial se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso (...). Asimismo este Tribunal ha podido declarar en diversas ocasiones que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa constituye un derecho de configuración legal, cuyo ejercicio ha de someterse a los requisitos de tiempo y forma dispuestos por las leyes procesales, de modo que cuando la inadmisión o el rechazo de los medios de prueba sea debido al incumplimiento por parte del interesado de dichas exigencias legales, la resolución que así lo acuerde no podrá reputarse lesiva del artículo 24.2, CE. (...)”.

El autor colombiano Carlos Bernal Pulido (2008, pág. 369), cita lo dicho por: “..., la Corte Constitucional (*de Colombia*) ha sido tajante al señalar que una de las proyecciones más importantes del derecho a la defensa es aquella que tiene que ver con la posibilidad de contradicción de las pruebas. De este modo, la Corte ha apuntado que “el derecho de defensa implica la plena posibilidad de controvertir las pruebas allegadas en contra; la de traer al proceso y lograr que sean decretadas, practicadas y tenidas en cuenta las existentes a favor, o las que neutralizan lo acreditado por quien acusa; la de ejercer los recursos legales; la de ser técnicamente asistido en todo momento, y la de impugnar la sentencia condenatoria”,

Agrega Bernal Pulido (2008, pág. 370), “..., también la jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho de defensa no incluye sólo el derecho a que se practiquen las pruebas, sino además a que se analicen, se valoren y se tomen en cuenta para la toma de las decisiones judiciales”.

El profesor Alberto Hinostroza, en el tomo III de su obra *Derecho Procesal Civil*, (2012, págs. 339-341, 345, 352), en relación a la prueba en general, cita varios fallos de la Corte Suprema de Justicia del Perú, que dicen lo siguiente:

Casación Nro.3026-2007 / La Libertad, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 04-09-2008, págs. 23073-23075: “... El derecho a probar, que no es autónomo, se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso, constituyendo un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los argumentos que sustentan las alegaciones de las partes. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que éstos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia ...”.

Casación Nro.1648-2007 / Lima, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23270-23272: “... El contenido esencial del derecho a probar consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa; cuyo derecho es observado contemporáneamente como un auténtico derecho fundamental, ya que forma parte de otros derechos fundamentales como son la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, y su infracción afectaría el orden constitucional ...” .

EL DERECHO A LA PRUEBA Y A LA MOTIVACION EN LA ORALIDAD, A PARTIR DEL OBJETO DE LA CONTROVERSIA Y PARA ASUNTOS TRIBUTARIOS

Casación Nro.4686-06 / Lima, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 30-09-2008, págs. 23147-23148: "... El derecho de prueba es un elemento del debido proceso y comprende cinco derechos específicos: **a)** el derecho de ofrecer las pruebas en la etapa correspondiente, salvo las excepciones legales; **b)** el derecho a que se admitan las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad de ley; **c)** el derecho a que se actúen los medios probatorios admitidos por las partes; **d)** el derecho a impugnar (oponerse o tachar) las pruebas de la parte contraria y controlar su actuación; y, **e)** el a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas. Como se advierte, el derecho de prueba no sólo comprende derechos sobre la propia prueba, sino además contra la prueba de la otra parte y aún [sic] la actuada de oficio, y asimismo el derecho a obtener del órgano jurisdiccional una motivación adecuada y suficiente de su decisión, sobre la base de una valoración conjunta y razonada de la prueba, ...".

Casación Nro.100-2007 / Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-12-2008, págs. 23480-23482: "... Si bien el derecho a la prueba [...] lleva aparejada la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justificable esgrime a su favor, sin embargo, dicho derecho no puede ser ejercido al libre albedrío de las partes, sino que por el contrario debe regirse de acuerdo a lo que nuestro ordenamiento adjetivo dispone, esto es, respetándose ciertas garantías y principios (como el de preclusión y eventualidad entre otros) ello con la finalidad de no afectar el derecho al debido proceso de las partes ...".

Casación Nro.1648-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23270-23272: "... Tratándose de un derecho [a probar] que se materializa dentro de un proceso, éste se encuentra delimitado por una serie de principios que limitan su contenido entre los que pueden mencionarse, los principios de pertinencia, idoneidad, utilidad, preclusión, licitud, contradicción, debida valoración, entre otros, y siendo el objetivo del proceso llegar a la verdad judicial, los jueces deben motivar razonada y objetivamente el valor probatorio en la sentencia ...".

Casación Nro.1304-97 / Cono Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-01-2001, págs. 6842-6843: "... El principio dispositivo, que rige el impulso del proceso civil, significa que sólo a las partes les incumbe probar sus afirmaciones, como establece el artículo (...); no obstante lo cual el juez de mérito, al apreciar la prueba para construir el juicio de hecho, utiliza toda la admitida, como prescribe el artículo (...) ...".

Casación Nro.141-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-06-2000, págs. 5454-5455: "... En base al principio dispositivo en materia procesal civil son las partes las que deben hacer uso de los medios de defensa e invocar los hechos que sustentan su pretensión o defensa; por ende, el Juez no puede sustituirse en lugar de las partes ordenando la actuación de algún medio de prueba respecto a un hecho no invocado ...".

La Corte Constitucional del Ecuador, en el caso N°0009-2008-RA, publicado en el suplemento del Registro Oficial 87 del 11 de diciembre de 2008, en el considerando sexto, dice: “Por otro lado, se desprende de autos que al accionante no se le concedió el constitucional derecho a presentar argumentos y pruebas de descargo en su favor. Lo precedentemente expuesto es contrario a lo prescrito en el numeral 10 del artículo 24 de la Constitución de 1998 que consagra el derecho a la defensa, al señalar que nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. Este derecho brinda a todos los ciudadanos la oportunidad de defenderse en cualquier caso en que sean acusados y presentar pruebas de descargo. (...)”.

Nuestra posición con relación al derecho a la prueba

En el caso ecuatoriano, el derecho a la prueba es una de las garantías básicas del derecho a la defensa, el cual a su vez es una de las garantías que incluye el derecho al debido proceso; con lo cual queda claro que el derecho a la prueba es uno de los derechos constitucionales, es decir un derecho fundamental, que debe ser observado “en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden” (CRE, 2008, Art. 76).

Como dice el profesor Reynaldo Bustamante Alarcón, y acabamos de verificar, existen trabajos doctrinarios y desarrollos jurisprudenciales que reconocen la existencia de un derecho básico o esencial que permite hablar con todo rigor del derecho fundamental a probar y el mismo constituye un elemento esencial del ordenamiento jurídico. Habiéndose producido un alejamiento del estudio de la prueba como actividad que sólo analiza las normas que regulan su admisibilidad y desarrollo procedimental.

Coincido con Bustamante, y considero el derecho a probar como un derecho subjetivo, que forma parte de los derechos fundamentales que posee todo sujeto de derechos, por el solo hecho de serlo, que le permite (a dicho sujeto) utilizar dentro de un proceso o procedimiento, conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido, todos los medios probatorios pertinentes que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento para su pretensión o defensa.

El derecho a la prueba, como sostiene Bustamante y otras autorizadas voces de la doctrina, no tiene por objeto convencer al juzgador sobre la verdad de los hechos afirmados

por los sujetos procesales, sino que se trata del derecho a que se admitan y actúen los (*medios de prueba*) ofrecidos y que el juez los valore debidamente, teniéndolos en cuenta en la sentencia o decisión, independientemente de que quede convencido o no sobre los hechos afirmados.

Lo antes señalado es concordante con lo dicho por el maestro, Jorge Zavala Egas, quien afirma que el contenido del derecho a la prueba es complejo y lo integran varios derechos que en su conjunto son "... el acervo protegido por la Constitución: 1. A obtener y proponer los medios de prueba que acreditarán los hechos afirmado en la pretensión, en la defensa o excepción tendentes a confirmar su existencia o inexistencia. 2. Que sean admitidos por los jueces los así ofrecidos o anticipados. 3. Que se practiquen en forma idónea los medios probatorios admitidos. 4. Que el juez proteja la formación o el estatus de la fuente de prueba a través de su práctica anticipada e idónea de los medios de prueba. 5. Que en sentencia sean valorados, con su debida motivación, los medios probatorios practicados que constan como actuaciones procesales válidas" (2016, pag. 134); lo cual, también es expuesto por los profesores Jordi Ferrer Beltrán y Xavier Abel Lluch.

4. EL DERECHO A LA MOTIVACIÓN

El derecho a la motivación, de las decisiones y resoluciones de los poderes públicos, aparece claramente expuesto en la Constitución de la República (2008), en el art. 76, donde se dice: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) numeral 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) literal: 1) **Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas.** No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados” (el resaltado no consta en el texto citado).

El derecho a la motivación lo encontramos desarrollado en varios cuerpos legales, como el Código Orgánico de la Función Judicial (2009), que en su art. 130, dice: “Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derecho humanos y las leyes; por lo tanto deben: (...) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos”.

Y también en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP, 2015-mayo 2016), que se refiere a la motivación de las providencias judiciales de manera específica en los arts. 89, 90 y 95. Y en el art. 89 de manera expresa dice: “Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación”.

Y de igual manera, también lo encontramos en el Código Orgánico Tributario (2005), arts. 69, 81, 103, entre otros, que expresan la obligación de la Administración Tributaria de emitir actos debida y legalmente motivados.- Y el art. 81 puntualiza, en que consiste la

motivación: “Todos los actos administrativos se expedirán por escrito. Además, serán debidamente motivados enunciándose las normas o principios jurídicos que se haya fundado y explicando la pertinencia de su aplicación a los fundamentos de hecho cuando resuelvan peticiones, reclamos o recursos de los sujetos pasivos de la relación tributaria, o cuando absuelvan consultas sobre inteligencia o aplicación de la ley”.

El derecho a la motivación en la doctrina

A continuación, vamos a revisar varios criterios doctrinarios, para entender de mejor manera el constitucional derecho a la motivación.

Para el maestro Michele Taruffo: “El principio constitucional de la obligatoriedad de motivación, considerado en sí mismo, no sólo es una “norma sobre normas”, (...), sino que también representa una “norma para el juez”, en la medida en la que constituye un principio jurídico-político fundamental para la administración de justicia, en la estructura del Estado de derecho configurada por la Constitución”. (2011, págs. 360-361).

Agrega Taruffo, “Este principio, en su significado más profundo, expresa la exigencia general y constante de controlabilidad sobre la manera en la que los órganos estatales ejercen el poder que el ordenamiento les confiere y, desde esta perspectiva, la obligatoriedad de motivación de la sentencia es la manifestación específica de un “principio de controlabilidad” más general, que resulta esencial para la noción moderna del Estado de derecho, y que también produce consecuencias análogas en campos distintos al de la jurisdicción”, (2011, pags.360-361).

Advierte Taruffo:

“..., debemos evitar la reducción de los términos del problema cuando entendemos el concepto de “control” como equivalente al de “impugnación” y de la consecuente adopción exclusiva de la concepción endoprosesal de la motivación. (...), la concepción motivación/impugnación ni siquiera explica una obligación general de motivación de sentencia, ni siquiera justifica y define el alcance de la obligación constitucional establecida para “todas las decisiones jurisdiccionales”. (...) la motivación no puede concebirse solamente como un trámite de control “institucional” (o sea, en los límites y en las formas reglamentadas por el sistema de impugnaciones vigente), pero también, especialmente, como un instrumento destinado a permitir un control “generalizado” y “difuso” del modo en el que el juez

administra justicia. En otros términos, esto implica que los destinatarios de la motivación no son solamente las partes, sus abogados y el juez de la impugnación, sino también la opinión pública entendida en su conjunto, en tanto opinión de *quisque de populo*. (...), el principio constitucional que analizamos no expresa una exigencia genérica de controlabilidad, sino una garantía de controlabilidad democrática sobre la administración de justicia”, (2011, pags. 360-361).

De acuerdo al profesor Juan Igartua Salaverría: “La obligación de motivar las sentencias es un precepto recogido en muchas Constituciones, bien expresamente o bien implícito en la noción de “debido proceso. (...). La simple inscripción de la motivación obligatoria de las sentencias en el recinto constitucional comporta –ya de por sí- consecuencias de calado nada despreciable. (...). Los fines que con ello se persiguen se incardinan dentro de una concepción *endoprocesal* de la motivación (convencer a las partes sobre la justicia de la decisión, enseñarles el alcance de la sentencia y facilitarles los recursos; y en lo que respecta a los tribunales que hayan de examinar los eventuales recursos presentados –(...)-, la motivación de las sentencias les permite un control más cómodo).” (2009, págs. 13-15).

Adiciona, Igartua Salaverría: “La obligatoriedad de motivar, en tanto que precepto constitucional, representa un principio jurídico-político de controlabilidad; pero no se trata sólo de un control institucional (apelación y casación) sino de un control generalizado y difuso. Ni las partes, ni sus abogados, ni los jueces que examinan los recursos agotan el universo de los destinatarios de la motivación; ésta va dirigida también al público. Cuando la soberanía corresponde enteramente al pueblo, la actuación de la “*iurisdictio*” se convierte en expresión de un poder que el pueblo soberano ha delegado en jueces y tribunales. En un régimen democrático, la obligación de motivar es un medio mediante el cual los sujetos u órganos investidos de poder jurisdiccional rinden cuenta de sus decisiones a la fuente de la que deriva su investidura. Entramos así en un concepto *extraprocesal* de la motivación”, (2009, págs. 13-15).

El catedrático, Ignacio Colomer Hernández, señala: “En la actualidad la exigencia de justificación de la decisión jurisdiccional es un principio constitucional común en los países de nuestro entorno, como resultado de un lento proceso de generalización del principio de obligatoriedad de la motivación. Y es que tras el paso del Antiguo Régimen al Estado liberal, y posteriormente al Estado democrático de derecho, la obligación de motivar las decisiones

judiciales se ha convertido en uno de los pilares esenciales de una jurisdicción democrática.”, (2003, pág. 72).

Al referirse al contenido de la obligación de motivar, Ignacio Colomer (2003, pág. 76), expresa: “El deber de motivación del juzgador no se satisface por el simple hecho de incluir en la sentencia cualquier pretendida justificación de la decisión, sino que la misma habrá de reunir unos requisitos mínimos para poder ser admisible (...) Esto significa que no puede ser considerada válida cualquier motivación o justificación, sino que sólo podrá ser admisible desde la perspectiva de la obligación constitucional de motivación aquella que esté fundada en derecho, sea racional, coherente y razonable”.

Con relación a las sentencias orales, Ignacio Colomer (2003, pág. 79-80), dice: “El principal inconveniente que presentan las sentencias orales para su motivación se encuentra en la inmediatez que existe entre la terminación del juicio y la emisión o dictado del fallo, lo que ciertamente dificulta la realización de una adecuada justificación de la decisión. Ahora bien, la mencionada dificultad en modo alguno constituye un obstáculo para la motivación de las resoluciones orales, de modo que las sentencias *in voce* habrán de ser fundamentadas por el juzgador en el momento en que se dicten, con independencia que posteriormente, cuando se redacte el acta que documente las actuaciones, pueda desarrollarse y concretarse detenidamente la justificación necesaria. Por tanto, la sentencia *in voce* debe contener como mínimo una indicación esencial y sucinta de los fundamentos de la decisión contenida en el fallo, sin perjuicio de un posterior desarrollo más pormenorizado en el momento de la redacción de la resolución”.

Para Tomas-Javier Aliste:

“(...). La garantía constitucional de motivación de las sentencias supone que el Estado, partiendo de la prohibición de la autodefensa de los particulares en virtud del principio de reserva de *jurisdicción*, ofrece a estos a cambio la *acción*, entendida como invocación de la garantía por parte del Estado de observancia del Derecho, y ofrece la acción a través del *proceso*, del *processus iudicii*, siendo, precisamente ese *juicio*, el núcleo fundamental que da sentido no sólo al proceso, como magistralmente los entendió CARNELUTTI en su célebre trabajo “Torniamo al giudizio”, sino también a la propia garantía de motivación judicial, porque será mediante la motivación de la decisión en la fase de juicio, primero *coram proprio iudice* y, luego, *coram partibus* cuando efectivamente se cumpla con lo estipulado en sede constitucional, haciendo visible en la fundamentación de la resolución esa sujeción que el propios Estado se ha impuesto a su poder soberano a través de la observancia de su propio

EL DERECHO A LA PRUEBA Y A LA MOTIVACION EN LA ORALIDAD, A PARTIR DEL OBJETO DE LA CONTROVERSIA Y PARA ASUNTOS TRIBUTARIOS

Derecho. (...), porque el reconocimiento en sede constitucional de la garantía de motivación de las sentencias, implica que, al menos, en el plano formal, los ciudadanos tengan una razonable expectativa de seguridad y confianza en la *jurisdicción*, cuando ejercen la *acción* en un concreto *proceso*” (2011, págs. 138-139).

Eduardo Oteiza, al señalar unas breves referencias al deber de fundar, alega: “(...). Doy por sobreentendido que las decisiones judiciales deben motivarse por un imperativo democrático, lo cual supone dar una explicación sustentable sobre los actos de autoridad que se deben legitimar en base a buenas razones. El juez se encuentra compelido a sustentar sus resoluciones ya que a ellas no corresponde sostenerlas simplemente como un acto de autoridad. El ejercicio del poder en una sociedad democrática requiere informar sobre las justificaciones razonables que lo sostienen. El juez debe dar los motivos que sustentan la resolución que adopta en el caso. (2016, págs. 139-141).

Acota, Oteiza: “(...). A pesar de la influencia de las constituciones italianas y española en América Latina, son pocas las constituciones de la región que explícitamente refieren ese deber. Encontramos preceptos específicos sobre la fundamentación en las Constituciones de Perú, Ecuador y República Dominicana. En la mayoría de los sistemas jurídicos de Latinoamérica se interpreta que el deber de fundar deriva de la noción que engloba las nociones: debido proceso, garantía jurisdiccional, tutela efectiva o defensa en juicio”, (2016, pags, 139-141).

Para el profesor Eloy Espinosa-Saldaña, “Motivar cualquier decisión de autoridad, máxime si hablamos de una resolución judicial, ya no es hoy solamente una pauta a cumplir a nivel de los diversos ordenamientos procesales o procedimentales, sino más bien básicamente un elemento central en la configuración de todo Estado Constitucional que se precie de serlo. Y es que a través de la motivación en general, y de la motivación de las resoluciones judiciales en particular, se hace factible controlar el ejercicio del poder, y a la vez, legitimar dicho ejercicio, en tanto y en cuanto, la motivación de las decisiones tomadas permite una relación más directa entre la autoridad y la ciudadanía, relación que puede tener múltiples expresiones”. (2016, pág. 157).

Para Leandro Guzmán, “(...), el deber constitucional de motivar las sentencias se vincula, por un lado, al sistema de garantías que las constituciones democráticas crearon para la tutela de los individuos frente al poder estatal y, por otro, al principio jurídico-político que

expresa la exigencia de controlabilidad a cargo del mismo pueblo, depositario de la soberanía y en cuyo nombre se ejercen los poderes públicos”, (2013, pág. 133).

Guzmán añade (2013, pág.134): “En un Estado constitucional, el poder de cualquier órgano estatal se encuentra sujeto a controles internos y externos, exigiendo un mayor grado de justificación cuando se trata de actos de los órganos públicos”.

El maestro Taruffo, en otro de sus trabajos, al explicar lo que se entiende por motivación señala: “Parece difundida la idea de que la motivación sea una descripción, un informe o incluso un registro del procedimiento que el Juez ha seguido para llegar a la decisión. Esta idea es completamente equivocada. (...), una descripción de aquello que el Juez ha pensado podría ser una especie de explicación de cómo formuló su decisión. Ello podría tener alguna relevancia sobre el plano del análisis psicológico, pero ninguna importancia sobre el análisis de la estructura de la sentencia” (2016, págs. 75-76).

Y explica: “El punto fundamental es que la motivación debe ser entendida como un discurso argumentativo con el cual el Juez aduce “*buenas razones*” para sostener su decisión; es decir, justifica su fallo”, (Taruffo, 2016, págs. 75-76).

Para Perfecto Andrés Ibáñez, “En el deber constitucional de motivar rectamente entendido, son advertibles de inmediato (...) dos dimensiones (...), también estrechamente interimplicadas. La (más bien) jurídica de garantía y la epistémica. Algo que se pierde de vista con la mayor frecuencia” (2010, págs. 85-86).

Y acota Perfecto Andrés Ibáñez, “La primera opera *ex post*, en el plano de la justificación, y vierte sobre todo *ad extra*, pues mira a ofrecer (prioritariamente) al afectado por la decisión judicial, información y elementos de juicio sobre la razón de la misma, que es lo que hace posible una lectura crítica y la eventual reacción mediante el uso de las impugnaciones. La segunda tiene una proyección *ex ante* y *ad intra*, y en el juzgador el principal destinatario de su incidencia. En efecto, pues se trata de conseguir que éste mediante la interiorización eficaz del correspondiente deber jurídico, adopte una actitud que es de método. La consistente en dar un tratamiento racional a las aportaciones probatorias, modo de hacer que todo el curso del proceso decisonal transcurra en el ámbito de lo susceptible de motivación. Es decir, dejando reflexiva y efectivamente fuera del discurso probatorio aquellas *pulsaciones* valorativas que, por no ser verbalizables, no podrían resultar acogidas de forma

expresa y dar contenido a una opción justificable e intersubjetivamente evaluable en sus presupuestos”, (2010, pags. 85-86).

Para José Garberí Llobregat (2009, pág. 164), “... fundamentalmente, consiste el requisito de la motivación, en que los Jueces den a conocer los motivos de su decisión, a fin de que tanto las partes interesadas como, en su caso, la sociedad entera pueda llegar a tener un cabal conocimiento de los mismos”.

El profesor Rafael Oyarte, nos cuenta algo de la historia del apareamiento de la motivación en la Constitución del Ecuador, y nos dice: “La exigencia de que las sentencias deben ser fundadas se establece desde la primera Constitución ecuatoriana [Constitución de 1830, Art. 49], expresándose a partir de la de 1906 que, por esa requerida motivación, se debía expresar en los fallos “la ley o fundamento en que se apoyen” [Constitución de 1906, Art. 106], mientras que la de 1967 ordenaba que la sentencia exprese los fundamentos de hecho y de derecho en que se base” [Constitución de 1967, Art. 200, inc. 3º]. Pese a esa reiteración de la necesaria motivación de las sentencias, en la Constitución de 1978-79 no se señala esa obligación” (2016, págs. 424-425).

Agrega Oyarte, “En la Constitución de 1998 se vuelve a recoger la exigencia, aunque para toda resolución, de cualquier órgano del poder público, y no solo para las sentencias judiciales, precisando que la motivación implica enunciar las normas o los principios en los que se fundamenta la decisión y, además, explicar la pertinencia de la aplicación de esas normas o principios a los antecedentes de hecho [Constitución 1998, Art. 24, N°13], cosa que se reitera en la Carta Magna de 2008, la que precisa que ese requerimiento lo es para “actos administrativos, resoluciones [y] fallos”, y que la falta de motivación acarrea la nulidad del acto y de la responsabilidad del funcionario (Art. 76, N°7, letra 1, CE)”, (2016, pags. 424-425).

El profesor Oyarte, con relación a la decisión motivada como exigencia del derecho, explica: “La motivación es parte del contenido esencial del derecho de petición, tal como se reconoce expresamente en la Constitución de 2008, toda vez que no se trata solo de poder realizar el pedido, sino de que sea resuelto y que esa decisión no sea arbitraria (Art. 66, N°23, CE)”, (2016, pags. 424-425).

El derecho a la motivación en la jurisprudencia

La jurisprudencia también nos brinda criterios esclarecedores con relación al derecho a la motivación; y, así tenemos por ejemplo lo que dice José Garberí Llobregat (2008, pág. 97), al analizar el derecho a una resolución motivada, cita la sentencia del Tribunal Constitucional (de España) 144/2007, de 18 de junio, FJ 3.º que dice:

“..., conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, el deber de los órganos judiciales de motivar sus resoluciones constituye una exigencia que dimana del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 CE [Constitución de España], puesto en conexión con el art. 120.3 CE (entre muchas otras, SSTC 14/1991, de 28 de enero, FJ 2; 175/1992, de 2 de noviembre, FJ 2; 13/2001, de 29 de enero, FJ 2; y 129/2003, de 30 de junio, FJ 9); deber de motivación que responde a la doble finalidad de exteriorizar el fundamento de la decisión, haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada aplicación de la Ley, y permitir su eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio de los recursos (SSTC 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3; 187/2000, de 10 de julio, FJ 2; y 13/2001, de 29 de enero, FJ 2; en el mismo sentido, STC 105/1997, de 2 de junio, FJ 7, y ATC 207/1999, de 28 de julio, FJ 2)”.

Garberí Llobregat, al analizar la extensión de la motivación, trae a colación la sentencia del Tribunal Constitucional (de España) 94/2007, de 7 de mayo, FJ 6.º, que señala:

“El deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide o, lo que es lo mismo, no existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial (SSTC 14/1991, 175/1992, 105/1997, 224/1997), sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que contengan, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquella (STC 165/1999, de 27 de septiembre) y, en segundo lugar, una fundamentación en Derecho (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, y 173/2003, de 29 de septiembre); c) La suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales (por todas, SSTC 2/1997, de 13 de enero, FJ 3; 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4)”.

Rocío M. Navarro González (2017, págs. 73-74), al comentar la relevancia constitucional de la motivación, cita la sentencia del Tribunal Constitucional de España 236/2005 del 26 de septiembre (RTC 2005, 236) FJ3, en la parte que dice: “la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la

actividad jurisdiccional por los Tribunales superiores, y, consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan”.

Rocío Navarro, también cita las sentencias del Tribunal Constitucional de España 128/2002 del 03 de junio (RTC 2002, 128) FJ4 y 35/2002 del 11 de febrero (RTC 2002, 35) FJ3, que puntualizan: “la exigencia de motivación de las sentencias está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional ...”, (2017, pags. 73-74).

El profesor Domingo García Belaunde (2009, págs. 483-484), al definir la motivación de las resoluciones judiciales, cita el pronunciamiento del Tribunal Constitucional del Perú contenido en el fundamento jurídico 3 del expediente N°458-2001-habeas corpus, en los siguientes términos: “El derecho a que las resoluciones judiciales sean razonadas garantiza que la decisión adoptada no sea fruto de la arbitrariedad, del voluntarismo judicial o acaso consecuencia de un proceso deductivo irracional, absurdo o manifiestamente irrazonable. Ciertamente, no está dentro de su ámbito protegido el acierto o no que ésta pueda tener, o acaso, que no constituya una infracción de la ley”.

Domingo García, también cita el pronunciamiento del Tribunal Constitucional del Perú contenido en el fundamento jurídico 39 (precedente vinculante) del expediente N°3361-2004-acción de amparo, que dice: “la motivación es una exigencia que si bien es parte de las resoluciones judiciales, debe ser observada en todo tipo de procedimiento, (...), todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, es decir, han de incluir expresión de los fundamentos en que se sustentan. (...). Y es justamente la motivación la que permitirá medir la congruencia en medida adoptada, por constituir un medio eficaz de control sobre la actividad del juzgador que permite la verificación pública de su convencimiento último”, (2009, pags.483-484).

En el Ecuador, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la motivación, en varias sentencias, como la N°167-14-SEP-CC del caso N°1644-11-EP de fecha 15 de octubre de 2014, en la que ha dicho: “(...) la motivación implica la justificación de las razones que llevaron al operador de justicia a decantarse por un sentido y no por otro. Esta justificación

deberá fundamentarse en las principales premisas que configuran cada caso, las cuales requerirán una valoración pormenorizada que permita llegar a la decisión final del caso. (...). Siendo así, la motivación actúa como derecho y como deber a la vez, ya que las personas dentro de todos los ámbitos pueden exigir una decisión motivada, y a su vez, la emisión de una decisión inmotivada genera responsabilidades en los servidores públicos, conforme lo determina la Constitución de la República”, página 15 de 20.

En la sentencia antes referida, la Corte estableció tres requisitos que deben ser satisfechos para que una decisión dictada por autoridad pública sea tenida como motivada o no, y esos tres requisitos son: razonabilidad, lógica y comprensibilidad. “Así la razonabilidad implica que la decisión se encuentre fundada en normas constitucionales y en normas legales que sean pertinentes al caso concreto, y que en tal virtud los argumentos del órgano judicial no contradigan estas. Por su parte, la lógica exige que las decisiones judiciales se encuentren estructuradas en un orden lógico, es decir, que exista una debida coherencia entre las premisas que conforman una decisión, las cuales deberán guardar relación con la decisión final del caso. Finalmente, la comprensibilidad establece que las decisiones judiciales tienen que ser elaboradas en un lenguaje claro y legible, que pueda ser asimilado efectivamente, no solo por las partes procesales, sino también por toda la sociedad en general.”, página 16 de 20.

En otras sentencias como la N°148-18-SEP-CC del caso N°2158-16-EP de fecha 18 de abril de 2018, se ha reiterado y ampliado lo dicho en la sentencia del 15 de octubre de 2014, y citando la sentencia N°145-17-SEP-CC, caso N°0143-16-EP, se afirma: “..., esta Corte ha sido enfática en afirmar que “... la motivación es imprescindible para justificar cualquier decisión, sea esta judicial o administrativa, pues solo una carga argumentativa razonada permite llegar a una conclusión en derecho que a su vez, permite que el auditorio social pueda comprender cuales fueron las razones que guiaron tales actuaciones”; “[p]or lo que la debida motivación constituye un elemento esencial de las decisiones de los órganos tanto jurisdiccionales como administrativos, dentro de su respectiva competencia, que puedan afectar derechos constitucionales””, página 12 de 28.

En la misma sentencia del 18 de abril de 2018, antes referida y citando la sentencia N°076-13-SEP-CC del caso N°1242-10-EP, se puntualiza: “... el objeto de la garantía de la motivación de las decisiones judiciales no consiste únicamente en enunciar los hechos, las normas y confrontarlos; sino que debe cumplir además, estándares que permitan evaluar la

prolijidad en la utilización de la lógica y la argumentación jurídica, para que de esta manera den cuenta a las partes y al auditorio social en general, de una correcta administración de la cosa pública; y, más concretamente, de la administración de justicia.”, páginas 12 y 13 de 28.

Y agrega, “..., esta Corte Constitucional ha determinado tres requisitos, que fungen como parámetros que a su vez permiten comprobar si una decisión emitida por autoridad pública ha sido debidamente motivada o no. Estos son; a) Razonabilidad, entendida esta como la identificación de las fuentes de derecho empleadas por la autoridad en su decisión y su relación con la naturaleza y objeto de la acción o recurso en el contexto del cual fue emitida la resolución. b) Lógica, la misma que hace referencia a la existencia de la pertinente coherencia entre las premisas y de estas con la decisión final, así como el cumplimiento del mínimo de carga argumentativa que el derecho exige para la decisión de la que se trate; y, c) Comprensibilidad, que hace relación a la claridad en el lenguaje utilizado en el fallo o resolución, con la finalidad de que pueda ser entendido por la generalidad de personas que conforman la sociedad.”, página 13 de 28.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Justicia (CIDH) en la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2007, caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, punto 107, página 23, señala: “La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión.”, y agrega en el punto 118, página 25, lo siguiente: “..., la Corte destaca que la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa. En efecto, la argumentación ofrecida por el juez debe mostrar claramente que han sido debidamente tomados en cuenta los argumentos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado rigurosamente, ...”.

Nuestra posición con relación al derecho a la motivación

De lo referido en este punto 4, se confirma que en Ecuador se encuentra vigente la garantía básica que obliga a motivar todos los actos administrativos, resoluciones y fallos, so pena que los mismos sean considerados nulos y que los servidores públicos responsables sean sancionados, tal como lo ordena la Constitución vigente en su art. 76 numeral 7 literal l).

EL DERECHO A LA PRUEBA Y A LA MOTIVACION EN LA ORALIDAD, A PARTIR DEL OBJETO DE LA CONTROVERSIA Y PARA ASUNTOS TRIBUTARIOS

Es decir, que “la motivación actúa como derecho y como deber a la vez”, (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°167-14-SEP-CC del caso N°1644-11-EP del 15 de octubre de 2014), es un derecho de todos los que se sometan a la jurisdicción ecuatoriana (administrativa o judicial) y un deber de todos los servidores públicos, muy especialmente de los jueces.

Para cumplir con el deber de motivar todos los actos administrativos, resoluciones y fallos la Corte Constitucional ha señalado “tres requisitos, que fungen como parámetros que a su vez permiten comprobar si una decisión emitida por autoridad pública ha sido debidamente motivada o no”, (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N°148-18-SEP-CC del caso N°2158-16-EP del 18 de abril de 2018).

La motivación al constituir un deber de todos los funcionarios encargados de emitir actos administrativos, resoluciones y fallos no admite ninguna cortapisa y su incumplimiento acarrea la nulidad del acto o resolución o fallo inmotivado y sanciones para el funcionario que incumple con dicho deber. Y al constituir una garantía y un derecho, puede ser reclamado ante las correspondientes instancias administrativas y judiciales, por lo que, para valorar correctamente la prueba, es imprescindible determinar correctamente el objeto de la controversia o fijación de los puntos en debate, núcleo central de la controversia, para que dentro de la práctica probatoria adquiera significación en su conjunto que conduzcan unívocamente a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias expuestos por las partes con respecto a los puntos controvertidos.

5. “EL OBJETO DE LA CONTROVERSIA” O “PUNTOS EN DEBATE”, EN MATERIA CONTENCIOSO TRIBUTARIO

El estricto respeto y cumplimiento de las garantías/principios constitucionales del derecho a la prueba y a la motivación de las decisiones judiciales, en el contexto del proceso oral por audiencias que puso en vigencia el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), nos exige definir con claridad en que consiste y como se lleva a cabo la determinación del objeto de la controversia y la fijación de los puntos en debate, así como la problemática entorno a este tema.

Debemos comenzar por señalar que, entre el objeto de la controversia y los puntos en debate, de acuerdo a la legislación ecuatoriana, no hay mayor diferenciación que no sea aquella que señala que el juzgador resolverá sobre la validez del proceso e inmediatamente pasará a la determinación del objeto de la controversia en la audiencia preliminar del procedimiento ordinario (art. 294 numeral 2 del COGEP); mientras que la fijación de los puntos en debate, debe resolverse en la primera fase de la audiencia única de los procedimientos sumarios, después del saneamiento del proceso (art. 333 numeral 4 del COGEP).

Adicionalmente, el art. 313 del COGEP, establece que la sentencia decidirá con claridad los puntos sobre los que se produjo la controversia y que la misma contendrá los demás requisitos generales previstos para ella.

Puesto, que en materia contencioso Tributario, por ser procesos de conocimiento la vía del procedimiento solo se refleja para el ámbito del procedimiento ordinario y procedimiento sumario, sin embargo por la complejidad de los asuntos controvertidos, es de vital importancia adecuar el punto de partida del hecho litigioso, bajo incidencia letal de las partes procesales al no saber construir el objeto de la controversia, conllevaría a que sus pretensiones sean desconocidas.

La problemática en torno al objeto de la controversia o puntos en debate

Dado que el COGEP no señala mayor diferenciación entre el objeto de la controversia y los puntos en debate, usaremos indistintamente ambas denominaciones, así como la referida

a puntos sobre los que se produjo la controversia; y, las asimilaremos a las denominaciones de “objeto del proceso” y la de hechos o puntos controvertidos.

Las profesoras uruguayas, Cecilia Baluga Bello y Lucia Elizalde Bulanti (2005, pág. 323), nos alertan sobre la relevancia y problemática del objeto del proceso (o de la controversia) en los términos siguientes: “La práctica forense y los antecedentes jurisprudenciales nacionales evidencian que la etapa procesal de definición del objeto del proceso, cuya influencia en el devenir del proceso es incuestionable, no siempre es realizada a cabalidad, con la precisión, claridad y diligencia que legal, conceptual y axiológicamente correspondería”.

Y agregan, “... la definición del objeto del proceso se erige en un hito fundamental del proceso, pues determina sobre qué se litigará, sobre qué hechos se deberá diligenciar prueba, sobre qué deberá pronunciarse el Juez (...). Sin embargo, (...) son corrientes las imprecisiones u omisiones en relación a la definición del objeto, lo que proyecta sus perjudiciales consecuencias sobre la sustanciación del proceso, su resolución y la eventual existencia de la vía recursiva”, (2005, pag. 323).

El profesor peruano Roger Zavaleta Rodríguez (2014, pág. 136), puntualiza: “La doctrina procesal le ha prestado escasa atención a esta temática y, aunque nuestro Código Procesal Civil imponga que –una vez saneado el proceso- el juez debe fijar los puntos controvertidos, en la práctica y salvo contadas excepciones, esto se ha convertido en un trámite meramente formal; en un ritualismo que se cumple rápido, porque la carga procesal no da tiempo para andar perdiéndolo en algo que se cree no reviste importancia”.

Zavaleta destaca que “La falta de identificación y el consecuente desconocimiento de los problemas puntuales que generan la controversia, determina que el resultado del proceso dependa mucho de la actividad y la pericia técnica de los abogados; y que el juez relegue –en cierta medida- su papel como director del proceso. (...). En definitiva, se incrementa el riesgo de admitir medios probatorios impertinentes e inútiles; de no disponer que se actúen pruebas de oficio indispensables para la solución de la Litis, de actuar medios probatorios sin sacarles el máximo provecho respecto al *tema probandum*; (...); y, de incurrir, por tanto, en una motivación defectuosa de la sentencia (en el sentido amplio del término), entre otras contingencias”, (2014, pág. 136).

El profesor Xavier Abel Lluch (2014, pág. 35), nos relata: “Los códigos procesales civiles prescriben la necesidad de fijar los hechos controvertidos, pero no suelen contener indicaciones sobre el modo de llevarlo a cabo, confiando en la prudencia y el buen quehacer judicial. (...)”

Y también nos advierte (Abel Lluch, 2014, pág. 36): “La fijación de hechos controvertidos en una audiencia preliminar oral presenta varias dificultades. Unas derivadas de la propia tradición jurídico-procesal, pues muchos ordenamientos procesales con una audiencia preliminar oral son herederos de un proceso escrito disperso, donde no existía una “cultura” de fijar los hechos controvertidos y la inercia histórica actúa a modo de freno para implantar una fijación y evitar la tentación que jueces y letrados soslayan tan importante trámite. (...) Tampoco puede obviarse que para una correcta fijación de los hechos controvertidos es necesario que en los escritos de alegaciones (demanda y contestación a la demanda) los hechos aparezcan redactados con orden y claridad para facilitar su admisión o negación por la parte adversa, previsión que, a veces, es ignorada por los letrados, sin que se atribuya ninguna sanción a las narraciones incorrectas de los hechos. (...)”

La fijación de los hechos controvertidos

Con relación a la fijación del objeto del proceso o hechos controvertidos, las profesoras Cecilia Baluga y Lucia Elizalde (2005, pág. 324 a 327), señalan: “De acuerdo (...) con el principio dispositivo (...), la incorporación de material fáctico corresponde a las partes, principalmente a través de sus actos iniciales de proposición. Son las partes las que, en definitiva, acotan el *tema decidendum*”.

Las profesoras Baluga y Elizalde, citan a Véscovi, en los términos siguientes: “una de las bases fundamentales del proceso dispositivo” es que “el objeto del proceso es establecido por las partes. El *thema decidendum* lo establece el actor en su demanda, quedando el mismo delimitado por lo que controvierta el demandado en su contestación. (...), (2005, págs. 324-327).”

En sus palabras, las profesoras Baluga y Elizalde, nos dicen: “..., es el actor quien debe encuadrar su pretensión en un relato fáctico-jurídico determinado y es el demandado

quien, categóricamente, debe pronunciarse sobre los hechos alegados por el actor, así como sobre los medios de prueba propuestos.”, (2005, págs. 324-327)

Y puntualizan, “... una de las más relevantes características del proceso judicial es que la materia del debate sea determinada por ambas partes. (...). La interposición de la demanda, como acto introductorio de la instancia, fija el denominado “*programa litigioso*” y produce efectos sustanciales y procesales, entre otros, la determinación del objeto del litigio. Para delinear el objeto, lo fundamental es la existencia de un “petitorio formulado con toda precisión”, (Baluga & Elizalde, 2005, págs. 324-327).

La autora uruguaya Selva Klett (2014, págs. 54-55), al referirse a la fijación del objeto del proceso, explica: “Para la fijación del objeto del proceso, deben tenerse en cuenta tres elementos, un petitorio, una determinada plataforma fáctica y el derecho aplicable a la situación sometida a proceso. (...). El objeto del proceso debe hallarse, fundamentalmente y salvo algunas excepciones legales, en la pretensión formulada por el actor.”.

El autor Roger Zavaleta Rodríguez (2014, págs. 144-145), explica que son los puntos controvertidos, en los términos siguientes: “Se entiende por *puntos controvertidos* aquellas discrepancias en cuestiones pertinentes, específicas y relevantes para la solución del caso. (...), un caso puede involucrar uno o varios problemas y, a su vez, un problema puede comprender uno o varias cuestiones. Ahora, no cualquier cuestión es un punto controvertido, para que lo sea, ella tiene que ser atinente o estar relacionada con la discusión procesal (pertinencia), pero no en forma tangencial o superflua, sino íntimamente; de modo que –como su nombre lo indica- puntualice o concrete en pocas palabras lo que debe ser objeto de indagación, análisis y argumentación”.

Zavaleta, acota: “No se trata, entonces, de trasladar el petitorio de la demanda como punto controvertido, ni establecer como tal una cuestión genérica, vaga o abstracta, (...). De lo que se trata es que los puntos controvertidos –siguiendo el método cartesiano- desmenucen –en cuestiones- los problemas sobre los que debe razonar el juez para resolver el caso concreto, constituyéndose así en una especie de *guía o pauta metodológica* para admitir, actuar y valorar los medios probatorios, analizar y ponderar los argumentos de las partes; y, finalmente, desarrollar la motivación en la sentencia que resuelva la litis”, (2014, págs. 144-145).

El profesor Roger Zavaleta (2014, págs. 163-169), nos dice que “la determinación de los puntos controvertidos depende del caso concreto”, pero no obstante aquello, y “teniendo en cuenta la estructura dialógica del proceso” sugiere “algunas pautas generales para el efecto:”

- i) “En principio, el juez deberá determinar cuáles son los *problemas* de los que depende la solución del caso concreto, y las *tesis* que respecto a ellos defienden ambas partes.
En toda argumentación judicial puede identificarse un *problema central*, que consiste en si debe ampararse o no la pretensión demandada, (...). No estamos acá frente a un punto controvertido, sino ante un foco referente que le será útil al juez para hallarlos. En relación con este *problema central* cada parte expone sus argumentos, los cuales –confrontados- le servirán al juez para identificar también a los subproblemas o problemas específicos que plantee el caso (...).”
“El juez en todo este análisis deberá estar atento a las posibles falacias en las argumentaciones de las partes. El control de logicidad de la demanda y su contestación también es necesario, (...).”
- ii) “Establecidos cuáles son los problemas del caso y las tesis de las partes, lo que toca es determinar los *desacuerdos* y sus *cuestiones*. Un desacuerdo, de forma genérica, alude a la defensa de tesis opuestas respecto de una misma cuestión. (...): las partes exponen sus argumentos y, a partir de ellos, el juez –con la participación de las partes- deberá determinar cuáles son los desacuerdos y explicitar las cuestiones o preguntas precisas que resuman en qué consisten dichos desacuerdos”.
- iii) “(...). No toda cuestión relativa a un desacuerdo debe integrar los puntos controvertidos. Para que ello ocurra, la cuestión debe conectarse con desacuerdos que, a su vez, guarden relación con el problema central y los subproblemas o problemas específicos del caso, así como con las tesis principales defendidas por las partes, sin dejar de lado el marco legal aplicable.
La determinación de los puntos controvertidos también supone una labor de interpretación, pues el juez lleva a cabo esta actividad en función de los que considera relevante de la demanda y su contestación. En términos generales y siempre como pauta, podría considerarse que algunos enunciados fácticos y jurídicos son irrelevantes cuando alternativamente: i) no sirven como premisa de ningún argumento que apoye la (s) tesis central (es) defendida (s) por una o ambas partes; o ii) no guardan conexión, directa o indirecta, con el problema central ni las condiciones de aplicación de las reglas que se proponen para su solución. (...).”
Los puntos controvertidos, por lo general, se relacionan con cuestiones de fondo, pero también pueden referirse a cuestiones procesales. (...).”

“Facilita la fijación de los puntos controvertidos que el petitorio del demandante y la oposición del demandado, así como los argumentos fácticos y jurídicos que sustentan cada una de las posiciones, sean expuestos en forma precisa, clara y ordenada. Una demanda o una contestación farragosa, que

EL DERECHO A LA PRUEBA Y A LA MOTIVACION EN LA ORALIDAD, A PARTIR DEL OBJETO DE LA CONTROVERSIA Y PARA ASUNTOS TRIBUTARIOS

mezcle o entrevere diversos argumentos de diferente peso o trascendencia para resolver la *litis*, complica la fijación de los puntos controvertidos y, en definitiva la solución del caso. (...)”.

“Finalmente, dada la trascendencia de los puntos controvertidos en el desarrollo y conclusión del proceso, las partes no deben actuar como simples espectadores al momento de su fijación, sino que deben colaborar activamente con el juez, en ejercicio de su derecho de defensa. Y es que, si bien esta actividad es dirigida por el juzgador no está librada a su arbitrio; (...)”.

6. CONCLUSIONES, LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN Y TRABAJOS FUTUROS.

En conclusión, hay que destacar que la fijación de los hechos controvertidos no es un asunto exento de dificultades, incluso en países como Uruguay, donde ya tienen 30 años llevando a cabo esta tarea, no han logrado que la fijación de los hechos controvertidos se cumpla con la “precisión, claridad y diligencia que legal y conceptual y axiológicamente correspondería” (Baluga & Elizalde, 2005, pág. 323). No obstante, la trascendencia de los puntos de la controversia con relación al derecho a la prueba y a la motivación de las decisiones, no es asunto que genere controversias.

Buena parte de las dificultades entorno a la fijación de los puntos de la controversia se las puede ubicar en la tradición del proceso escrito, que antecedió al proceso oral por audiencias, y “donde no existía una cultura de fijar los hechos controvertidos y la inercia histórica actúa a modo de freno” para superar las dificultades (Abel Lluch, La valoremación de la prueba en el proceso civil, 2014, pág. 36).

En Ecuador, nos corresponde estudiar las experiencias de los países que nos han precedido en la implementación del sistema oral por audiencias y aprendiendo de dichas experiencias, avanzar con mayor acierto en la implementación y desarrollo de la oralidad y la fijación de los hechos controvertidos en las audiencias.

Las reflexiones de los autores citados en el punto 5 de este trabajo, particularmente las pautas que nos enseña el profesor Roger Zavaleta, nos deben servir de guía para superar las dificultades que entraña la determinación de los puntos controvertidos y para buscar cumplir dicha tarea “con la precisión, claridad y diligencia que legal, conceptual y axiológicamente corresponde” (Baluga & Elizalde, 2005, pág. 323).

Además, la superación de las dificultades en torno a la fijación de los hechos controvertidos requiere el esfuerzo conjunto y combinado de las partes procesales, así como de los jueces, de la academia y la capacitación a los abogados litigantes.

Las partes procesales deben contribuir planteando demandas y contestaciones con exposiciones claras, precisas y ordenadas, teniendo muy presente los puntos controvertidos para la causa que están patrocinando; y, los jueces deben estudiar el expediente y tener una idea muy clara de cual (es) es (son) el (los) punto (s) controvertido (s) del proceso que deben

tramitar y resolver; como dice Jordi Nieva Fenoll (2015, pág. 165): “Lo que es fundamental es que el juez haya estudiado previamente el caso, puesto que de lo contrario la fijación de hechos es difícilmente realizable. Sin el acicate del juez, las partes difícilmente reconocen que no discuten un hecho de la contraria, (...). Por supuesto también es esencial la debida preparación de los letrados de las partes. Sin todo ello, se frustra esta finalidad de la audiencia previa”.

Por otra parte, la academia debe generar análisis y discusión sobre este importante y vital tema para el derecho a la prueba y a la motivación y para la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia en el cual aspiramos a vivir los ecuatorianos. Y la Universidad, como parte de la academia, debe generar los espacios necesarios para el estudio y discusión de este tema, así como para la preparación de los futuros abogados para que puedan encarar de mejor manera la determinación de los hechos controvertidos para los diferentes casos que le tocará enfrentar en la vida profesional.

La relevancia y trascendencia de la fijación de los puntos de la controversia, es un asunto que no admite discusión alguna, y en tal virtud proponemos:

- a) Una reforma del art. 142 del COGEP para que, entre los requisitos de la demanda, se incluya un numeral que diga: “Propuesta para determinar el objeto de la controversia de la presente causa”.
- b) Que se considere como causal de nulidad o de casación de la sentencia, la deficiente determinación del objeto de la controversia.
- c) Que en las Universidades dentro de los planes de estudio del COGEP se considere como un punto de especial tratamiento lo relativo a la fijación de los puntos controvertidos.
- d) Exhortar a los estudiosos del derecho para generar análisis y discusión sobre la importancia de los puntos controvertidos.

BIBLIOGRAFÍA

- Abel Lluch, X. (2012). *Derecho Probatorio*. Barcelona: Bosch Editor.
- Abel Lluch, X. (2014). *La valoração de la prueba en el proceso civil*. Madrid: LA LEY.
- Aliste Santos, T.-J. (2011). *La motivación de la resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons.
- Baluga, C., & Elizalde, L. (2005). Objeto del proceso: Consecuencias prácticas de la delimitación del objeto del proceso en la prueba, la sentencia y la segunda instancia. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 2/2005, 323-340.
- Bello Tabares, Humberto y Jimenez Ramos, Dorgi. (2009). *Tutela judicial efectiva y otras garantías constitucionales procesales*. Caracas: Ediciones Paredes.
- Bernal Pulido, C. (2008). *El Derecho de los derechos*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Bustamante Alarcón, R. (2013). El derecho fundamental a probar y su contenido esencial. En AA.VV., *Estudios de Derecho Procesal Civil* (págs. 405-434). Lima: Legales.
- Colomer Hernández, I. (2003). *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Espinosa-Saldaña, E. (2016). Aportes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre motivación. En G. F. (Coordinador), *Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales* (págs. 149-158). Lima: Palestra.
- Ferrer Beltrán, J. (2016). *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley.
- Garberí, J. (2008). *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, S.A.
- Garberí, J. (2009). *Constitución y Derecho Procesal*. Pamplona: Aranzadi SA.
- García, D. (2009). *Diccionario de Jurisprudencia Constitucional*. Lima: GRIJLEY.
- González Pérez, J. (2001). *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas.
- Gozáini, O. A. (2004). *El debido proceso*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Grández Castro, P. (2016). *El ascenso de los principios y el razonamiento constitucional*. Lima: Palestra.
- Guzmán, L. (2013). *Derecho a una sentencia motivada*. Buenos Aires: Astrea.
- Hinostroza Minguez, A. (2012). *Derecho Procesal Civil, tomo III*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

EL DERECHO A LA PRUEBA Y A LA MOTIVACION EN LA ORALIDAD, A PARTIR DEL OBJETO DE LA CONTROVERSIA Y PARA ASUNTOS TRIBUTARIOS

- Hurtado Reyes, M. (2014). *Estudios de Derecho Procesal Civil, tomo II*. Lima: IDEMSA.
- Ibañez, P. A. (2010). Sobre prueba y motivación. En P. A. Michelle Taruffo, *Consideraciones sobre la prueba judicial* (págs. 47-96). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Igartua Salaverría, J. (2009). *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra-Temis.
- Klett, S. (2014). *Proceso Ordinario en el Código General del Proceso, tomo 1*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Navarro, R. (2017). *La Motivación de los Actos Administrativos*. Pamplona: Aranzadi SA.
- Nieva Fenoll, J. (2015). *Derecho Procesal II. Proceso Civil*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Oller Sala, M. D. (2011). El derecho a la utilización de los medios de prueba como factor de dinamización del derecho probatorio. En VV.AA., *La Prueba Judicial* (págs. 304-317). Madrid: La Ley.
- Oteiza, E. (2016). El desafío de abreviar y detallar a la vez en la motivación. En G. F. (Coordinador), *Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales* (págs. 137-148). Lima: Palestra.
- Oyarte, R. (2016). *Debido proceso*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pérez Prieto, R. (2016). La importancia de las cargas probatorias a la luz de la tutela jurisdiccional efectiva. En G. P. (Coordinador), *Constitución, Derecho y derechos* (págs. 195-210). Lima: Palestra.
- Picó i Junoy, J. (2012). *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch Editor .
- Priori Posada, G. (2009). El proceso en el estado constitucional. En AA.VV., *Constitución y proceso* (págs. 341 - 343). Lima: ARA Editores.
- Taruffo, M. (2011). *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (2016). Apuntes sobre las funciones de la motivación. En G. F. Posada, *Argumentación jurídica y motivación de la resoluciones judiciales* (págs. 75-84). Lima: Palestra.
- Tarufo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Zavala Egas, J. (2016). *Código Orgánico General de Procesos-COGEP Notas de estudio 2016*. Guayaquil: Murillo Editores.
- Zavaleta, R. (2014). *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: GRIJLEY.