

DR. ADOLFO BENITEZ POZO

DERECHO PROCESAL CIVIL

PARTE GENERAL

VOLUMEN 1

BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR

El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta de este.

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii** “(...) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (...) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones” y **literal vii** “La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad”.

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

Este libro está disponible físicamente en

Biblioteca:

Biblioteca Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Piso:

Estante:

Bandeja:

01

07

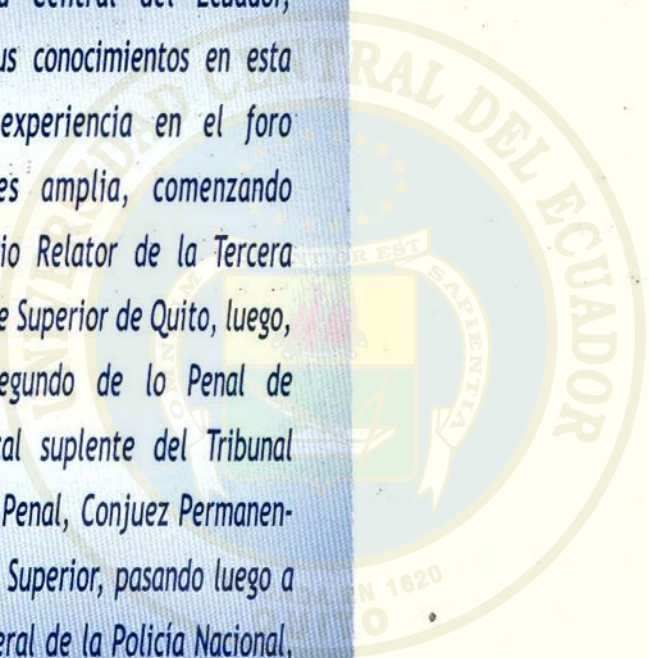
01

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:

DR. ADOLFO BENÍTEZ POZO

Abogado de los Tribunales de Justicia y doctor en jurisprudencia; catedrático de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, impartiendo sus conocimientos en esta materia; su experiencia en el foro ecuatoriano es amplia, comenzando como Secretario Relator de la Tercera Sala de la Corte Superior de Quito, luego, como Juez Segundo de lo Penal de Pichincha, vocal suplente del Tribunal Segundo de lo Penal, Conjuez Permanente de la Corte Superior, pasando luego a ser Fiscal General de la Policía Nacional, Notario Décimo Noveno del cantón Quito y actualmente se desempeña como Asesor Jurídico de la Presidencia de la Corte Superior de Quito.



REF. OFS. 327
326

DR. ADOLFO BENITEZ POZO

09 MAR. 2001

UNIVERSIDAD CENTRAL
CONTROL DE BIENES



5139381

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DE
LA BIBLIOTECA DE LA
UNIVERSIDAD CENTRAL, SU
PRIVILEGIO LE FUE OTORGADO POR LA LEY.



QUITO ECUADOR
2001

DR. ADOLFO BENITEZ POZO

**UNIVERSIDAD CENTRAL
CONTROL DE BIENES**



5139381

DERECHO PROCESAL CIVIL

PARTE GENERAL

Volumen I

**QUITO ECUADOR
2001**

Este trabajo de 1980, elaborado por el Dr. Adolfo Benítez Pozo, se imprimió en
Ecuador por el 2001 en los talleres gráficos de "ASISTENGRAP".

Tel.: 538661

Impreso en Quito - Ecuador

DR. ADOLFO BENÍTEZ POZO



DR. ADOLFO BENÍTEZ POZO

346
B 467
V. 1

DR. ADOLFO BENÍTEZ POZO

"Las verdaderas tragedias no resultan del enfrentamiento entre un derecho y una injusticia. Surgen del choque entre dos derechos."

Prohibida la reproducción por cualquier sistema. De acuerdo con la Ley de Propiedad Intelectual.

DERECHO

PROCESAL CIVIL

"La justicia es como la luz. No sabemos en que consiste, pero cuando falta notamos su ausencia."

PARTE GENERAL

(Pierre Antoine Perrod)

C: 88014

Primera Edición

Esta edición de 1500 ejemplares se terminó de imprimir en Enero del 2001 en los Talleres Gráficos de "ASISTEMGRAF"

Telf.: 558661

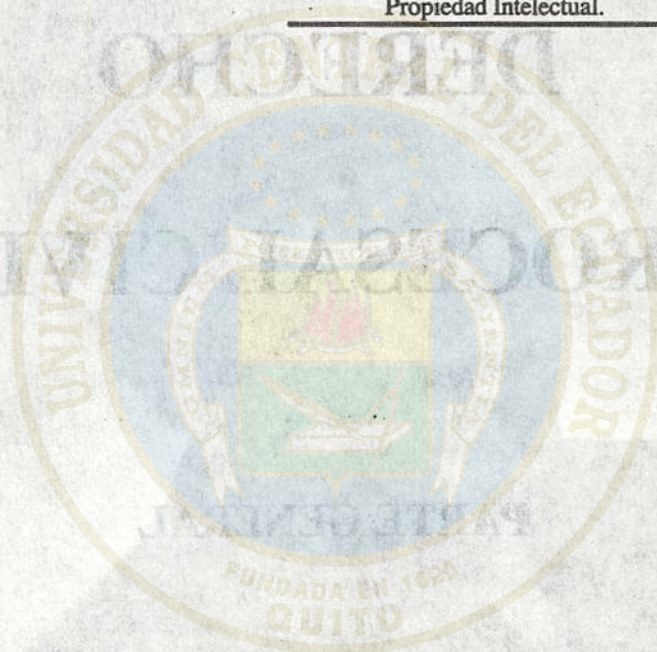
Impreso en Quito - Ecuador

100-10-Don. De...
OK. BAC
ID: 6144

ID: 6144

Derechos reservados.

Prohibida la reproducción por cualquier
sistema. De acuerdo con la Ley de
Propiedad Intelectual.



Esta edición de 1.500 ejemplares se terminó de imprimir en
Enero del 2001 en las Talleres Gráficas de "ASISTEMGRAF".
Tel.: 228551

Impreso en Quito - Ecuador

"Las verdaderas tragedias no resultan del enfrentamiento entre un derecho y una injusticia. Surgen del choque entre dos derechos."

(Georg Hegel)

"No es necesario que la verdad se manifieste, sino que se deje ver."

(Platón)

"La justicia es como la luz. No sabemos en que consiste, pero cuando falta notamos su ausencia."

(Pierre Antoine Perrod)

"Aprobar una ley y no hacerla cumplir equivale a autorizar lo que se pretende prohibir."

(Richelieu)

"Las verdaderas tragedias no resultan del enfrentamiento entre un derecho y una injusticia. Surgen del choque entre dos derechos."

(George Hegel)

Prohibida la reproducción por cualquier sistema. De acuerdo con la Ley de Propiedad Intelectual.

INVENTARIO

Compra: Donación: ☒ Transfer: ☐

Proveedor:

Factura: Fecha: 14-04-13 Precio: 100

N° Inf. Recep.: Fecha Inf.:

N° Alta: 139389

Biblioteca: General

"La justicia es como la luz. No sabemos en que consiste pero cuando falta notamos su ausencia."

(Pierre Antoine Perrot)

"Aprobar una ley y no hacerla cumplir equivale a autorizar lo que se pretende prohibir."

(Richelieu)

ABREVIATURAS USADAS

• PROLOGO	L.O.F.J.....	Ley Orgánica Función Judicial	19
	C.C.	Código Civil	
	C. COM.....	Código de Comercio	
	C. T.....	Código del Trabajo	
	C. MEN.....	Código de Menores	
	C. P.....	Código Penal	
	C.P.C.....	Código de Procedimiento Civil	
	C. P. P.	Código de Procedimiento Penal	
1. Definición	ETC.	Etcétera	24
2. Contenido	FS.	Fojas	25
	G. J.	Gaceta Judicial	
	S.	Serie	
	Nº	Número	
	R.O.	Registro Oficial	
	PAG.....	Página	
	PAGS.....	Páginas	
	S.S.	Siguientes	
	ART.....	Artículo	
	INC.....	Inciso	
3. Concepción			27
4. Elementos de la jurisdicción			30
5. Caracteres de la Jurisdicción			31
6. Especies de Jurisdicción			32
7. Concepto			35
8. Competencia territorial			37
9. La prevención			38
10. Competencia en razón de las cosas			38
11. Competencia en razón de las personas			39
12. Competencia en razón de los grados			40



BIBLIOTECA RESISTIDA

INC		Inciso
ART		Artículo
CS		Signos
PAGS		Páginas
PAG		Página
R.O.		Registro Oficial
Nº		Número
S		Serie
G.I.		Gaceta Judicial
ES		Folios
ETC		Etcétera
C.P.P.		Código de Procedimiento Penal
C.P.C.		Código de Procedimiento Civil
C.P.		Código Penal
C.MEN		Código de Menores
C.T.		Código del Trabajo
C.COM		Código de Comercio
C.C.		Código Civil
L.O.P.J.		Ley Orgánica Función Judicial



INDICE GENERAL

• PROLOGO

19

CAPITULO I

EL DERECHO PROCESAL

1. Definición	24
2. Contenido	25

CAPITULO II

1. LA JURISDICCION

3. Concepto	27
4. Elementos de la Jurisdicción	30
5. Caracteres de la Jurisdicción	31
6. Especies de Jurisdicción	32

2. LA COMPETENCIA

7. Concepto	35
8. Competencia territorial	37
9. La prevención	38
10. Competencia en razón de las cosas	38
11. Competencia en razón de las personas	39
12. Competencia en razón de los grados	41

CAPITULO III

LA ACCION

13. Concepto	43
Acción, pretensión y demanda	46
14. La pretensión	47
15. Clases de acciones	48
16. Las acciones de conocimiento	52
17. Las meramente declarativas	54
18. Las acciones constitutivas	54
19. Las acciones de condena	55
20. Importancia de la distinción entre obligaciones de dar, hacer o no hacer	58
21. Las acciones de ejecución	61
22. La acción cautelar	62

CAPITULO IV

EL PROCESO

23. Concepto	63
24. Naturaleza jurídica del proceso	66
25. El proceso como contrato	66
26. El proceso como cuasicontrato	66
27. El proceso como relación jurídica	68
Presupuestos procesales	70
28. Presupuestos procesales de la acción	72
29. A). La demanda	72
30. B). El Juez competente	74
31. La ley procesal en el tiempo	77
32. C). Las partes procesales	79
33. Presupuestos concernientes a las partes	84

34.	A). La capacidad	84
35.	Incapacidades particulares	85
36.	B). Parte legítima	86

FORMAS DE COMPARECENCIA DE LAS PERSONAS CAPACES

37.	a). Personalmente	89
38.	b). Por medio de procurador judicial	89
39.	c). El agente oficioso	91

FORMAS DE COMPARECENCIA DE LAS PERSONAS INCAPACES

40.	I. El menor de edad	91
41.	II. Los que están sujetos a tutela o curaduría	94
42.	III. Por sí mismos pueden comparecer el menor de edad y cuantos se hallen bajo tutela o curaduría para defender sus derechos	98
43.	La ratificación	103
44.	La ilegitimidad de personería	105
45.	IV. Las personas jurídicas	106
46.	Personas jurídicas de derecho público	106
47.	Representación judicial del Estado	108
48.	Personas jurídicas de derecho privado	113
49.	Parte en el pleito es el representado y no el representante	114
50.	Presupuestos procesales especiales	117
51.	Presupuestos procesales para la validez del proceso	118
52.	La prejudicialidad	120

ETAPAS DEL PROCESO

53.	Etapa preliminar	123
54.	Las diligencias previas	123
55.	Las diligencias cautelares o precautorias	124
56.	Las diligencias preparatorias	125
57.	Etapa expositiva	126



58. Etapa probatoria	127
59. Etapa conclusiva	127
60. Etapa resolutoria	128
61. Etapa impugnativa	128
62. Etapa ejecutiva	131

DIFERENCIACION DE OTRAS FIGURAS

Proceso, Procedimiento, juicio, enjuiciamiento	131
63. Proceso y procedimiento	132
64. Juicio y enjuiciamiento	135

CAPITULO V

LA PREJUDICIALIDAD

65. Definición	140
66. Sistemas principales adoptados para el ordenamiento de las cuestiones prejudiciales	143
a) Sistema del imperio de la jurisdicción penal	143
b) Sistema de la separación jurisdiccional absoluta aprobatoria	143
c) Sistema de la separación jurisdiccional relativa	144

CLASES DE PREJUDICIALIDAD

67. Prejudicialidad a la acción	145
58. Prejudicialidad a la sentencia	146

CASOS DE CUESTIONES PREJUDICIALES

69. El hecho de que dé a luz la mujer, durante el matrimonio un hijo concebido antes, y que el marido haya impugnado	
--	--

la paternidad de ese hijo	149
70. La condena ejecutoriada a reclusión mayor	149
71. El heredero o legatario indigno de suceder	150
a). El homicidio del causante	151
b). El atentado grave contra el causante o parientes	152
72. Los desheredamientos	152
73. La quiebra o insolvencia	153
74. La indemnización de daños y perjuicios contra los magistrados, jueces, funcionarios y empleados de la Función Judicial	156
75. La rendición de cuentas del depositario judicial	157
76. Las prendas industrial, agrícola y la especial de comercio	159
77. La venta con reserva de dominio	161
78. Las acciones en los casos de denuncia o acusación particular calificadas como maliciosas o temerarias	162
79. Las indemnizaciones civiles como consecuencia de una sentencia penal condenatoria firme	165
80. La acción civil de indemnización por sentencia condenatoria de tránsito.	168
81. El rapto con matrimonio de una menor	169
82. La falsedad de un instrumento público	171
82.1. La falsedad material	173
82.2. La falsedad intelectual.	174
82.3. Resoluciones que rechazan la prejudicialidad civil estimando que sólo existe cuando hay juicio civil.	175
82.4. Presupuestos o requisitos de la prejudicialidad civil para el ejercicio de la acción penal por falsedad de instrumento público.	181
82.5. Fallos que admiten la prejudicialidad civil cuando no existe declaración de falsedad previa del fuero civil.	183
82.6. Un caso de prejudicialidad a la sentencia.	187
83. El perjurio no es una cuestión prejudicial	195
84. La falsedad en instrumento privado no es cuestión prejudicial. .	197
La falsedad de un pagaré a la orden no es cuestión prejudicial. .	197
La falsedad de un cheque no es cuestión prejudicial.	198

CAPITULO VI

ACTOS PREPARATORIOS

- | | |
|--|-----|
| 85. Generalidades | 201 |
| 86. Forma de presentación de los actos preparatorios | 201 |
| 87. Casos de actos preparatorios | 205 |

CAPITULO VII

1º LA CONFESION JUDICIAL

- | | |
|---|-----|
| 88. Concepto | 207 |
| 89. Naturaleza jurídica de la confesión | 208 |
| 90. Requisitos de la confesión | 211 |
| 91. Requisitos para la existencia de la confesión | 212 |
| 1º. Debe ser una declaración de parte | 212 |
| 2º. Debe ser declaración personal | 212 |
| 3º. Debe tener por objeto hechos | 214 |
| 4º. Los hechos sobre que versa deben ser favorables a la
parte contraria | 215 |
| 5º. Debe tener siempre una significación probatoria | 215 |
| 6º. Debe ser consciente | 215 |
| 7º. Capacidad jurídica del confesante | 216 |
| 8º. La declaración no debe ser el resultado de métodos
violentos | 217 |
| 9º. La confesión debe ser seria | 218 |
| 92. Requisitos para la validez de la confesión | 219 |
| 1º. La plena capacidad del confesante, excepto los casos
previstos en la ley | 219 |
| 2º. Libre voluntad del confesante | 220 |
| 3º. Deben cumplirse las formalidades procesales de
tiempo, modo y lugar | 221 |

93. Requisitos especiales de la confesión	224
1º. Deben realizarse ante juez competente.....	224
2º. Aptitud legal para probar el hecho confesado.....	225
3º. La legitimación para el acto, si es representante o apoderado	226
94. Clases de confesión	228
1º. Confesión judicial	229
2º. Confesión extrajudicial	229
3º. Confesión espontánea	229
4º. Confesión provocada	230
5º. Confesión provocada expresa	231
6º. Confesión provocada ficta, tácita o presunta	231
7º. Confesión pura o lisa y llana	233
8º. Confesión compleja	233
9º. Confesión compuesta	233
95. La indivisibilidad de la confesión	235
96. Trámite de la confesión	237
97. Valor probatorio de la confesión	242
98. a) El sistema de la prueba legal o prueba tasada	243
99. b) El sistema de la sana crítica	245
100. c) El sistema de la íntima o libre convicción	248
101. d) El sistema de equidad	249

CAPITULO VIII

2º EXHIBICION DE COSAS

102. Introducción	253
103. Concepto	253
104. Naturaleza jurídica de la exhibición	254
105. Objeto de la exhibición	255
106. Trámite de la exhibición de cosas	256

CAPITULO IX

3º EXHIBICION DE DOCUMENTOS

107. Generalidades	261
108. Concepto	261
109. Importancia del instrumento	266
110. Disponibilidad del instrumento	269
Qué se entiende por disponibilidad	269
111. Manera de llegar el instrumento al proceso	271
112. De la exhibición del instrumento	274
113. La exhibición de libros de comercio	281
114. Exhibición de cartas	283
115. Dificultades que envuelve	287
116. Trámite de la exhibición de un instrumento	289
117. Redargüimiento de falsedad y verificación de autenticidad	294
118. Redargüimiento de falsedad	296
119. La prueba de la falsedad	297
120. La prueba de la autenticidad	298
121. Consecuencias civiles y penales	298

CAPITULO X

4º EL RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS PRIVADOS

122. Generalidades	301
123. El caso especial de las cartas	303
124. Clases de reconocimiento de instrumentos	305
125. Trámite para provocar el reconocimiento	306
126. Naturaleza y efectos del reconocimiento	309
a). Entre las partes	311
b). Respecto de terceros	313
127. Tratándose del contenido	314

a). Reconocimiento en el orden procesal	315
b). Declaración del juez dando por reconocido el instrumento..	317
128.No cabe reconocimiento de huella digital	319
129.Fecha cierta	321
124. a). Origen y fundamento	321
124. b). Modos de darla	322

CAPITULO XI

5° LA INFORMACION SUMARIA

130.Generalidades	325
131.La razón del dicho	328
132.La capacidad jurídica del testigo	329
133.La tacha de los testigos	330
134.Limitación legal de la prueba testimonial	331
135.Casos de informaciones sumarias	
1° El secuestro o la retención de bienes	331
2° En la apertura y publicación del testamento cerrado	336
3° En la posesión efectiva de bienes hereditarios	338
4° En el despojo violento	340
4.1. La posesión	341
4.2. La mera tenencia	341
5° Para el estado civil de una persona	343
6° Para la calificación de la edad	344
7° En el disenso de los padres o guardadores para el matrimonio de los menores de edad	344
8° En la emancipación voluntaria	345
9° En el nombramiento de tutores o curadores	345
10° En la venta o hipoteca de bienes de menores	345
11° En el juicio de consignación	346
12° En la recusación a los jueces	346
13° En el amparo de pobreza	347
14° En el secuestro de bienes reivindicados	348

15° En el caso de muerte por desaparecimiento	348
16° En el caso de que el viudo trate de contraer matrimonio ...	348
17° En la inhabilidad física o moral de ambos padres	349
18° Para el arrendamiento de inmuebles que formen el patrimonio familiar	349
19° En la donación	350

CAPITULO XII

6° LA INSPECCION JUDICIAL

136. Concepto	353
137 Objeto de la inspección	355
138 Trámite de la inspección	357
139 Inspección judicial y dictamen pericial	362

PROLOGO

Este libro, esencialmente didáctico para los estudiantes de las Escuelas de Derecho, especialmente de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, en la que los Quintos Cursos no cuentan con un programa oficial de esta materia, constituye el resultado de una labor ordenada de los apuntes que han servido para exponer mi cátedra por más de veintitrés años consecutivos; de la experiencia profesional adquirida en los cargos que desempeñé y continué haciéndolo en la Función Judicial; y, de los valiosos y originales criterios vertidos por ilustres jurisconsultos ecuatorianos como Víctor Manuel Peñaherrera, Luis Felipe Borja, Andrés F. Córdova, Alfredo Pérez Guerrero, Juan Isaac Lovato, Edmundo Durán Díaz, Jorge Zavala Baquerizo, Wladimiro Villalba Vega, entre los de más brillo, quienes han confirmado las más altas condiciones de erudición, revisión, ampliación y profundización permanentes de los diferentes aspectos de las ciencias jurídicas que abraza el derecho procesal; sin prescindir de connotados tratadistas extranjeros, como Niceto Alcalá - Zamora y Castillo, Francisco Canelutti, Eduardo Couture, Hernando Devis Echandía, José Chiovenda, José Ovalle Favela, entre otros, cuyas doctrinas constituyen el crear de profundas inquietudes, meditaciones y el pensar en cuánto pudieran aplicarse a nuestra realidad jurídica y social; sin embargo, encienden la mente e incentivan a entrar al campo de la investigación científica.

De otro lado, esta obra permitirá a los estudiantes y profesionales jóvenes del derecho ubicar los diferentes temas concretos de la técnica procesal, tendientes a velar por la seguridad jurídica, y sobre todo, conceptos y principios jurídicos que se encuentran inmersos en la parte general del derecho procesal, que abarca todo el desarrollo o recorrido del proceso, sin ampliarla con alardes de erudición o incursionando en otras ramas que podrían oscurecer el contenido, apartándonos de lo tradicional que puede inducir a confusión y a errónea aplicación de la ley, misma que constituye una garantía de seguridad jurídica y justicia.

En la exposición de este libro se encuentran fundamentalmente las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, así como la doctrina y la jurisprudencia relacionadas sobre dicho Código y, también las concordancias con otros cuerpos legales.

Como reminiscencia, es preciso dejar constancia que nuestro sistema procesal civil, se patentiza el 8 de septiembre de 1879, siendo Presidente de la República Ignacio de Veintimilla, y empezó a regir desde el 9 de octubre de ese año, con el nombre de "Código de Enjuiciamientos en Materia Civil", redactado por la Corte Suprema de Justicia, desde entonces se derogó el expedido por la Convención de 1869; luego, con las reformas de la Ley del 3 de noviembre de 1880, la misma Corte Suprema de Justicia redactó el nuevo Código con la misma denominación, habiendo sido revisado por las Comisiones de Legislación de la Asamblea Constituyente del Ecuador, saliendo a luz en el año siguiente; posteriormente, en la Presidencia de la República de Alfredo Baquerizo Moreno, el 16 de enero de 1917, se promulgó el nuevo cuerpo de leyes con el nombre de "Código de Enjuiciamiento Civil", decretándose la nueva edición el 24 de junio de 1918, arreglada por la Academia de Abogados de Quito y, entró en vigencia el 1º de agosto de 1918; y, siendo Jefe Supremo de la República, el General G. Alberto Enríquez Gallo, el 1º de abril de 1938, entró en vigencia el actual Código de Procedimiento Civil, al que se le han hecho un sinnúmero pero importantes reformas, introduciendo principios generales y fundamentales acordes con las exigencias sociales, entre los cuales podemos mencionar: el de libre ejercicio del derecho subjetivo de acción para iniciar cualquier proceso; el de la gratuidad del servicio judicial, en todas sus ramas, aunque actualmente se reduce a los casos penales, laborales, de alimentos y de menores (Art. 207 Constitución Política); el de la real y efectiva igualdad de las partes en el proceso, otorgándoles a los jueces facultades para impulsar los procesos e investigar oficiosamente la verdad de los hechos; el de que la justicia debe ser pública y no secreta; el de la garantía de la libre y efectiva contradicción de las pruebas por todas las partes y de su aportación conforme a reglas previas para evitar las sorpresas que rompan la igualdad antes mencionada; el de la libre valoración de las pruebas por los jueces, de acuerdo con las reglas de la sana crítica; el de que las formas procesales deben ser imperativas y de orden público, como garantía para el debido proceso, la oportunidad de defensa y la libertad; el de que los jueces deben ser profesionales y ojalá especializados en la materia de la respectiva rama jurisdiccional; el de la independencia de los jueces frente a los gobernantes y legisladores, e igualmente frente a sus superiores jerárquicos; el de la necesidad de una justicia rápida, oportuna y eficaz; el de la simplificación de los trámites; el de la imparcialidad rigurosa de los funcionarios judiciales; el del derecho subjetivo procesal a impugnar las decisiones adversas de los

jueces; y, si tomamos en cuenta lo que dispone el Art. 194 de la Constitución Política, que prevé el sistema oral en la substanciación de los procesos, que según la disposición transitoria vigésima séptima, su implantación se llevará a cabo en el plazo de cuatro años, contados desde el 10 de agosto de 1.998; en consecuencia, se nos avecinan nuevas reformas.

El derecho procesal, por consiguiente, no puede limitarse al tratamiento del proceso, aunque éste constituye su esencia, ni encerrarse en la teoría de la acción. No. Requiere una concepción más universalista que incluye a la organización de los mismos órganos de la Función Judicial.

De otra parte, considerando que el derecho evoluciona o se transforma constantemente, además de conocerlo, debemos enseñarlo, impulsarlo y divulgarlo, llevando en la mente el sentido de justicia, cuya labor el Estado ha delegado a los organismos de la Función Judicial y es un deber de los profesionales del derecho rendir culto a la libertad, a la justicia y a la dignidad humana.

El contenido de esta obra corresponde exactamente a su título, porque no es un estudio del Código de Procedimiento Civil, sino una visión clara de sus diferentes institutos jurídicos y de la doctrina procesal civil aplicable en parte a todas las ramas del derecho procesal. Se conforma de tres volúmenes. En este volumen se encuentra una visión pronta de la unidad esencial del derecho procesal, esto es, la jurisdicción, la acción y el proceso; así como las diligencias preparatorias; y, la prejudicialidad, tratando de inculcar en los lectores la convicción de que la ley no puede ser entendida ni aplicada en perjuicio de la libertad, la dignidad humana y muy menos de la justicia. En el segundo volumen trataremos sobre la teoría general de la demanda y las excepciones; y, en el tercero, de la prueba, alegatos y de los recursos.

Si el alumno alcanza a comprender lo que pretendemos transmitirle, a través de esta obra, habremos logrado nuestro objetivo, el de contribuir de alguna manera al examen de los institutos jurídicos tan importantes para la correcta decisión en la práctica judicial.

Dr. Adolfo Benítez Pozo



CAPITULO I

EL DERECHO PROCESAL

Nuestro ordenamiento jurídico, especialmente nuestro legislador, con el objeto de conseguir que el Derecho cumpla con las exigencias sociales y que las relaciones humanas se encuentren reguladas debidamente, pretende instaurar la justicia en todos los ámbitos del convivir, creando una serie de institutos jurídicos y organismos tendientes a la protección de aquellas personas que, por diferentes circunstancias, no están en capacidad de gobernarse por sí mismas o se encuentran en situaciones de inferioridad frente a los demás, que les impide ejercer libremente sus derechos.

Cuando los particulares no encuentran una solución pacífica a sus divergencias corresponde al Estado, a través de los organismos competentes, dotándoles de atribuciones y de normas preestablecidas, asumir la tutela de los derechos de sus súbditos y regular esas conductas en base a principios jurídicos y las leyes que ponen en orden la actividad procesal. Si a un particular se le lesiona su derecho, en busca de la armonía y la paz sociales, que es el fin primordial de esta rama del derecho, le está prohibido hacerse justicia por su propia mano; en consecuencia, le corresponde poner en movimiento al órgano judicial, mediante un acto dirigido a dicho organismo, lo que constituye la acción, que se la ejerce a través de la demanda, en otras palabras, es el acto de iniciación del proceso por el cual se ejercita la acción, con el objeto de evitar la arbitrariedad y obtener oportunidades iguales para ejercer el derecho de defensa, con la intervención de la autoridad en la solución de cualquier conflicto, que es lo que tutela el derecho procesal.

DEFINICION Y CONTENIDO

1. Definición.

Jaime Guasp ¹, expresa que: "Derecho procesal no quiere decir, en definitiva, otra cosa que derecho referente al proceso; es, pues, el conjunto de normas que tienen por objeto el proceso o que recaen sobre el proceso."

Hernando Devis Echandía ², enseña: "Puede definirse, por lo tanto, el derecho procesal, como el conjunto de normas que fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo, y que determina las personas que deben someterse a esa jurisdicción y los funcionarios encargados de ejercerla."

Peñaherrera ³, al respecto, dice: "considerado como ciencia, es el conjunto armónico de principios que reglan la jurisdicción y el procedimiento. O bien, descomponiendo algo más el objeto definido: el conjunto armónico de principios que deben observarse para que la Autoridad Judicial aplique la ley y haga efectivos los derechos de los individuos."

Para Couture ⁴, el derecho procesal civil "es la rama de la ciencia jurídica que estudia la naturaleza, desenvolvimiento y eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominado proceso civil."

De las diversas definiciones sobre derecho procesal se infiere que éste se ocupa del estudio del proceso y de las normas de procedimiento para cumplir sus fines que son la seguridad jurídica y solución justa; por extensión, el derecho procesal también se ocupa de la organización, estructura y composición de la función judicial, puesto que, el órgano de la jurisdicción constituye uno de los presupuestos procesales, como analizaremos más adelante, además, debe ser competente, si dicho órgano judicial no existe o no

¹ Jaime Guasp. "Derecho Procesal Civil", pág. 33.

² Hernando Devis Echandía. "Tratado de Derecho Procesal Civil". Tomo I. pág. 57.

³ Victor Manuel Peñaherrera. "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal". Quito-Ecuador. 1912, pág. 13.

⁴ Eduardo J. Couture. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Tercera Edición (póstuma). Ediciones Depalma. Buenos Aires Argentina. 1976. pág. 3.

es competente no puede haber proceso o no tendría ningún valor, por lo tanto, es necesario conocer las condiciones que deben reunir para ser magistrados de la Corte Suprema (Art. 201 de la Constitución), de las cortes superiores (Art. 22 L.O.F.J.) y jueces en general.

2. Contenido.

Los caracteres fundamentales del derecho procesal le otorgan un contenido unitario en su esencia, sin embargo, frente al derecho sustantivo y atendiendo a la evolución de la legislación se habla de clases de derecho procesal con características particulares, que según la materia, podría ser derecho procesal civil, penal, tránsito, laboral, fiscal, contencioso administrativo, etc., advirtiendo que lo único que varía es el calificativo del contenido, esto es, el comportamiento externo, formal, del proceso, sin que ello signifique que sean diferentes o independientes, todo lo contrario, afirmamos que tiene una estructura esencialmente igual, cualquiera que sea el tipo de conflicto.

La doctrina en consenso parte de una premisa básica: el triple fundamento del derecho procesal la jurisdicción, la acción y el proceso, a lo que José Ovalle Favela⁵ denomina "unidad esencial del derecho procesal", agrega que "esta unidad se expresa, en primer término, a través de los conceptos básicos o fundamentales que toda disciplina procesal utiliza y que el procesalista argentino Podetti denominó la "trilogía estructural de la ciencia del proceso", es decir, los conceptos de jurisdicción, proceso y acción."

Si dentro de esa unidad esencial figura la jurisdicción y el proceso como un instrumento del Estado, todos los preceptos relativos al procedimiento, a las formas, a la competencia de los jueces, al derecho de defensa, a la regularidad de las pruebas, en definitiva, al debido proceso, pertenecen al orden público, pues, interesan a todos los ciudadanos y son instrumentos para la protección del derecho; en pocas palabras, en esa tutela del Estado se resume como fin único, la razón de ser de la autoridad pública; en consecuencia, el derecho procesal pertenece al Derecho Público.

⁵ José Ovalle Favela. "Derecho Procesal Civil". México. 1.980. pág. 5.

Con el objeto de sistematizar el estudio del Derecho Procesal es conveniente realizar la siguiente distinción: existe una parte general, denominada "Teoría General del Proceso", constituida por la exposición de conceptos, institutos y principios comunes a las distintas clases de juicios; y, por otro lado, existe la parte especial del Derecho Procesal, que se dedica al estudio específico de cada uno de los juicios.

La Teoría General del Proceso permite conocer en forma total los diferentes institutos y principios comunes a las distintas especies de juicios, esto es, la demanda, la citación, las excepciones, la prueba, la sentencia, los recursos, etc., mientras que la rama especial permite reconocer la diversidad de los juicios, que por la naturaleza de las normas jurídicas sustantivas aplicables a cada caso, impone a éstos determinadas características, de allí surge la clasificación en juicios ordinarios, ejecutivos, verbal sumarios, juicios especiales o sumarísimos; y, cuando la ley no tiene establecido o determinado un procedimiento especial para una controversia, deberá sustanciarse en juicio ordinario, como preceptúa el Art. 63 del Código de Procedimiento Civil.

Para nosotros, por consiguiente, no se limita el conocimiento del derecho procesal estrictamente al proceso, sin desconocer que es una parte muy importante, puesto que existen aspectos interesantes, a más de la jurisdicción y la acción, debemos conocer el recorrido o procedimiento y la meta que se propone alcanzar, en definitiva, en este libro centraremos el estudio a la Teoría General del Proceso Civil, para conocer en forma total los diferentes institutos y principios comunes a las distintas especies de juicios.

CAPITULO II

1. LA JURISDICCION

José Ovalle Favela⁶, indica que, "todo estudio sobre cualquier rama del derecho procesal debe partir de una premisa básica, sobre la cual existe un consenso entre los autores, a saber: la unidad esencial del derecho procesal".

Esta unidad se expresa a través de los conceptos básicos de jurisdicción, proceso y acción, sobre cuya trilogía de conceptos se asienta todo el contenido del derecho procesal.

3. Concepto.

La palabra jurisdicción procede de las voces romanas *juris dictio*, que significan el acto público de declarar el derecho.

Existen muchas definiciones del vocablo jurisdicción, con distintos significados y, esta diversidad se debe principalmente a que se la confunde con el principio de autoridad de ciertos órganos de la función ejecutiva o legislativa; con la circunscripción territorial o como sinónimo de competencia, en la que el juez puede ejercer sus atribuciones; en fin, se la usa como si fuera un tratado didáctico.

Para dar una noción de carácter general, partiremos del principio consignado en el Art. 1 del Código de Procedimiento Civil y simplificaremos al máximo las doctrinas foráneas, centrando el tema en aquellos criterios que han recibido un grado de aceptación considerable.

El Código de Procedimiento Civil, en su Art. 1º, sin adoptar la forma de definición, señala la función esencial de la jurisdicción, en los siguientes términos:

⁶ José Ovalle Favela. Obra citada. pág. 5.

"Art. 1. La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las leyes".

Víctor Manuel Peñaherrera ⁷, connotado jurisconsulto y profesor ecuatoriano, enseña que el juez tiene dos funciones: una, esencial, la de administrar justicia. Explica que, la intervención del juez supone, por tanto, dos elementos: el derecho de que una persona se considera asistida, y la violación de ese derecho por otra. La misión del juez reduce entonces a reconocer y declarar la existencia o no existencia del derecho y de la violación, y aplicar la ley correspondiente.

Agrega el autor de nuestra cita, "Esto es administrar justicia o dar a cada uno lo que es suyo, por medio de la autoridad pública. Lo cual significa, en lo civil, declarar el derecho y hacerlo efectivo, venciendo la resistencia de la parte obligada; y en lo penal, absolver al inocente o imponer la pena legal al culpable."

El maestro Peñaherrera, con propiedad expresa que, esa es la función esencial del juez y lo que constituye y significa la jurisdicción.

Además dice, que aparte de esa función, se le ha conferido al juez otra, esencialmente diversa, que la llama accidental, la de autorizar o solemnizar con su intervención ciertos actos de especial importancia o que afectan a intereses especialmente confiados a la protección de la autoridad, como por ejemplo: la ley sustantiva prevé que a ciertos incapaces se les dé un curador que los represente y cuide de sus intereses (Art. 385 C.C.); que ese curador sea idóneo y rinda suficiente caución (Art. 417 C.C.); que los bienes de los incapaces no se enajenen ni se graven con hipoteca o servidumbre sino por causa de utilidad o necesidad manifiestas (Art. 436 C.C.). Esas reglas de protección legal no surtirían efecto alguno si no hubiera un funcionario público encargado de hacerlas cumplir, se le ha confiado al juez esta función en cierto modo tutelar, que, sin embargo, de no ser esencialmente judicial, "lleva también en el lenguaje jurídico el nombre de jurisdicción".

⁷ Víctor Manuel Peñaherrera. "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal". Tomo Primero. Imprenta de Julio Sáenz. Quito. 1912. págs. 4748.

Con esos precedentes, Víctor Manuel Peñaherrera, define la jurisdicción en los siguientes términos:

"La potestad de administrar justicia en nombre del Poder Soberano del Estado, y de autorizar los actos que requieren solemnidad judicial."

Alfonso Troya Cevallos⁸, refiriéndose a la función accidental que ejercen los jueces, dice:

"...pero esta función secundaria, que comprende un sinnúmero de actos de documentación, homologación, reconocimiento, complementación, etc., se halla asignada también a otros organismos, que sólo por extensión se incluyen en la función judicial, tales son: el notariado, las registradurías de la propiedad; habiendo otros que cumplen parecidos fines, como las superintendencias de compañías, para citar un ejemplo, que están fuera de dicha función."

Se refiere únicamente a la función que en la práctica cumple el juez y que no está comprendida en el Art. 1° del Código de Procedimiento Civil, esto es, los trámites de jurisdicción voluntaria, aunque algunos casos, actualmente, la Ley Notarial, según reformas publicadas en el suplemento del Registro Oficial N° 64, de 8 de noviembre de 1996, asigna como atribuciones de los notarios, la recepción de declaraciones juramentadas para acreditar la necesidad de extinguir o subrogar el patrimonio familiar; para abonar que el donante tiene bienes suficientes adicionales; para la posesión efectiva de bienes; entre otras.

Eduardo J. Couture⁹, expresa: "Función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica,

⁸ Alfonso Troya Cevallos. "Elementos de Derecho Procesal Civil". Ediciones Universidad Católica. Tomo I. 1976. pág. 165.

⁹ Eduardo J. Couture. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Ediciones Depalma. Buenos Aires Argentina. 1976. pág. 40.

mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución."

De los criterios antes expuestos, podemos afirmar que el Estado tiene capacidad plena para nombrar a sus propios gobernantes y para expedir su propio ordenamiento jurídico, sin que permita que los particulares se hagan justicia por mano propia. Esas facultades o capacidad plena es lo que en derecho constitucional se denomina soberanía; en consecuencia, la jurisdicción como facultad y deber de administrar justicia nace o se deriva de la soberanía, tutelando intereses ajenos, distinta de las funciones ejecutiva y legislativa.

La justicia se realiza, por institución del orden jurídico, no en nombre del Presidente de la República o del Congreso Nacional ni de la misma Función Judicial. Se emite en nombre de la República, como prevé el Art. 179 de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

En síntesis, la jurisdicción nace del Estado. Así se desprende de nuestra Constitución Política (inc. 2º del Art. 1): "La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución."

4. Elementos de la Jurisdicción

Los elementos constitutivos de la jurisdicción son tres:

El primero, el litigio y la facultad de dirigir los procedimientos judiciales que preceden necesariamente a toda decisión; en otras palabras, podemos decir, es la información, el conocimiento, averiguación o esclarecimiento de la verdad, esto es, la inteligencia de la cuestión controvertida; aquí encontramos al juez o tribunal, las partes y los terceros que intervienen en el proceso.

El segundo, constituye la decisión, la resolución o el juzgamiento de algún incidente o del asunto principal de la litis, ciñéndose al procedimiento establecido por las normas que corresponden.

El tercero, la ejecución, que consiste en el deber o función que tiene el juez para hacer que se obedezcan y cumplan sus resoluciones, o sea, asegurar la justicia, la paz social y la respetabilidad del principio de autoridad, mediante la aplicación, eventualmente coercible, del derecho.

5. Caracteres de la Jurisdicción

La jurisdicción se caracteriza por ser:

a). **Independiente.** Así prevé el Art. 2 del Código de Procedimiento Civil y especialmente consagra la Constitución Política en su Art. 199:

"Art. 199. Los órganos de la Función Judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones. Ninguna función del Estado podrá interferir en los asuntos propios de aquellos."

"Los magistrados y jueces serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional aun frente a los demás órganos de la Función Judicial; sólo estarán sometidos a la Constitución y a la Ley."

Esta independencia no sólo es frente a las demás funciones del Estado sino que comprende a los superiores jerárquicos de la misma Función Judicial, quienes no pueden insinuar ni exigir a los inferiores, imponiendo decisiones o criterios que deban adoptar en una resolución.

b). **Exclusiva.** En el sentido de que los particulares no pueden ejercerla, "sino por las personas designadas de acuerdo con la Ley" (Art. 2 C.P.C.), quienes la aplican con prescindencia y exclusión de las demás funciones del Estado.

c). **Agil.** La Constitución Política, en sus Arts. 192 y 193, emplea los vocablos "celeridad" y "agilidad", como cualidades que configuren diligente actividad. En materia civil los términos son perentorios y por lo tanto de estricto cumplimiento por parte de los magistrados, jueces y demás empleados judiciales; y, el retardo en la administración de justicia, imputable al juez o magistrado, será sancionado por la ley.

d). Eficiente o eficaz. Así mismo, los Arts. 192 y 193 de la Constitución Política, consagran la capacidad y aptitud de las personas designadas para el ejercicio de esta función, con formación jurídica, para asegurar el acierto, que es lo esencial, que exista la debida valoración del quehacer jurídico y prevalezca el derecho y la justicia.

Nuestra Constitución establece una esmerada elección de los jueces, en el inc. 2º del Art. 204, al decir:

"Con excepción de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los magistrados, jueces, funcionarios y empleados de la Función Judicial, serán nombrados previo concurso de merecimientos y oposición, según corresponda, de acuerdo con lo establecido en la ley."

e). Gratuita. La administración de justicia es gratuita en los casos penales, laborales, de alimentos y de menores, así lo consagra el Art. 207 de la Constitución Política; y, en las demás causas, faculta al Consejo Nacional de la Judicatura fijar el monto de las tasas por servicios judiciales. Fondos que constituirán ingresos propios de la Función Judicial.

El Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura, el 30 de junio de 1999, aprobó el Reglamento de Fijación de Montos de las Tasas por servicios judiciales, publicado en el Registro Oficial N° 254, de 13 de agosto de ese mismo año; y, mediante resolución de 6 de octubre de 1999, publicada en el Registro Oficial N° 300, de 18 de octubre del año indicado, derogó dicho reglamento y fijó las tasas judiciales determinando los montos correspondientes.

6. Especies de Jurisdicción

El Art. 3 del Código de Procedimiento Civil, determina las clases: "La jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria, prorrogada, preventiva, privativa, legal y convencional".

Con fundamento en este precepto, el país cuenta con suficientes antecedentes doctrinarios de tratadistas nacionales, extranjeros y

particularmente con nutrida jurisprudencia, lo que permite prescindir de otras definiciones.

Por ejemplo: la Excm. Corte Suprema de Justicia, se refiere a algunas de ellas, en la siguiente resolución:

*"La competencia de los jueces que ejercen jurisdicción ordinaria es prorrogable de acuerdo con nuestra legislación. En ningún caso la competencia en razón de los grados es prorrogable (Art. 3, incisos 5 y 6). QUINTO.- La prorrogación puede ser legal o voluntaria y ésta, expresa o tácita. La primera se verifica cuando las personas sujetas a los jueces de una sección territorial determinada, tienen que someterse a los jueces de la sección más inmediata, por falta o impedimento de aquéllos. La voluntaria expresa, se verifica cuando una persona que no está, por razón de su domicilio, sometida a la competencia del Juez, se somete a ella expresamente, bien al contestar la demanda, bien por haberse convenido en el contrato. La voluntaria tácita tiene lugar "por comparecer en la instancia sin declinar la competencia o porque antes no ha ocurrido el demandado a su Juez para que la entable" (Arts. 7, 8, 11 y 12 C.P.C.); SEXTO.- Si a un juez se le ha prorrogado la competencia, éste no puede eximirse del conocimiento de la causa, una vez que excluye a cualquier otro Art. 14; SEPTIMO.- Es verdad que la sentencia ejecutoriada es nula "por falta de jurisdicción o por incompetencia del juez que la dictó Art. 320 N° 1 (hoy, Art. 303 N° 1 C.P.C.), mas, en el caso en estudio, al no haberse alegado la incompetencia del Juez que conoció del juicio principal y tampoco haberse acudido al propio Juez para que entable la competencia, ésta le fue prorrogada tácitamente, y, en consecuencia, la demanda de nulidad se vuelve improcedente."*¹⁰

¹⁰ Gaceta Judicial Serie XIV N° 4. págs. 929930.

En otro fallo, la Corte Suprema de Justicia, tiene establecido:

"Para conocer y resolver las demandas sobre alimentos que los padres deben dar a sus hijos, tienen competencia tanto los Tribunales de Menores como los jueces comunes (jueces de lo civil) y, si bien para sustanciar y definir estas controversias, los primeros deben someterse a lo que preceptúa el Código de Menores, mientras los segundos al procedimiento establecido en la Sección 14° (Arts. 735 y ss Código de Procedimiento Civil), es axiomático que la materia les es común, teniendo mayor amplitud y criterio de convicción los tribunales citados (advirtiendo que también tienen los jueces de lo civil) para dictar el fallo en beneficio del menor. Se trata de jurisdicción acumulativa, en que la competencia preventiva asume el carácter de privativa una vez que uno determinado de varios jueces evoca el conocimiento, sin que pueda formularse nueva demanda ante otro, cursando ya un primer proceso, más aun si existe resolución; admitir lo contrario afectaría a los propios órganos jurisdiccionales y a quienes contienden, con menos cabo de la justicia y la economía procesal." 11

Con motivo de la reforma a la Ley Orgánica de la Función Judicial, publicada en el Registro Oficial N° 145, de 4 de septiembre de 1997, que crea los Jueces de la Familia, como jueces de primera instancia y que deberán conocer, entre otras causas, "sobre las materias del Código Civil, comprendidas desde el Título del Matrimonio hasta el correspondiente a la remoción de los Tutores y Curadores, inclusive", encontrándose dentro de ellas la de alimentos de menores; en esa virtud, la Corte Suprema de Justicia, en resolución de 21 de enero de 1998, publicada en el Registro Oficial N° 252, de 6 de febrero de 1998, señala que:

"...la competencia en los juicios de alimentos de menores se radicará en el Tribunal de Menores o en el Juzgado de Familia que hubiere prevenido en su conocimiento; y, que hasta que entren a funcionar los Juzgados de la Familia, tienen competencia, sobre los

¹¹ Gaceta Judicial Serie XIII N° 2, pág. 240.

casos de alimentos de menores de edad, el Tribunal de Menores y los Jueces de lo Civil de la respectiva jurisdicción."

En la resolución pretranscrita, la Corte Suprema de Justicia, está determinando los asuntos sometidos al conocimiento y decisión del Tribunal de Menores y del Juzgado de la Familia, de lo que se desprende, que si bien es cierto la materia les es común, mas, de manera ordenada y metódica establece la división del trabajo por la prevención, esto es, por la anticipación en el conocimiento de la causa (Art. 3, inc. 5 C.P.C.); y, respecto de los jueces de lo civil, les concede jurisdicción prorrogada, hasta cuando entren a funcionar los Juzgados de la Familia, es decir, por esa circunstancia especial, los jueces de lo civil están sometidos a conocer y decidir sobre asuntos que ordinariamente les corresponde a otros jueces que tienen atribuciones para ello. Además, la Corte Suprema, a los jueces civiles les confiere esas atribuciones dentro de la respectiva jurisdicción, vocablo que se refiere a la circunscripción territorial, y no como sinónimo de competencia.

2. LA COMPETENCIA

7. Concepto

El inc. final del Art. 1º del Código de Procedimiento Civil, al decir: "Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de las cosas, de las personas y de los grados.", está indicando la división del trabajo en la administración de justicia y las consiguientes atribuciones asignadas a los jueces y tribunales, a lo que Víctor Manuel Peñaherrera¹², denomina los límites relativos de la jurisdicción, es decir, que la facultad de administrar justicia se distribuye entre diversos tribunales y juzgados y la ley señala lo que le corresponde hacer a cada uno de ellos para conocer de causas determinadas, considerando el desenvolvimiento de la sociedad y la necesidad de la especialización.

La jurisdicción es una, con esto queremos decir que se la ejercita en cualquier lugar, sobre cualquier materia o persona y por cualquier órgano jurisdiccional establecido, siempre será la misma, nunca dejará de ser ejercida

¹² Víctor Manuel Peñaherrera. Obra citada. págs. 6465

sino por jueces y tribunales que obran en nombre del poder público del Estado, para administrar justicia en los asuntos que concretamente conozcan.

Pero, el propio Estado ha facilitado su labor administrativa general, dividiendo el territorio en provincias, así como también ha considerado que los actos humanos no son iguales sino que son diferentes en propósitos, contenido y forma, y que suelen realizarse en diferentes lugares y en tiempos que pueden ser coincidentes o también sucesivos. Imposible, por consiguiente, atender a todas las relaciones de derecho a que dan origen, por un mismo tribunal o juez, cuando de esas relaciones derivan pretensiones necesariamente diversas.

En resumen, podemos afirmar que se administra justicia no en cualquier lugar, sino por los jueces de cada circunscripción territorial, ni sobre cualquier asunto, sino por los jueces establecidos para cada materia.

Eduardo J. Couture¹³ dice: "La competencia es una medida de jurisdicción. Todos los jueces tienen jurisdicción; pero no todos tienen competencia para conocer en un determinado asunto. Un juez competente es, al mismo tiempo, juez con jurisdicción. La competencia es el fragmento de jurisdicción atribuido a un juez".

Víctor Manuel Peñaherrera¹⁴, enseña, competencia es "la facultad que tiene el juez para administrar justicia dentro de los límites de su jurisdicción".

En otras palabras, la competencia es la atribución que tiene un juez o tribunal para administrar justicia en los asuntos o casos que le corresponde, respecto de todas las personas nacionales o extranjeras sin que pueda traspasar la limitación relacionada con la calidad y, por ende, el fuero que la ley confiere a ciertas personas, ni la circunscripción territorial e instancia atribuidas.

¹³ Eduardo J. Couture. Obra citada. pág. 29.

¹⁴ Víctor Manuel Peñaherrera. Obra citada. pág. 90.

La actuación de un juez incompetente puede ser objeto de impugnación por parte del demandado, alegando su incompetencia y pidiéndole que se inhiba o acudiendo al propio Juez para que entable la competencia (Art. 26 C.P.C.), pero, si de hecho continúa conociendo la causa el juez incompetente, trae consigo la nulidad del proceso y la nulidad de la sentencia, así se encuentre ejecutoriada (Arts. 303 y 358 C.P.C.), salvo que exista prorrogación de la jurisdicción, puesto que la ley contempla algunos casos que pueden alterar o variar las reglas de la competencia, ya sea en forma expresa o tácita (Arts. 6 y 7 C.P.C.).

Esas cuestiones o conflictos de competencia, unos son positivos: cuando cada uno de los jueces que litigan pretenden conocer del asunto; y, otros, negativos: cuando todos ellos se niegan a conocer, remitiendo la causa el uno al otro, y viceversa.

8. Competencia territorial

Se refiere a la circunscripción territorial dentro de la cual un tribunal o juez debe ejercer su función en una causa, en el ámbito determinado por la Corte Suprema de Justicia, organismo que tiene facultad de establecer o modificar la jurisdicción territorial de los tribunales y juzgados (Nº 17, Art. 13 L.O.F.J., modificado por el Art. 2 de la Ley Nº 39, R. O. S. 201-S, 25 de noviembre de 1995).

El Art. 25 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, indica quien es el juez competente, por el domicilio del demandado o lugar donde sucedieron los hechos, por el lugar en que se encuentra situada la cosa materia del pleito, donde debe hacerse el pago o cumplirse la obligación o donde se celebró o debe cumplirse el contrato, según sea el caso.

En definitiva, cada funcionario judicial debe ejercer sus atribuciones únicamente dentro de su respectiva sección territorial, sin que pueda ser alterada por voluntad de las partes, salvo que el demandado haya renunciado de manera general a su domicilio, en cuyo caso, se lo demandará en donde se lo encuentre (Art. 31 C.P.C.).

9. La Prevención

De otra parte, habiendo varios jueces de igual clase en una misma sección territorial, se debe tomar en cuenta las reglas de la prevención, la que se produce por la citación de la demanda al demandado, como disponen los Arts. 14, 15 y N° 1 del Art. 101 del Código de Procedimiento Civil, o por el sorteo correspondiente.

La Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, al respecto, tiene establecido lo siguiente:

*"Así fijada la competencia general, la estructura y organización judicial hace surgir la competencia por exclusión, no como regla sino a manera distributiva, para los casos en que existen dos o más jueces competentes para conocer un mismo asunto dentro de una misma circunscripción territorial (Art. 14 C.P.C.). Si un asunto se somete a un juez, entre varios de un territorio, sin previo sorteo, tal juez es incompetente por falta de fijación de su facultad para conocerlo;"*¹⁵

10. Competencia en razón de las cosas

El vocablo "cosa" tiene varias acepciones, reduciendo su ámbito a la esfera de lo jurídico, se contrae a lo corporal o material, como los muebles (los animales), inmuebles (departamentos, casas, fincas, predios), Arts. 603 y sgtes. del Código Civil frente a lo inmaterial o incorporeal, que consisten en meros derechos, reales o personales, del primero, el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso, o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales (Art. 614 C.C.); y, del segundo personal o crédito al haber contraído una obligación correlativa, como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales (Art. 615 C.C.).

¹⁴ Eduardo J. Centeno, Obra citada, pág. 39.

¹⁵ Gaceta Judicial Serie XIV N° 14, pág. 3.165

De ello se derivan las pretensiones de las personas necesariamente diversas y los asuntos deben someter al conocimiento y decisión del juez a quien se le ha confiado la resolución de una materia determinada.

La Ley Orgánica de la Función Judicial tiene distribuido el trabajo en consideración a la naturaleza del litigio y ha organizado y dividido a los tribunales y juzgados tomando en cuenta la relación jurídica objeto de la demanda; y, por lo previsto en el Art. 204 de la Constitución Política, se nombra a los magistrados, jueces, funcionarios y empleados, previo concurso de merecimientos y oposición, para lo cual se requiere de conocimientos especiales de las personas a quienes se les confie la labor de administrar justicia; en virtud de esa organización, la jurisdicción por las cosas, se divide en civil, penal, administrativa; y, cada una de ellas se subdivide en otras: la civil, comprende, además de lo estrictamente civil y comercial, los asuntos laborales, inquilinato, de menores y/o de la familia, a estos últimos les corresponde conocer una materia común alimentos de menores; la penal, en contravenciones y delitos, que abarca asuntos comunes, de tránsito y los especiales militares y policiales.

Lo antes expuesto tiene su fundamento en la Constitución Política, en su Art. 191, que establece la unidad jurisdiccional; y, en la vigésima sexta disposición transitoria que señala: "Todos los magistrados y jueces que dependan de la Función Ejecutiva pasarán a la Función Judicial y, mientras las leyes no dispongan algo distinto, se someterán a sus propias leyes orgánicas. Esta disposición incluye a los jueces militares, de policía y de menores. Si otros funcionarios públicos tuvieran entre sus facultades la de administrar justicia en determinada materia, la perderán, y se la trasladará a los órganos correspondientes de la Función Judicial."

11. Competencia en razón de las personas

En este caso, la Constitución Política, reconoce y garantiza a las personas, como derecho civil, "La igualdad ante la ley. "Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación..." de ninguna especie (Nº 3, Art. 23); y, para asegurar el debido proceso, dispone que: "Ninguna persona podrá ser distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el efecto" (Nº 11, Art. 24).

En la administración de justicia se toma en cuenta la calidad de las personas que forman parte del juicio, entendiéndose por tal, el cargo que desempeñan o la posición que ocupan en el ejercicio de las funciones públicas del Estado u organismos provinciales o municipales; la ley otorga consideraciones y garantías a determinados funcionarios de la administración pública, en el juzgamiento de algunos asuntos, les señala trámites especiales e intervención de jueces distintos de los que juzgan a los ciudadanos en general o particulares, precautelando sus derechos y la rectitud de la administración de justicia, que está confiada a jueces de mayor independencia y sabiduría; comúnmente se llaman "casos de Corte" o "fuero de Corte".

La Ley Orgánica de la Función Judicial determina las personas, en consideración a la función que desempeñan y los casos que están sujetos al fuero de Corte.

El ordinal 4º del Art. 13 de la invocada Ley, señala como atribución de la Corte Suprema: "Conocer, en primera instancia (el Presidente) y segunda (una de las Salas Especializadas) de los actos preparatorios, de los asuntos civiles, laborales o comerciales en que, como actores o demandados, sean interesados los embajadores y demás agentes diplomáticos extranjeros, en los casos permitidos por el Derecho Internacional o determinados por Tratados".

Los ordinales 8º y 9º del precepto antes citado, se refieren a las controversias que se propusieren en contra del Presidente de la República, cuando el actor fuere un particular o de las que se susciten sobre los contratos suscritos por él o sus mandatarios con alguna persona natural o jurídica de derecho privado, cuando ésta fuere la actora.

La Corte Suprema también conoce, en primera instancia, o sea, el Presidente o quien le subrogue, y en segunda instancia, la Sala Especializada de la materia que corresponda, sobre las acciones de indemnización de daños y perjuicios que las partes deduzcan contra los magistrados o conjuces de las cortes superiores (Nº 10, Art. 13 L.O.F.J.).

La Corte Superior, por mandato del Art. 63 de la Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada, conoce de las controversias suscitadas en

relación con la compensación establecida en el Art. 52 de la invocada ley, para los servidores, trabajadores y funcionarios que no sean de libre remoción del sector público, que cumplan con las exigencias previstas en dicha ley, previo el trámite del juicio verbal sumario, en primera instancia el Presidente de la Corte Superior del respectivo Distrito, y en segunda y definitiva instancia, ante una Sala de la misma Corte determinada mediante sorteo, donde existieren dos o más Salas (Art. 60 L.O.F.J.).

La Corte Superior, en conformidad con el ordinal 6° del Art. 23 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, también conoce, en primera y segunda instancia, de las acciones sobre indemnización de perjuicios que se deduzcan contra los jueces, notarios y registradores de la propiedad y mercantiles que les están subordinados, con excepción de los tenientes políticos.

La Ley Orgánica de la Función Judicial, además, determina otros funcionarios públicos que gozan de fuero de corte, en consideración a la función que se encuentren desempeñando, cuando se promueva contra aquellos toda causa penal; en esta materia, existen varios preceptos, en otros textos legales, que determinan los funcionarios y los casos en los que están sometidos al fuero de corte, limitando nuestro análisis al campo civil.

En definitiva, con la opinión de Víctor Manuel Peñaherrera ¹⁶, la competencia en razón de las personas, "No es, por consiguiente, un privilegio personal, sino una institución de orden público".

12. Competencia en razón de los grados

En términos generales, nuestro ordenamiento jurídico prevé las apelaciones, es decir, que lo resuelto por un juez, en primera instancia, sea revisado por el superior jerárquico, en segunda instancia, pudiendo corregirse los yerros judiciales, reformando o revocando la resolución del inferior (Art. 327 C.P.C.); y, de existir méritos, también puede confirmar (Art. 338 C.P.C.).

El Art. 62 del C.P.C., expresa lo que constituye la instancia, así:

¹⁶ Víctor Manuel Peñaherrera. Obra citada. pág. 70.

"Art. 62. INSTANCIA es la prosecución del juicio, desde que se propone la demanda hasta que el juez la decide o eleva los autos al superior, por consulta o concesión de recurso. Ante el superior, la instancia empieza con la recepción del proceso, y termina con la elevación del mismo al superior, en caso de tercera instancia, o con la devolución al inferior, para la ejecución del fallo ejecutoriado."

En el texto pretranscrito se prevé la doble instancia, una: las actuaciones del juez, desde que tiene conocimiento de un asunto determinado hasta que resuelve y remite el proceso al superior, por consulta o apelación; y, la otra: desde que el superior recibe todo lo actuado hasta que devuelva al inferior para la ejecución del fallo.

En otros términos, cada organismo judicial tiene limitada su intervención en un proceso determinado y allí radica la distribución del trabajo por los grados, y así se desprende de lo que dispone el ordinal 2° del Art. 21 del Código de Procedimiento Civil, que suspende la competencia al juez por el recurso de apelación o de hecho, debiendo agregar también la consulta, en los casos de sentencias adversas al Estado, a las municipalidades y a las otras entidades del sector público (inc. 3°, Art. 341 y Art. 1042 C.P.C.), desde que, por la concesión del recurso (o consulta) se envíe el proceso al superior hasta que se le devuelva, siempre que la concesión del recurso sea en los efectos suspensivo y devolutivo.

Es menester advertir que, en nuestro Código Adjetivo Civil, existen varios artículos que se refieren a la tercera instancia, recurso que actualmente no existe, desde que la Constitución Política estableció que la Corte Suprema de Justicia "actuará como corte de casación, a través de salas especializadas", y fundamentalmente desde que se expidió la Ley de Casación, (R. O. 192, de 18 de mayo de 1993), que en su Art. 21 derogó "todas las disposiciones legales que establezcan el recurso de tercera instancia."

CAPITULO III

LA ACCION

13. Concepto.

El vocablo "acción" tiene varias acepciones y son muchas las doctrinas que definen y establecen sus características, con significados diversos; en la doctrina no existe unidad de criterios, lo que dificulta establecer una teoría que fuere aceptable, puesto que unas corrientes utilizan dicha palabra como sinónimo de derecho (acción real, acción personal, Arts. 614 y 615 C.C.); otras como pretensión (acción reivindicatoria); o como demanda o de vía procesal (acción ejecutiva, verbal sumaria, ordinaria, etc.); otras de actividad jurisdiccional (acción penal, civil, administrativa, etc.), otras, al fin procurado (acción de divorcio), etc.

Eduardo J. Couture,¹⁷ afirma que la acción es:

"...el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión"; agrega que: "Este poder jurídico compete al individuo en cuanto tal, como un atributo de su personalidad. Tiene en este aspecto un carácter rigurosamente privado. Pero al mismo tiempo, en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, lo que le asigna carácter público. Mediante la acción se cumple la jurisdicción, vale decir, se realiza efectivamente el derecho, ya que, por tradicional principio que rige en materia civil, la jurisdicción no actúa sin la iniciativa individual: nemo iudex sine actore."

"Es por esta circunstancia que en tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización

¹⁷ Eduardo J. Couture. Obra citada. págs. 57 y 58.

efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignadas en la Constitución".

Luego explica, el mismo autor,¹⁸ que de acción en sentido procesal, se puede hablar, cuando menos, en tres acepciones distintas:

"a) Como sinónimo de *derecho*; es el sentido que tiene el vocablo cuando se dice "el actor carece de acción", o se hace valer la "*exceptio sine actione agit*", lo que significa que el actor carece de un derecho efectivo que el juicio deba tutelar."

"b) Como sinónimo de *pretensión*; es este el sentido más usual del vocablo, en doctrina y en legislación; se habla, entonces, de "acción fundada y acción infundada", de "acción real y acción personal", de "acción civil y acción penal", de "acción triunfante y acción desechada". En estos vocablos, la acción es la pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre del cual se promueve la demanda respectiva. En cierto modo, esta acepción de la acción, como pretensión, se proyecta sobre la de demanda en sentido sustancial y se podría utilizar indistintamente diciendo "demanda fundada e infundada", "demanda (de tutela) de un derecho real o personal."

"c) Como sinónimo de *facultad de provocar la actividad de la jurisdicción*; se habla, entonces, de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual le es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión."

Víctor Manuel Peñaherrera,¹⁹ define la acción como:

"El derecho, o sea la facultad de obrar o de exigir de otro alguna cosa (un hecho, una omisión, una prestación cualquiera), puede encontrar obstáculos o resistencias en los individuos obligados, y requiere, para su eficacia en la vida práctica, ora la institución de una fuerza social destinada a protegerlo, ora la de los medios

¹⁸ Eduardo J. Couture. Obra citada. pág. 60 y 61.

¹⁹ Víctor Manuel Peñaherrera. Obra citada. págs. 123 y 124.

apropiados para el funcionamiento de esa fuerza. Esos obstáculos o resistencias, o sea la violación del derecho, que dice Savigny, dan origen a la acción, que en el lenguaje jurídico significa: 1° la facultad de dirigirse a la autoridad judicial, para que declare o haga efectivo el derecho violado; 2° de acuerdo con su etimología de agere, obrar el acto mismo de dirigirse al juez con ese objeto; y, 3° el modo o la forma de obrar que al efecto ha de observarse."

Agrega que, "Son, por tanto, dos las condiciones o requisitos esenciales de la acción: el derecho instituido o reconocido por la ley sustantiva, y su violación, o sea, una oposición o resistencia, positiva o negativa, de la parte obligada a respetarlo o darle cumplimiento."

Luego, el mismo autor, se refiere a las significaciones que el vocablo acción ha tenido en la historia del Derecho Romano: "Bajo el sistema procesal romano llamado de *las acciones de la ley*, la acción es una forma sacramental de proceder, reducida principalmente a solemnidades o ceremonias simbólicas, conforme a las cuales se plantean y deciden las controversias judiciales."

"Bajo el sistema *formulario*, que reemplazó al de las acciones, o sea, en el segundo período del derecho procesal romano, la *litis contestación* tiene lugar ante el Magistrado, es decir, ante él se propone la demanda y la contesta el demandado; y fijada así la controversia, extiende el Magistrado la fórmula, según la cual se decidirá la cuestión, en virtud de los hechos que consten y las pruebas que se rindan. En este sistema llámase *acción*, ese derecho conferido por el Magistrado en cada causa, para reclamar ante el juez lo que se pide o demanda; o bien la fórmula misma en que se confiere o fija ese derecho, la cual es como una sentencia condicional, subordinada al resultado de las pruebas que se rindan."

"En el sistema del procedimiento extraordinario, esto es, en el tercero y último período del procedimiento romano, tiene la acción las significaciones que hasta ahora se conservan, esto es, la facultad, derivada directamente de la ley, de dirigirse a la autoridad judicial para que repare la violación y haga efectivas sus consecuencias jurídicas, o sea, para que declare y haga efectivo el derecho; o bien, en el sentido etimológico, el hecho mismo

de dirigirse a la autoridad judicial, con arreglo a las formas o trámites legales, para que declare y haga efectivo el derecho."

Hernando Devis Echandía,²⁰ dice la acción es:

"el derecho público cívico, subjetivo, abstracto y autónomo que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto, mediante una sentencia, a través de un proceso."

Según los criterios antes expuestos, la acción tiene su precedente, la existencia de un derecho anterior, que ha sido violado, que encuentra resistencia; por lo que, para vencerla, para que se haga efectivo, surge la acción como un nuevo derecho.

Esa facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional, para ser escuchado y atendido por la autoridad competente, es lo que debemos entender por acción.

Acción, Pretensión y Demanda

Toda persona tiene derecho a la protección del Estado en su vida, honra y bienes, para lo cual, debe existir una manifestación de voluntad, y esto es lo que constituye la **pretensión**, el pronunciamiento que se reclama ante el órgano jurisdiccional, la aspiración formulada por quien ejercita la acción mediante la demanda correspondiente; es necesario advertir que la acción no es lo mismo que **demand**, ésta es el libelo introductor, un acto de iniciación, un presupuesto procesal sujeto a formalidades, que permite intervenir en el desarrollo del proceso hasta la resolución definitiva.

²⁰ Hernando Devis Echandía. "Compendio de Derecho Procesal" Tomo I. Teoría General del Proceso. 2a. Edición. Editorial ABC, Bogotá. 1972, pág. 155.

14. La pretensión

Debe ser fundada, esto es, amparada por el derecho sustancial y el titular deberá someterse al derecho de contradicción que le asiste al demandado, proponiendo excepciones, reconviniendo, en los casos que le permite la ley, o alegando nulidades, etc. Si la pretensión es aceptada mediante una sentencia que declare que al actor no le asiste razón, ora por falta de formas (Art. 16 C.C.) o ya por falta de pruebas, entonces, se infiere que habría ejercido la acción aunque el derecho no le haya sido reconocido.

De otra parte, el demandado al formular sus excepciones no solamente puede usarlas como medio de defensa, sino que también puede servirle como acción; por ejemplo: alega el pago del crédito y exige la inutilización del instrumento; o también puede reconvénir al acreedor, que habiendo propuesto una demanda ejecutiva, el demandado se propone el rechazo de la acción y una condena al demandante (Art. 496 C.P.C.), en este caso, el demandado se ha convertido en actor, dando lugar a dos juicios en el mismo proceso y cada una de las partes es actor y también es demandado.

Víctor Manuel Peñaherrera,²¹ dice:

"Si bien a todo derecho, corresponde una acción, en el Código Civil encontramos una excepción de esta regla: los derechos correlativos a las obligaciones naturales carecen de acción; pero es que, en realidad de verdad, no son verdaderos y perfectos derechos, mejor dicho, ante la ley civil, no existen como tales. Si el deudor naturalmente obligado cumple su obligación, tampoco puede repetir contra el acreedor" (Inc. 2º Art. 1513 C.C.).

En definitiva, las relaciones jurídicas instituidas por la ley sustantiva, pueden actuarse, en el derecho procesal, supuesta su violación, ora como acción, ora como excepción, o también como reconvención.

La restitución del inmueble que se reivindica o cuyo desalojo se pide; el prestamista, alega el pago de la suma de dinero; celebrado un contrato de compraventa, las obligaciones del vendedor se reducen en general, a dos: la

²¹ Víctor Manuel Peñaherrera. Obra. citada. pág. 127.

entrega o tradición de la cosa vendida y, el saneamiento de esa cosa (Art. 1791 C.C.).

Esas obligaciones suponen dos derechos, correlativos del otro contratante, del comprador: el de exigir la entrega de la cosa que compró y, que el vendedor le ampare en el dominio y posesión pacífica de la cosa comprada, y le responda de los efectos ocultos de ésta, llamados vicios redhibitorios (Art. 1804 C.C.).

Si el vendedor no entrega la cosa vendida, viola el derecho del comprador, y éste tiene la facultad de recurrir ante el Juez y pedirle que obligue al vendedor que le entregue la cosa que le vendió. Este nuevo derecho que así surge para el comprador, es la acción, según la doctrina prevaleciente hasta hoy; doctrina que liga la idea de acción con la lesión de un derecho; a su vez, la aspiración o interés del comprador -pretensión- mediante el ejercicio de la acción, ante el juez competente, es alcanzar la aplicación de la ley a un caso determinado mediante sentencia definitiva. Esa decisión judicial debe estar orientada a declarar la certeza del derecho -incierto o controvertido- o a realizar coactivamente el derecho, en caso de acceder a la pretensión.

Consecuentemente, con motivo de nuestro estudio, la acción debemos considerarla, dentro del campo procesal, una actividad jurídica por excelencia, ya que se traduce en una serie de actos que producen consecuencias jurídicas, tuteladas por un funcionario competente, que representa al Estado, para que ponga en actividad su función jurisdiccional y que tendrá que resolver las controversias de un modo definitivo, a través de un camino común para los contendientes, esto es, el proceso.

15. Clases de acciones

En el campo doctrinario la clasificación está realizada con criterios muy diversos.

Para Alfonso Troya Cevallos,²² son:

²² Alfonso Troya Cevallos. "Elementos de Derecho Procesal Civil". Edit. Universidad Católica. 1976. pág. 116.

"Acciones civiles, penales y contencioso-administrativas, dando origen cada una a los procesos de igual denominación. Concretándose a las acciones civiles la doctrina las ha dividido de antiguo en reales, personales y mixtas; ejecutivas y ordinarias; directas y útiles, y otras, extraordinarias, llamadas interdictos."

Existe confusión en esa clasificación, por cuanto da a entender que la acción es sinónimo de "procesos de igual denominación", cuando nuestro Código de Procedimiento Civil trata "Del Juicio Ordinario", "Del juicio ejecutivo", "Del juicio verbal sumario", etc. refiriéndose al trámite, camino o procedimiento que debe seguirse.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en la resolución publicada en la Gaceta Judicial Serie VIII N° 6, pág. 593, señala:

"En cuanto a la litis-pendiente al estudiarse la identidad de las dos acciones, preciso es no confundir éstas con la tramitación procesal, ejecutiva, ordinaria o de otra especie; cuando se trata de los juicios en general, la ley previene al respecto, entre otras cosas, que se puede proponer en una misma demanda acciones diversas y alternativas pero no contrarias ni incompatibles ni que requieran necesariamente diversa sustanciación (Art. 75 C.P.C.). En lenguaje jurídico, en verdad, no hay acciones ejecutivas, ni acciones ordinarias ni acciones sumarias, sino vía, trámite, sustanciación o juicios de tales clases; la acción comprende lo que se reclama y los fundamentos del reclamo." (N°s 3° y 4° Art. 71 C.P.C.).

Peñaherrera,²³ señala:

"Las acciones son tantas cuantos los derechos que pueden poseer los individuos y requerir el apoyo de la autoridad judicial, en caso de oposición o resistencia. El número de las acciones es, por tanto, ilimitado, como el de los derechos; y, salvo raras

²³ Víctor Manuel Peñaherrera. Obra citada. págs. 129, 132 a 134.

excepciones, no tienen nombre especial en la ley." Sin embargo, se refiere a las acciones reales o personales; muebles e inmuebles; petitorias y posesorias; principales y accesorias; principales y subsidiarias; populares, mixtas."

Hernando Devis Echandía,²⁴ enseña que:

"...desde un punto de vista rigurosamente procesal, entendemos por tal el que mira a la clase de jurisdicción, al tipo de proceso (ordinario o especial) y a los fines para los cuales se impetra la decisión del juez por el aspecto de la clase de actividad que despliega (y no respecto a la calidad o contenido sustancial de la pretensión incoada); es decir, fines declarativos, constitutivos, de condena, ejecutivos o cautelares, que son las varias maneras de obtener la declaración o la realización del derecho objetivo mediante la sentencia."

"Pero la clasificación más importante es la que mira a los fines para los cuales se impetra la decisión o sentencia, por el aspecto de la actividad desarrollada por el funcionario judicial, y no de la pretensión del demandante. Entonces podemos hablar de acción de juzgamiento o conocimiento y de acción ejecutiva, de acción declarativa, o de condena, de declaración constitutiva y cautelar, según se persiga simplemente la declaración del derecho o relación juridico-material, o una condena contra el demandado, o la declaración de la constitución o extinción o reforma de una relación juridico material, o la satisfacción coactiva del derecho cierto y claro, o su protección cautelar."

*"Por último, puede hablarse de acción dispositiva y acción declarativa, para distinguir esos dos tipos de procesos que miran a las facultades del juez frente a la aplicación de las normas objetivas al caso concreto. Se identifica entonces esta clasificación con la de los procesos"*²⁵

²⁴ Hernando Devis Echandía. "Tratado de Derecho Procesal Civil". Tomo I. págs. 80 y ss.

²⁵ Hernando Devis Echandía. "Tratado de Derecho Procesal Civil". Tomo I. págs. 395 y ss.

Como se ve, no existe unidad de criterios que oriente la clasificación, unos lo hacen en sentido material, otros con carácter procesal, otros de acuerdo con una rama particular del derecho.

No obstante, podemos afirmar que existen dos clasificaciones fundamentales: la **material** y la **procesal**.

Si nos referimos al fundamento de la acción, la **clasificación material**, como señalan Peñaherrera, Juan Isaac Lovato,²⁶ Couture,²⁷ entre otros, son las acciones reales, personales y mixtas, aluden a la pretensión que es objeto de la acción con lo que se equipara al derecho deducido.

En las **acciones reales**, el actor pretende la tutela de un derecho real, como preceptúa el Art. 614 del Código Civil: el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca; en las **acciones personales** pretende la tutela de un derecho personal, según el Art. 615 del invocado cuerpo legal: el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo que procede contra el padre por alimentos; y, en las **acciones mixtas**, la tutela de un derecho que participa al mismo tiempo de la calidad real y personal, como la del vendedor que, fundado en el Art. 1532 del Código Civil, demanda la resolución de la venta, pide, de una parte, la devolución de la cosa, no precisamente porque el vendedor es dueño, sino por el efecto de la resolución, a menos que el comprador intentase retener la cosa con ánimo de dueño (acción de dominio o derecho real), sin considerar el contrato resuelto; y, a la vez pide la indemnización de perjuicios anexo a la resolución (acción personal o derecho real).

La **clasificación procesal** se hace atendiendo a la acción como facultad dirigida al Estado (ante el juez competente) frente al adversario, con el objeto de obtener una decisión o pronunciamiento judicial para la realización del derecho objetivo mediante la sentencia; en otras palabras, se persigue la actuación de la ley a través del ejercicio del órgano judicial.

²⁶ Juan Isaac Lovato. "Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano. Segunda Edición. Primer Tomo. págs. 213 y 214.

²⁷ Eduardo J. Couture. Obra citada. págs. 8485.

En tal sentido el titular de la acción puede pedir al órgano judicial un pronunciamiento, de acuerdo con la ley, en un triple sentido: una declaración de voluntad, una manifestación de voluntad o una actividad de garantía, lo que da lugar a las siguientes clases de acciones:

- 1º Acciones de conocimiento,
- 2º Acciones declarativas,
- 3º Acciones constitutivas,
- 4º Acciones de condena,
- 5º Acciones de ejecución,
- 6º Acciones cautelares.

16. Las acciones de conocimiento

Manuel de la Plaza,²⁸ dice:

"...porque en ellas se trata de alcanzar cual es la voluntad de la Ley, bien con el exclusivo deseo de saberla, en bien de la certidumbre del comercio jurídico (acciones de mera declaración), bien con el de declarar, constituida o modificada una relación (acción constitutiva), bien con la doble finalidad de lograr la declaración de un derecho y obtener su ejecución (acciones de condena)".

La Primera Sala de lo Civil y Comercial de la Corte Suprema de Justicia, (juicio ejecutivo N° 24396) en relación a los "procesos de conocimiento", señala:

"La doctrina señala que pertenecen a la categoría de procesos de conocimiento "Los procesos de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva" que "tienen como finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica, e incluye, por lo tanto, el grupo general de declarativos y a los dispositivos. En todos ellos el derecho, es decir, el juez es quien ius dicit. Son procesos de juzgamiento o

²⁸ Cita de Juan Isaac Lovato. Obra citada. pág. 217. Manuel de la Plaza. "Derecho Procesal Civil Español". Tomo I. pág. 115.

conocimiento o declarativos genéricos" (Hernando Devis Echandía. *Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. T. I. 13a. Edición. 1994. Medellín. Biblioteca Jurídica Dike. p 166*). Por su parte, Lino Enrique Palacio, en su obra "*Derecho Procesal Civil*". Tomo I. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. pags. 304 y ss, distingue el proceso de conocimiento, de declaración o cognición, como "aquél que tiene por objeto una pretensión tendiente a lograr que el órgano judicial (o arbitral) dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos alegados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes. El efecto invariable y primario de los pronunciamientos que recaen en esta clase de procesos se halla representado, pues, por una declaración de certeza acerca de la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor."

"...ese efecto puede ir acompañado de la integración o complementación de una relación jurídica, o de la imposición, al demandado, del cumplimiento de una determinada prestación (de dar, de hacer o de no hacer), configurándose sentencias que se denominan, respectivamente, determinativas y de condena". Pero "cualesquiera sean los efectos de las sentencias que en ellos se dicten, los mismos son el resultado de una actividad intelectual y emocional del juez en cuya virtud éste examina los hechos y las pruebas aportadas por ambas partes, efectúa su valoración a la luz del ordenamiento jurídico vigente, y formula la norma individual que en lo sucesivo ha de regir la conducta de aquellas con relación al caso que motivó el proceso."

La doctrina procesal clasifica como acciones de conocimiento el grupo tripartito de las acciones declarativa, constitutiva y de condena, mismas que se agotan con el reconocimiento de la norma legal o con la negación de que la voluntad legal sea la perseguida.

17. Las meramente declarativas

La doctrina prefiere denominarlas acciones de **cognición**, se refieren al pronunciamiento judicial sobre la existencia o inexistencia de una relación jurídica y nada más, no reconocen como antecedente la lesión de un derecho, tienden a hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, sin ninguna consecuencia ejecutiva y en ellas se tiene muy en cuenta el factor del interés, la misma que se agota con la resolución judicial, con el reconocimiento de la norma legal o la norma aplicable ante una situación planteada. Pueden a su vez diferenciarse en positivas, como por ejemplo, la acción para el reconocimiento de hijos que no han sido reconocidos voluntariamente (Art. 266 C.C.); la que se propone para que se conceda la posesión efectiva de los bienes hereditarios (Art. 686 C.P.C.), cuando existiera controversia u oposición de alguna persona interesada (Nº 12, en concordancia con el inciso segundo del Nº 18 del Art. 3 de la L. PCL. R. O.S 64, de 8 de noviembre de 1996); y, negativas como la acción negatoria de servidumbre (Art. 879 C.C.).

18. Las acciones constitutivas

Son aquellas por medio de las cuales y a través del órgano jurisdiccional se hace valer un derecho del demandante al "cambio jurídico", es decir, se pretende la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, que sólo puede hacerse por medio de la decisión judicial.

En cuanto a la **creación** de la relación jurídica, la que tiende a crear una situación antes inexistente, como la declaración de incapacidad prevista en el Art. 551 del Código Civil. En cuanto a la **modificación**, la que trata de cambiar, por otra distinta, una situación establecida, como la fijación de un plazo cuando no exista. Respecto de la **extinción** de la relación jurídica, que pretende poner fin a una situación existente, como en las anulaciones rescisorias (Art. 1727 C.C.), las resolutorias (Art. 1532 C.C.), y las más importantes, las acciones de disolución del vínculo matrimonial, que atribuyen al cónyuge inocente o que se creyere perjudicado por la existencia de una o más de las causales recogidas en el Art. 109 del Código Civil, con la salvedad establecida en el inciso segundo de la causal 11ª. de dicho artículo (sustituida por el Nº 2 del Art. 15 de la Ley 43, publicada en el Registro Oficial suplemento Nº 256, de 18 de agosto de 1989).

En estas acciones constitutivas es precisamente la sentencia la que produce el cambio jurídico antes indicado, incidiendo en la relación jurídico-material.

19. Las acciones de condena

Buscan la declaración del derecho y su efectividad, imponen un dar, un hacer o un no hacer, obteniéndose una declaración jurisdiccional que es el título para hacer efectiva esa prestación. Son, en la práctica, las más corrientes.

Estas acciones tienen como precedente una obligación y su clasificación es sustancialmente importante para determinar las condiciones en que el acreedor puede demandar perjuicios al deudor que viola la obligación.

Esta clasificación aparece formulada en los Arts. 1481 y 1503 del Código Civil. El primer precepto estatuye que, en virtud del contrato "una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer"; y, el segundo añade que "toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer."

La obligación de dar tiene por objeto transferir el dominio (Art. 705 C.C.) o constituir un derecho real, como un usufructo, una prenda, una servidumbre, etc. (Art. 614 C.C.)

La obligación de transferir el dominio implica que la cosa debe ponerse a disposición del acreedor, mediante la entrega de la misma (Art. 707 C.C.).

El comprador de un inmueble se hace dueño desde que se inscribe la escritura de compraventa (Art. 1767 C.C.) en el Registro de la Propiedad (Art. 721 C.C.); pero es necesario, además, para que la obligación de dar del vendedor se entienda íntegramente cumplida, debe realizar la entrega material del inmueble (Art. 1791 C.C.), por ello, el Art. 1591 del Código Civil prevé que "La obligación de dar contiene la de entregar la cosa". El N° 2 Art. 1569 del mismo cuerpo legal, agrega que si la obligación es de dar una especie o cuerpo cierto "el codeudor que lo posee está obligado a entregarlo."

Respecto de las **obligaciones de hacer**, la doctrina civil es unánime para calificar la obligación de entregar como una obligación de hacer, puesto que consiste en la ejecución de un hecho: la entrega; sin embargo, en nuestra legislación se confunde los conceptos de "entrega" y "tradición", como se desprende de lo que prevé el Art. 1791 del Código Civil, que dispone: "Las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida"; el Art. 2126 del ya invocado cuerpo legal, dice que el "Mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad" y el Art. 2127, agrega que: "No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio"; en el contrato de arrendamiento, el arrendador está obligado a entregar a su arrendatario o "inquilino" la cosa arrendada (Nº 1º Art. 1892 C.C.).

En los casos de la compraventa y el mutuo cabe hablarse de tradición, no así en el contrato de arrendamiento, puesto que el que recibe la cosa, adquiere sólo la mera tenencia (Art. 748 C.C.).

En definitiva, ante nuestra legislación sustantiva, la obligación de dar tiene por objeto la entrega de una cosa, sea en propiedad o para constituir otro derecho real, como la mera tenencia; y, la de hacer, tiene por objeto la ejecución de un hecho cualquiera -material o jurídico-, ejecutando la obra convenida, como la confección de una obra material que legalmente puede comportar una compraventa (inc. 1º Art. 1957 C.C.) o un arrendamiento (inc. 2º Art. 1957 C.C.). En caso de incumplimiento de la obligación del artífice y el que encargó la obra pretenda alegar que no se ha ejecutado debidamente, si es fundada la alegación, el Art. 1963, inc. 2º C.C. dispone que: "el artífice podrá ser obligado, a elección del que encargó la obra, a hacerla de nuevo o a la indemnización de perjuicios." Es evidente que si el que encargó la obra suministró los materiales se le deben reembolsar "con otros de igual calidad, o en dinero" (inc. 3º Art. 1963 C.C.).

En la ejecución de un hecho jurídico, que comporta obligación de hacer, como la del que promete celebrar un contrato, según el inciso final del Art. 1597 del Código Civil, concurriendo las circunstancias previstas en ese precepto "habrá lugar a lo prevenido en el Art. 1596, que dice:

"Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya:

1º. Que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor; y,

2º. Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato." (Art. 450 C.P.C.).

Las obligaciones de no hacer, radican en que el deudor se abstenga de realizar un hecho (inc. 2º Art. 1581 C.C.) o de prestar algún servicio (inc. 1º, Art. 1598 C.C.), que, de otro modo, le sería lícito ejecutar, o también la que prohíbe entregar una cosa. En otras palabras, son obligaciones de abstención, no tienen objetivo, como es pagar, entregar, ejecutar un hecho, sino un objeto negativo que consiste en no realizar un hecho. Se debe indemnización de perjuicios desde que ejecuta el hecho de que se ha obligado a abstenerse (inc. final Art. 1581 C.C.) o desde el momento de la contravención (Art. 1600 C.C.).

Este tipo de obligaciones -de no hacer- con mucha frecuencia se las encuentra en materia de servidumbres (Arts. 876 y ss. C.C.), especialmente en la servidumbre negativa que es "la que impone al dueño del predio sirviente la prohibición de hacer algo que sin la servidumbre le sería lícito, como la de no poder elevar sus paredes sino a cierta altura." (Art. 879 C.C.); igualmente en las prohibiciones impuestas al mandatario en la ejecución del mandato, como las previstas en forma sucesiva en los Arts. 2075, 2076, 2077 C.C.; o en ciertos negocios jurídicos, cuando se traspasa el dominio de establecimientos industriales o mercantiles, en los que se estipula, casi siempre, la cláusula de no hacer competencia; así mismo, la obligación que contrae el socio de una sociedad colectiva de no emprender, por su cuenta, negocios comprendidos en el giro ordinario de ella (Art. 2024 C.C.), entre otros.

20. Importancia de la distinción entre obligaciones de dar, hacer o no hacer

- 1) La obligación de dar, contiene, como queda dicho, la de entregar la cosa y si ésta es una especie o cuerpo cierto, la de conservarla hasta el momento de la entrega; en la conservación de la cosa el deudor ha de emplear el cuidado debido (Arts. 1591 y 1592 C.C.).
- 2) La ejecución forzada de la obligación se sujeta a reglas diferentes, según la clase que sea.

En la obligación de dar no existe dificultades, ya que el acreedor puede obtener la entrega de la cosa debida por medio de la fuerza pública (Art. 450 C.P.C.).

En la obligación de hacer, si el hecho pudiere realizarse, el Art. 450 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el Art. 1596 del Código Civil, faculta al acreedor, con autorización del juez, para que se realice por un tercero a expensas o por cuenta del deudor; si la especie o cuerpo cierto no pudiere ser entregado al acreedor, o no se obtuviere la realización del hecho, exigirá que se apremie al deudor a que se le indemnicen los perjuicios derivados de la infracción del contrato, esto es, un hacer (Art. 1596 C.C., Art. 450 C.P.C.).

En las obligaciones de no hacer la obligación se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho. Pudiendo destruirse la cosa, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al celebrar el contrato, estará el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a ejecución a expensas del deudor (Art. 1598 C.C.).

En la obligación negativa la mecánica de la prueba es diferente, porque al acreedor le corresponde demostrar la contravención, presentando el instrumento en el que conste la obligación de no hacer y también debe probar la violación. En este caso se puede pedir desde un principio la indemnización de perjuicios si lo prefiere el acreedor o si considera que el hecho no se puede deshacer o no conviene deshacerlo, o no se puede pedir que el deudor destruya lo hecho.

Si el hecho realizado por el deudor es susceptible de ser destruido y el acreedor así lo pide al juez, se solicita propiamente el cumplimiento de una obligación de hacer, porque el juez ordena que el deudor destruya y le concede un plazo prudencial, advirtiéndole que ante su incumplimiento, ordenará la destrucción a expensas de él, si el demandante así lo solicita.

- 3) Esta clasificación sirve para calificar de muebles o inmuebles los derechos y acciones correlativos.

En las obligaciones de dar, los derechos y acciones serán muebles e inmuebles, según sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe (Art. 616 C.C.); los derechos y acciones que se derivan de obligaciones de hacer y no hacer son siempre muebles (Art. 617 C.C.).

- 4) Sólo en las obligaciones de dar y hacer es preciso que el deudor esté en mora para que el acreedor tenga derecho a reclamar la consiguiente indemnización de perjuicios; en las obligaciones de no hacer, los perjuicios se deben desde el momento que se ejecuta el hecho (inc. 2º Art. 1581 C.C.) o de la contravención (Art. 1600 C.C.).

En relación al contrato de promesa de compraventa, reglado por el Art. 1597 del Código Civil, en el que se halla estipulado plazo, la Corte Suprema de Justicia, tiene establecido que:

"Por su naturaleza, trátase, además, de un contrato simalagmático o bilateral, circunscrito dentro del ámbito del Art. 1595 ibídem. Supone e implica la necesaria y simultánea intervención de las partes obligadas a la celebración de la escritura de compraventa, es decir, del promitente vendedor y promitente comprador, en cuanto no pueden aisladamente cumplir su obligación, sino en unidad de acto y ante el Notario respectivo. Esta el fundamento para que la jurisprudencia se haya pronunciado porque el estado legal de mora no puede establecerse por los dos primeros casos de excepción previstos en el Art. 1594 del Código Civil, sino conforme a la regla general contenida en el numeral 3º de este

artículo, esto es, *mediante requerimiento o reconvencción judicial*. En definitiva, tratándose como se trata, en la especie, de un contrato inmerso en el Art. 1595 del cuerpo de leyes citado, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Esta norma legal prevalece sobre la contenida en el Art. 1532 *ibidem*, en la situación jurídica debatida en este proceso; y, por lo mismo, fluye obvia y naturalmente, que no procede la acción resolutoria cuando ambos contratantes han incumplido sus obligaciones inherentes, sin que, consecuentemente, ninguno se haya constituido en mora".²⁹

De otra parte, para constituir en mora, la Corte Suprema de Justicia, señala que:

"La reclamación contra la mora del deudor debe ser oportuna, sorprendiéndolo en el instante de su incumplimiento. Después de dicho instante, el derecho a reclamarle caduca ipso facto. Vencido dicho plazo, la vuelve ineficaz a la promesa de compraventa, observándose al paso que el actor tampoco lo hizo. En efecto, la promesa de celebrar un contrato de compraventa, relativo a bien raíz, es de aquellos contratos sinalagmáticos perfectos que, para que el deudor caiga en mora, ha de ser reconvenido judicialmente por su contraparte acreedora. En este tipo de obligaciones contractuales, advenido el día de vencimiento no surte el efecto inmediato de la mora. Con mayor razón es válida esta premisa, al repararse que la obligación de cumplir un contrato de promesa presupone el cumplimiento simultáneo de los contratantes, el uno, con la dación en venta, y el otro, con la dación del precio, todo ello, en unidad de acto, ante el Notario, quien solemniza la celebración del contrato, por tratarse de un bien raíz. La diligencia de requerimiento no aparece efectuada en el proceso y por ello, no puede determinarse el estado de mora que el demandado (NN) se lo imputa a su contratante (NM) ni éste a aquél. El que las partes promitentes no hayan ejercido sus derechos correspondientes a su respectivo interés, como lo es requerir a la contraparte, cumpliendo

²⁹ Gaceta Judicial Serie XIV. N° 2. págs. 306 a 308.

previamente su propia obligación y al no hacerlas ambas a tiempo oportuno, la opción a ejercer el derecho dentro del plazo estipulado no se la ha de entender como renacida en otra oportunidad, fijada *ad libitum* para cualquiera de las partes, porque en otra oportunidad, distinta a la convenida en el respectivo plazo, ha de mirársela como caducada. La extinción de tales derechos y acciones opera de manera directa y automática, sin que sea necesaria, como en la prescripción, que sea alegada por la parte a quien le favorezca, para que pueda ser declarada por el juzgador. El demandado (NN) no pudo ejercer el derecho en la oportunidad prevista en el contrato de promesa de venta, a causa de encontrarse en mora de sus pagos periódicos, los que solamente completó dos años más tarde. En estas condiciones, no puede exigir tardíamente el cumplimiento de la promesa a su contraparte, pues su derecho a hacerlo ha caducado.³⁰

21. Las acciones de ejecución

Didmanan de instrumentos que traen aparejada ejecución, se solicita del órgano jurisdiccional, ya no una declaración de voluntad, sino una manifestación de voluntad, una exteriorización de una conducta física o material (cosa, cantidad o hecho) que persigue el cumplimiento de los mandatos o providencias judiciales utilizando para ello la coacción, o sea, los apremios a los que se resisten a obedecerlos.

El Art. 423 C.P.C., sin hacer una enumeración taxativa, señala algunos títulos ejecutivos, y luego de esa enumeración indica "los demás instrumentos a los que leyes especiales dan el carácter de títulos ejecutivos", de donde se establece que sólo la ley determina los instrumentos que tienen el carácter de ejecutivos, encontrándoles dispersos en otros cuerpos legales; por consiguiente, los títulos ejecutivos gozan de una presunción de autenticidad, la que puede ser enervada o destruida por la vía de falsedad; si esa impugnación se hace dentro de juicio, respecto de la letra de cambio o un pagaré a la orden, le corresponde probar a quien la hubiere alegado (inc. final Art. 117 C.P.C.).

³⁰ Gaceta Judicial Serie XII N° 1, págs. 5556.

Es de advertir que, para proponer un juicio ejecutivo, se debe aparejar a la demanda el título en que se apoya (Art. 429 C.P.C.), es una solemnidad sustancial (Nº 1, Art. 356 C.P.C.); y, además, la obligación debe reunir las cualidades previstas en el Art. 425 del Código de Procedimiento Civil para la procedibilidad de esta acción.

22. La acción cautelar

Conocida también como medida precautelar, persigue una actividad de garantía, seguridad o preservación, dirigida ante los jueces o tribunales, para obtener anticipadamente la actuación del derecho objetivo o efectividad eventual del fallo o impedir daños o fraudes, y no frustrar en lo futuro la pretensión del actor. Las resoluciones que se adoptan no poseen carácter definitivo, sino provisional. Por ejemplo: el aseguramiento de bienes litigiosos (sobre los que se va a litigar o son materia de la controversia, para conservarlos o recuperarlos), el secuestro, la prohibición de enajenar, la retención, etc. (Arts. 432 y 912 ss C.P.C.).

CAPITULO IV

EL PROCESO

23. Concepto

En su acepción común, el vocablo "proceso" significa ir hacia adelante, conjunto de actuaciones, escritos, providencias en cualquier causa judicial, que se forma con todas las diligencias y solemnidades requeridas por la ley.

Desde el punto de vista del derecho procesal, en la doctrina, indistintamente se utiliza los vocablos "litigio", "juicio" o "procedimiento" como sinónimos de "proceso."

Francesco Carnelutti³¹, lo define como "la suma de actos, que se cumplen para la composición de la litis."

Eduardo J. Couture³² expresa que:

"en una primera acepción, el proceso judicial es una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión. Pero esos actos constituyen en si mismos una unidad. La simple secuencia, como se verá más adelante, no es proceso, sino procedimiento."

En esas definiciones introducen en la esencia del proceso la idea de litigio, lo que no es exacto, puesto que litigio significa contienda, disputa, pleito, altercación en juicio, lucha o controversia dentro de un proceso determinado; ya que, bien puede existir el proceso y no haber conflicto, sea

³¹ Francesco Carnelutti. "Sistema del Derecho Procesal Civil". Padova, Cedam. 1939. pág. 524.

³² Eduardo J. Couture. Obra citada. págs. 121122.

porque en la práctica el demandado no se presenta, no comparece o es imposible que aparezca.

Rocco³³, refiriéndose al proceso dice:

"es el conjunto de actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes necesarias para la declaración de certeza o la realización coactiva de los intereses tutelados por las normas jurídicas en caso de falta de certeza o de inobservancia de esas mismas normas."

En concepto de Hernando Devis Echandía³⁴,

"es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan mediante los funcionarios judiciales del Estado para lograr la acción de la ley en un caso concreto, con el fin de declarar o satisfacer coactivamente los derechos consagrados en ella."

En una nueva acepción, Couture³⁵, señala: "...como expediente o conjunto de documentos, el proceso es un objeto físico; ocupa un espacio en el mundo material; es una cosa."

Para Peñaherrera³⁶

"Proceso es el conjunto o agregado de los escritos o actuaciones de cualquier causa civil o criminal (hoy penal); libro o cuaderno en que consta el juicio o litigio. Agrega que, expediente, en nuestro lenguaje forense, es lo mismo que proceso: el conjunto de papeles o documentos concernientes a un asunto judicial."

José Ovalle Favela³⁷, con la opinión de Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, nos entrega una definición más técnica y completa, al afirmar que:

³³ Ugo Rocco. "Tratado de Derecho Procesal Civil". Tomo I. Editorial Temis, Bogotá. 1969. págs. 113114.

³⁴ Hernando Devis Echandía. "Tratado de Derecho Procesal Civil". Editorial Temis, Bogotá. 1961. Tomo I. pág. 129.

³⁵ Eduardo J. Couture. Obra citada. pág. 123.

³⁶ Víctor Manuel Peñaherrera. Obra citada. pág. 2.

³⁷ José Ovalle Favela. "Derecho Procesal Civil". Editorial Sagitario S. A. México. 1982. págs. 56.

"Todo proceso arranca de un presupuesto (litigio), se desenvuelve a lo largo de un recorrido (procedimiento) y persigue alcanzar una meta (sentencia), de la que cabe derive un complemento" (ejecución).

Agrega que, *"Si el proceso es un instrumento estatal para solucionar conflictos, es lógico que todo proceso tenga como antecedente y contenido un litigio. De igual forma, todo proceso se desenvuelve a través de una serie de actos y hechos procesales, los cuales tienen que realizarse formalmente en el espacio y en el tiempo, lo que constituye el procedimiento, cuyo objetivo es llegar a una resolución que ponga fin al conflicto surgido entre las partes, la misma que debe ser cumplida por quien sea obligado a ello, y de no hacerlo voluntariamente será coaccionado. De este modo, litigio, procedimiento, sentencia y, eventualmente, ejecución, se manifiestan en todo tipo de proceso."*

"Tomando en cuenta el carácter contradictorio de las pretensiones litigiosas impone al proceso una estructura dialéctica, en la cual las aspiraciones de la parte actora constituye la tesis; la excepción a la demanda o los medios de defensa empleados por el demandado, la antítesis, y la sentencia del juzgador, viene a ser la síntesis".

En definitiva, podemos afirmar que, todas las definiciones acerca del proceso judicial, reconocen que es el conjunto de actos y actuaciones contenidos en un instrumento jurídico, con intervención del órgano jurisdiccional competente, formado con todas las diligencias y tramitado con sujeción a las solemnidades legales, hasta llegar al estado de resolver.

Advertimos que en la práctica el conflicto se puede resolver voluntariamente mediante el allanamiento, desistimiento, transacción, abandono; que puede suceder en cualquier estado del trámite o sustanciación, en esos casos, el proceso no alcanza su perfeccionamiento, ya no se llegaría a la sentencia o resolución de los jueces que es la meta del proceso civil.

⁸⁸ Eduardo J. Correa. Obra citada, págs. 130-131.

⁸⁹ Jorge Zavala Saquerizo. "El Proceso Penal". Cuarta Edición. EDUQ 1999, pág. 15.

⁹⁰ Eduardo J. Correa. Obra citada, págs. 134 y ss.

24. Naturaleza Jurídica del Proceso

Existen muchas teorías o doctrinas, dentro del campo civil, que tratan de explicar la naturaleza jurídica del proceso.

Prescindiendo del análisis pormenorizado de las diferentes posiciones o teorías doctrinarias, mencionaremos las más sobresalientes.

25. El proceso como contrato

Eduardo J. Couture³⁸, se refiere a la escuela contractualista, que considera al proceso como un contrato, esto es, la relación que liga al actor y al demandado, que se sigue llamando, aunque nada tenga ya de tal, *litis contestatio*, es de orden contractual, y ambos se encuentran vinculados con el mismo lazo que une a los contratantes; aunque para dicho autor, esta teoría "ha perdido en el derecho moderno toda significación."

Recordemos lo expresado al tratar de la acción, que ésta presupone la violación del derecho, que existen obstáculos o resistencias, por lo que, un litigante -el actor- debe dirigirse al juez para que declare o haga efectivo el derecho violado, conminando a su adversario a comparecer ante el juez para deducir sus excepciones (Nº 3, Art. 101 C.P.C.) y exigir su cumplimiento, acto que no constituye una declaración de voluntad, puesto que no se concibe que la actividad judicial sea el resultado de un acuerdo de las partes, para pugnar o litigar.

26. El proceso como cuasicontrato

Los propugnadores de esta teoría, advierten que la *litis contestatio* era un acto bilateral en su forma y un hecho generador de obligaciones, pero que el consentimiento de las partes, en especial el del demandado, no era enteramente libre, y que ello importaba un cuasicontrato. Lo admirable es que se llega a esta conclusión por descarte, considerando que la *litis contestatio* no era un contrato, por no existir una verdadera libertad de voluntades.

³⁸ Eduardo J. Couture. Obra citada. págs. 124 y ss.

Couture³⁹ y Zavala⁴⁰ no admiten esta tesis, sostienen que la ley es la primera y básica fuente de las obligaciones, la misma que debería haber creado el cuasicontrato procesal como lo ha hecho con los otros cuasicontratos, como son: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido, la comunidad (Art. 2212 C.C.) y el depósito necesario de que se hace cargo un adulto que no tiene la libre administración de sus bienes, pero que está en su sana razón (Art. 2170 C.C.).

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, respecto del contrato y cuasicontrato, señala lo siguiente:⁴¹

"SEXTA. El cuasicontrato de comunidad se rige fundamentalmente por el ministerio de la ley y los principios de equidad natural; al contrario de lo que sucede en los contratos en que impera el principio de autonomía de voluntad de las partes y la ley tiene únicamente aplicación supletoria. Claro Solar, en su obra "Derecho Civil Chileno" que en esta institución jurídica es igual al ecuatoriano da una clara explicación sobre el sentido y alcance de los cuasicontratos: "Han sostenido algunos que el cuasicontrato produce obligación en virtud de que en él se forma también una convención, sino expresa o al menos tácita. Vinnius, rechazando esta doctrina, dice que si hubiera consentimiento tácito de los interesados, habría contrato, pues, jurídicamente no hay diferencia entre que se declare el consentimiento tácitamente o por medio de algún hecho o por palabra y expresamente; ya que la convención tácita es una convención no menos verdadera y no menos eficaz para producir la acción de contrato que la que se declara de palabra; y por eso en todos los contratos se considera por expreso aquello en que tácitamente convinieran los contratantes". "No hay pues en el cuasicontrato consentimiento tácito, ni consentimiento ficto o presumido. Precisamente como lo enseña con claridad Pothier, la diferencia fundamental que existe entre el cuasicontrato y el

³⁹ Eduardo J. Couture. Obra citada. págs. 130131.

⁴⁰ Jorge Zavala Baquerizo. "El Proceso Penal". Cuarta Edición. EDINO 1989. pág. 15.

⁴¹ Gaceta Judicial Serie XVI N° 12, pág. 3035.

contrato está en que en aquel la obligación nace sin que haya habido convención alguna entre las partes; y todas las personas, aun los niños y los dementes, que no son capaces de consentimiento, pueden, por el cuasicontrato que resulta del hecho de otra persona, ser obligados para con él o reciprocamente, porque no es el consentimiento el que forma estas obligaciones; la persona obligada no ha entendido serlo y aun ha ignorado tal vez el hecho a consecuencia del cual viene a quedar obligada. Las obligaciones que nacen de los cuasicontratos tienen en realidad como fundamento la equidad natural. Socialmente hablando el cuasicontrato reposa sobre esta idea, que en un interés de solidaridad, una persona puede obrar con respecto al patrimonio de otra y reclamar ciertos derechos, con la salvedad de asumir ciertas obligaciones. Una persona se hace acreedor sin el asentimiento del deudor, porque el interés social lo exige, ya que no sería equitativo que se beneficiara de otro sin responsabilidad alguna; y otras veces, si la obligación no naciera del hecho del acreedor, el deudor se enriquecería injustamente."

27. El proceso como relación jurídica

Es la doctrina que actualmente cuenta con el mayor número de seguidores o como afirman Zavala y Couture, "es la doctrina dominante que concibe al proceso como una relación jurídica."

Nuestro ordenamiento jurídico impone al juez y a las partes obligaciones que tienen que cumplir y, a la vez, otorga derechos que se hacen efectivos dentro del proceso. El ejercicio de esos derechos y obligaciones establece el nexo o ligamen o vínculo entre las partes con los órganos de la jurisdicción y también a las partes entre sí.

Para mejor comprensión de esta materia, es preciso tomar en cuenta la definición del proceso civil que da Chiovenda⁴²:

⁴² José Chiovenda. "Principios de Derecho Procesal Civil". Tomo I. pág. 100.

"Conjunto de los actos dirigidos al fin de la actuación de la ley (respecto de un bien que se pretende garantizado por ésta en el caso concreto) mediante los órganos de la jurisdicción ordinaria."

Juan Isaac Lovato⁴³ ilustra ejemplificando que:

"establecida una relación jurídica concreta (por la celebración de compraventa de un inmueble, pongamos por caso) surge un conflicto de intereses entre los contratantes: el vendedor no entrega la cosa vendida; y el comprador la reclama ante el juez; es decir, ejercita una acción para obtener una sentencia judicial que condene al vendedor a la entrega de la cosa, esto es, que se haga actuar a la Ley para la consecución del bien garantizado por ella, o sea, para que el juez aplique la disposición legal contenida en el Código Civil (Art. 1793) que obliga al vendedor a la entrega o tradición de la cosa vendida."

Agrega que, *"De este modo, el proceso civil resulta integrado por una serie de actos que tienden a la actuación de la ley por medio del juez; y de aquí arranca el derecho de los sujetos de esta relación jurídica concreta, material (comprador y vendedor) para obligarse y obligar al juez a que, mediante determinados actos de uno y otro, conozca de las aspiraciones, opuestas o no, de esos sujetos, y trueque en un bien tangible lo que, pendiente la litis, puede no ser sino una expectativa. La relación con fuerza vinculatoria que esta situación crea se denomina relación jurídico-procesal."*

Así, pues, esta relación se establece entre el juez, de un lado, y, las partes en la litis (actor y demandado) de otro; y, entre las partes y el juez. Esta relación es autónoma, es decir, no depende, prescinde del resultado final del proceso; aunque constituida de una serie de actos complejos, es una relación única; y es pública, porque regula una actividad del Estado, la jurisdicción.

⁴³ Juan Isaac Lovato. Obra citada. Segunda Edición. Tomo I. 1976. págs. 5455.

La relación jurídico-procesal nace del ejercicio de una acción, y requiere el cumplimiento de los llamados presupuestos procesales; y que se desenvuelve mediante una serie de actos del juez y de las partes.

Este desenvolvimiento se realiza en el tiempo y en el espacio; puede transformarse e interrumpirse; y se extingue, normalmente por la sentencia, o anormalmente por el allanamiento (excepto el divorcio por causales Art. 121 C.C.) el desistimiento, la transacción, el abandono, etc.

PRESUPUESTOS PROCESALES

Se afirma que la teoría de los presupuestos procesales tiene su origen en 1868 y fue expuesta por Von Bülow, quien, en su obra hace la distinción entre excepción y presupuestos procesales.

Doctrinariamente existen diferentes nociones sobre los llamados presupuestos procesales, algunos tratadistas critican a Bülow, generando serias confusiones, porque los consideraba como los supuestos de hecho o de derecho sin los cuales el proceso no tiene existencia jurídica ni validez formal y que al juez no le permitía pronunciarse sobre el fondo del asunto, es decir, sobre el derecho sustancial invocado por las partes; que no son supuestos sino "requisitos previos a la sentencia de fondo, determinando cuáles son los requisitos para la existencia misma del proceso y no para la de la sentencia."⁴⁴

Para Marco Monroy Cabra⁴⁵ son "condiciones que se requieren que la relación jurídico-procesal nazca, se desenvuelva y culmine con una sentencia de mérito", esto es, una pronunciación sobre el fondo del asunto principal del juicio.

⁴⁴ Roland Arazí, "Elementos de Derecho Procesal Civil". Editorial Astrea. Buenos Aires Argentina, 1988. págs. 9697.

⁴⁵ Marco Gerardo Monroy Cabra, "Derecho Procesal Civil". Parte General. Cuarta Edición. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín Colombia. 1996. pág. 287.

Couture⁴⁶, dice:

"Son presupuestos procesales aquellas circunstancias sin las cuales el proceso carece de existencia jurídica o de validez formal, lo menos que se puede deducir es que un proceso nulo por vicio de forma cabe dentro de esta definición"; agrega que: "el juez que al dictar su fallo, halle en sí un proceso nulo, que no ha sido objeto de convalidación por la parte a quien el vicio perjudica, queda relevado de dictar sentencia sobre el mérito, en razón de adolecer la causa de un vicio que impide, por ausencia del presupuesto procesal de validez de los actos del proceso, examinar el derecho en discusión."

Chioyenda⁴⁷ señala:

"como las condiciones precisas para conseguir un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable sobre la demanda, a través del órgano jurisdiccional competente; que ambas partes sean capaces de hacerlo y para actuar en el proceso."

El uso de los vocablos "presupuesto", "requisito" y "condición" genera confusiones, ya que por presupuesto se entiende a toda circunstancia anterior; el requisito, a toda circunstancia concomitante; y, la condición, a toda circunstancia posterior, del proceso, del ejercicio de la acción o del acto procesal.

En suma, todo proceso debe ser iniciado, desarrollado y perfeccionado cumpliendo con las exigencias establecidas por la ley, a fin de lograr la eficacia jurídica, puesto que la omisión de uno de los presupuestos no surtirá efectos jurídicos y el juez se limitará en dictar una resolución en la que declare esa circunstancia, quedando relevado de pronunciarse sobre lo principal del juicio.

⁴⁶ Eduardo J. Couture. Obra citada. pág. 107

⁴⁷ Giuseppe Chioyenda. "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Tomo I. Traducción de E. Gómez Orbaneja. Madrid. Revista de Derecho Privado. pág. 196.

28. Presupuestos procesales de la acción

La doctrina dominante señala como presupuestos procesales de la acción, a los supuestos previos al juicio, sin los cuales no puede pensarse en él, como son: a). La demanda; b). el juez competente; y, c). las partes procesales; además, en ciertos casos, los presupuestos procesales especiales.

Sin embargo, es de advertir que esos presupuestos procesales son relativos a la acción y la doctrina señala un conjunto de presupuestos procesales, como los presupuestos de validez procesal, que se refieren a la existencia jurídica y validez formal del proceso, lo que constituyen las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias previstas en el Art. 355 del C.P.C.

29. A). La demanda

Como tendremos la oportunidad de analizarla más adelante, es el acto de iniciación del proceso por el cual se ejercita la acción, la misma que debe ser clara y reunir las prescripciones consignadas en la ley (Art. 71 C.P.C.), iniciación que no puede realizarse si no están presentes esos requisitos con mira a la eficacia jurídica.

El Art. 73 del Código de Procedimiento Civil impone al juez la obligación de "examinar" si la demanda reúne los requisitos legales. De esta manera, la ley consagra, como presupuesto procesal "una demanda válida" para la prosecución del trámite.

La Corte Suprema de Justicia tiene establecido lo siguiente:

"TERCERO...Aceptada la demanda no cabe formular ninguna excepción que diga relación a su forma, puesto que el juez tiene como ordenar su ampliación y aclaración ;..."⁴⁸

Cuando la demanda no es clara o no reúne los requisitos legales, el precepto antes invocado (inc. 2º Art. 73 C.P.C.) obliga al juez a que ordene "que el actor la complete o aclare en el término de tres días; y si no lo hiciere,

⁴⁸ Gaceta Judicial. Serie XIV N° 3. pag. 655.

se abstendrá de tramitarla..."; supongamos que el juez incumple esa obligación u omite realizar el examen de la demanda, y ésta no es clara o no reúne los requisitos que la ley determina, y continúa la sustanciación de la causa, habría afectado a la eficacia jurídica de ese presupuesto procesal, ocasionando la nulidad de todo lo actuado.

Al respecto, la Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio verbal sumario, por indemnizaciones de trabajo, establece que:

"SEXTA. Cuando el legislador manda que el Juez se abstenga de dar trámite a la acción si el petitorio inicial adolece de obscuridad, como acontece en la especie, implícitamente prohíbe al juez el ejercicio de su jurisdicción, y su competencia queda impedida de proseguir en tanto juez y actor no cumplan con sus respectivos deberes; el primero, ordenando tal aclaración, y el segundo, acatándola. OCTAVA. Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor (Art. 9 C.C.) y los jueces no pueden reconocer como válidos los actos que la ley ordena sean nulos (Art. 10 C.C.). Si la ley manda que el juez se abstenga de tramitar una demanda absolutamente obscura (Art. 73 C.P.C.), como es el caso, era deber irremisible de dicho juez ordenar que se aclare a efecto de entenderla con las máximas precisiones posibles en todos y cada uno de sus reclamos; si, con prescindencia de la observancia de este mandato, actuó el juez, es evidente que procedió sin competencia, anulando el proceso, en perjuicio del trabajador, produciéndose así la invalidez de todo lo actuado en ambas instancias, pues concurre la omisión de la segunda de las solemnidades comunes a todos los juicios e instancias, puntualizadas en el Art. 374 (hoy, Art. 355) del Código de Procedimiento Civil, siendo imperativo para que jueces y tribunales ordenar la nulidad de oficio, como lo prescribe el Art. 377 (hoy, Art. 358) de la misma ley, aún cuando las partes no aleguen la ineficacia del proceso. Por lo expuesto, habiéndose desconocido por parte del juez una de las reglas esenciales del debido proceso, se declara la nulidad de todo el juicio al estado de disponer que el actor redacte con la mayor claridad y precisión posibles su demanda, fijando la cuantía de cada uno de sus reclamos en los rubros que, a su juicio, se hallan

insolutos, como lo dispone el Art. 593 reformado del Código del Trabajo (hoy, Art. 623), debiendo tenerse en cuenta que la declaración que se contiene en esta providencia interrumpe la prescripción de los derechos del trabajador al tenor de lo preceptuado en el Art. 584 del mismo cuerpo legal (actualmente, Art. 605)"⁴⁹

30. B). El Juez Competente

Recordemos que la jurisdicción es la facultad de administrar justicia que el Estado delega a los juzgados y tribunales dentro de la medida señalada por la ley, esto es, en razón del territorio, de las cosas (materia), de las personas y de los grados; y esos límites de la facultad constituye la competencia (Art. 1 C.P.C.).

Eduardo J. Couture⁵⁰ dice:

"La competencia es una medida de jurisdicción. Todos los jueces tienen jurisdicción; pero no todos tienen competencia para conocer en un determinado asunto. Un juez competente es, al mismo tiempo, juez con jurisdicción. La competencia es el fragmento de jurisdicción atribuido a un juez."

Para Peñaherrera⁵¹, competencia es:

"la facultad que tiene el juez para administrar justicia dentro de los límites de su jurisdicción."

El Art. 20 del Código de Procedimiento Civil preceptúa que:

"Principia el ejercicio de la jurisdicción legal y de la convencional, desde que los jueces toman posesión de su empleo o cargo y entran al desempeño efectivo del mismo."

⁴⁹ Gaceta Judicial Serie XIV N° 6, págs. 14221423

⁵⁰ Eduardo J. Couture. Obra citada, pág. 29.

⁵¹ Víctor Manuel Peñaherrera. Obra citada, pág. 90.

Explicando lo anterior diremos que todos los jueces, aunque estén investidos de jurisdicción, no pueden conocer de todos los asuntos sometidos a su conocimiento, sino que deben actuar exclusivamente en la medida en que se les ha distribuido esa potestad pública de administrar justicia, esto es, dentro de la circunscripción territorial, las cosas o materia que les corresponde (civil, penal, laboral, inquilinato, tránsito), de acuerdo con el grado a que pertenecen (instancias jerárquicas) y las personas que a ellos están sometidas (por los fueros de Corte Superior o de Corte Suprema).

Por tanto, para proponer una demanda, es presupuesto procesal la existencia del órgano jurisdiccional competente; si éste no existe o se excede en sus atribuciones, no puede haber el proceso o causaría la nulidad, por tratarse de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias (Ns° 1 y 2 Art. 355 C.P.C.) y su omisión, especialmente la falta de jurisdicción, no puede subsanarse (Art. 358 C.P.C.), en cambio que la incompetencia de un juez puede convalidarse mediante la prorrogación de la jurisdicción (inc. 5° Art. 3, Art. 5 y ss. C.P.C.).

La Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia⁵², en el juicio ordinario, por nulidad de sentencia, establece lo siguiente:

"QUINTO. La prorrogación puede ser legal o voluntaria y ésta, expresa o tácita. La primera se verifica cuando las personas sujetas a los jueces de una sección territorial determinada, tienen que someterse a los jueces de la sección más inmediata, por falta o impedimento de aquellos. La voluntaria expresa, se verifica cuando una persona que no está, por razón de su domicilio, sometida a la competencia del juez, se somete a ella expresamente, bien al contestar la demanda, bien por haberse convenido en el contrato. La voluntaria tácita tiene lugar "por comparecer en la instancia sin declinar la competencia o porque antes no ha ocurrido el demandado a su juez para que la entable Arts. 7, 8, 11 y 12; **SEXTO.** Si a un juez se le ha prorrogado la competencia, éste no puede eximirse del conocimiento de la causa, una vez que excluye a cualquier otro

⁵² Gaceta Judicial. Serie XIV N° 4, págs. 928930.

Art. 14; SEPTIMO. Es verdad que la sentencia ejecutoriada es nula "por falta de jurisdicción o por incompetencia del juez que la dictó" Art. 320 N° 1° (actualmente, Art. 303 C.P.C.), mas, en el caso en estudio, al no haberse alegado la incompetencia del juez que conoció el juicio principal y tampoco haberse acudido al propio juez para que entable la competencia, ésta le fue prorrogada tácitamente; y, en consecuencia, la demanda de nulidad es improcedente. El Dr. Víctor Manuel Peñaherrera discurre sobre el tema, en sus "LECCIONES DE DERECHO PRACTICO CIVIL Y PENAL", clara y largamente, para llegar a la conclusión anotada. Así, expresa: "EL TERRITORIO. Es imposible que un juez o funcionario cualquiera pueda despachar todos los asuntos que ocurran en la nación. Por pequeña que ésta sea, la división de su territorio es indispensable para la organización de los Poderes y el ejercicio de las funciones públicas; y, dividido el territorio, cada funcionario local debe ejercer sus atribuciones únicamente dentro de su respectiva jurisdicción y en ella han de ventilarse los asuntos inherentes a la misma. Aplicando este principio al Poder (Función) Judicial, constituye la distribución de la jurisdicción por el territorio; produce dos consecuencias: 1a. que ningún juez puede ejercer jurisdicción fuera de su territorio; 2a. que cada cuestión judicial se ha de ventilar en el juzgado territorial a que corresponda. La primera, relacionada intimamente con la organización de los poderes públicos, no puede ser alterada por la voluntad de las partes, ni está sujeta de ningún modo al consentimiento de ellas. La segunda, encaminada, en lo civil, al objeto de facilitar a los individuos el acceso a los Tribunales y el ejercicio de los medios de defensa, es de orden privado y puede ser objeto de transacciones o renunciaciones; pues, ningún interés social exige que una cuestión civil se ventile en un lugar y no en otro; y aquello atañe exclusivamente al interés de las partes."

Cuando el juez es incompetente, en ciertos supuestos, puede declinar la competencia y remitir el proceso al que sea competente para que sustancie y resuelva sobre lo principal, de no ser así, el interesado puede acudir a su juez propio para que la entable (Art. 26 C.P.C.). Dentro del concepto de juez

competente se debe tomar en cuenta que no existan causales que lo obliguen a excusarse o permitan a las partes recusarlo (Art. 871 C.P.C.).

31. La ley Procesal en el tiempo

La regla 20ª del Art. 7 del Código Civil, que trata sobre los efectos de la ley, preceptúa: "La Ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes:... 20ª Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente."

Sobre este tema, el Dr. Alfredo Pérez Guerrero⁵³, opina que la regla 20ª, se aplica no sólo a la "sustanciación y ritualidad" de los juicios, sino también a los jueces y tribunales ante quienes pueden ser propuestos. "Así, si una ley nueva cambia las atribuciones o jurisdicción de unos jueces, los litigios pendientes se sujetan a ella y dejan a los juzgados competentes de conformidad con la ley nueva. Las reformas de estos tiempos a la Ley Orgánica del Poder Judicial (hoy Función Judicial) y al Código de Enjuiciamiento (actualmente Procedimiento) Civil nos ofrece una multitud de ejemplos. Había jueces cantonales de mayor cuantía que conocían los litigios de valor mayor a los cien mil sucres. El 1º de marzo de 1.937 se suprimieron esos juzgados y se crearon los provinciales de mayor cuantía para conocer de esas causas. Vigente la Ley, desapareció la jurisdicción de los antiguos jueces, las causas pendientes en los juzgados cantonales de mayor cuantía fueron entregadas a los juzgados provinciales para que allí continuaran sustanciándose; ningún litigante habría podido invocar un derecho adquirido para que los antiguos jueces resuelvan sus cuestiones..."

Esta opinión es concordante con la del Dr. Luis Felipe Borja⁵⁴, quien expresa:

⁵³ Alfredo Pérez Guerrero. "Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano". Tercera Edición. pág. 198.

⁵⁴ Luis Felipe Borja. "Estudios sobre el Código Civil Chileno". Primera Edición. Tomo I. pág. 163.

"La competencia, como de derecho público, no depende sino del legislador: las partes deducen las respectivas acciones ante el juez que la ley hubiere determinado, y prescindiendo absolutamente de la que regía en la ejecución del acto o celebración del contrato origen de la controversia. Expedida la nueva ley sobre la competencia del juez, si estuvieren sustanciándose procesos, pueden ocurrir dos casos: 1º. La Ley suprime la judicatura que conocía la litis; y, 2º. La Ley modifica su competencia; de suerte que si bien el juez era competente cuando se dedujo la acción, deja de serlo en virtud de la ley posterior... Si la ley posterior se limita a modificar la competencia, privando al juez de la atribución de conocer en la causa, la competencia suscita dificultades; porque los jurisconsultos y los jueces, guiados por una ley romana, opinan que una vez propuesta la demanda ante el tribunal competente, hay un derecho adquirido para continuar el juicio ante el mismo juez... Cuando el actor propone una demanda ante el juez competente, ejerce las aptitudes conferidas por la Ley; pero... las diligencias que las partes practican, los decretos y autos no confieren derechos adquiridos sino en cuanto conducen a estos a la decisión final; tales derechos subsisten aunque el juez pierda la competencia; pero de ahí no se sigue que las partes tengan derecho adquirido a que el mismo juez expida el fallo definitivo. La jurisdicción del juez emana, no de las partes, sino de la soberanía, y éstas pueden prorrogar la jurisdicción sólo cuando la competencia se refiere a las personas, mas no a la materia controvertida. Si, por ejemplo, a virtud de la Ley Orgánica del Poder Judicial una Corte de Apelaciones conoce así en las causas civiles como en las mercantiles, y una ley posterior, que crea otro tribunal para lo mercantil, declara que el primero no tiene competencia sino para las civiles, cómo desconocer que, tratándose de las otras, el antiguo tribunal ya no ejerce jurisdicción?. En todos estos casos hay un contraste entre dos instituciones: ambas no pueden subsistir a un mismo tiempo, y tan luego como principia a regir la ley nueva, sólo ella debe surtir efecto."

De idéntico criterio participa el tratadista Hernando Devis Echandía⁵⁵, que corrobora lo que dejamos expuesto:

⁵⁵ Hernando Devis Echandía. "Compendio de Derecho Procesal. Décima Edición. Tomo I. págs 68 y 136.

"La nueva ley que modifique la jurisdicción o la competencia se aplica a los procesos en curso, a menos que la misma ley disponga otra cosa"; y, que el principio de la "perpetuatio jurisdictionis" por el cual la competencia se adquiere para todo el curso del proceso sin que se altere por causas supervenientes, "no existe frente a las nuevas leyes procesales, y solo se aplica para las circunstancias de hecho que determinan la competencia, en relación con estos factores: valor, territorio o domicilio y calidad de las partes. Si la nueva ley cambia la competencia o rama jurisdiccional, que debe conocer el proceso, tiene aplicación a los procesos en curso."

En resumen, las normas que cambian la competencia de un juez tienen aplicación inmediata, incluso para los procesos en curso.

32. C) Las partes procesales

Parte. Para Chioyenda⁵⁶, la noción de parte se deriva del concepto de relación procesal, y es la que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de la ley, y aquel frente al cual ésta es demandada.

Calamandrei⁵⁷, dice:

"parte es la persona que pide la providencia (el actor en el proceso de cognición; el acreedor en el proceso de ejecución) y aquella frente a la cual la providencia se pide (demandado en el proceso de cognición; deudor en el proceso de ejecución). Admite que las partes pueden ser más de dos, en cuyo caso existe litisconsorcio; y que los actos procesales pueden ser realizados por terceros."

La presencia de las partes en el proceso son circunstancias necesarias previas a la constitución de la relación jurídica, y del contexto del Art. 71 del

⁵⁶ Giuseppe Chioyenda. "Principios de Derecho Procesal Civil". Tomo I. Traducción de José Casáis y Santaló. Edit. Reus. pág. 283.

⁵⁷ Piero Calamandrei. "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. EJEA. 1962. pág. 320.

Código de Procedimiento Civil, son: actor, el que formula la demanda o solicita la tutela jurídica; y, demandado, aquel contra quien se la propone o intenta (Art. 33 C.P.C.). No se requiere que las partes sean necesariamente los sujetos del derecho o de la obligación controvertida, pueden comparecer por si mismas o por medio de otras que les representen.

La parte actora o la parte demandada o ambas pueden estar formadas por una sola persona o por varias personas.

La Cuarta Sala de la Corte Suprema ⁵⁸, establece que los sujetos procesales deben ser determinados o bien definidos y que entre ellos exista vínculo jurídico:

"TERCERO. Los elementos de la relación obligacional, según la doctrina generalmente aceptada son: los sujetos, el objeto y el vínculo jurídico. Los sujetos que integran la relación jurídica deben estar bien determinados, puesto que, si una obligación no pudiese establecer o fijar el sujeto activo o el pasivo, ni siquiera en el momento de cumplir la prestación, el ordenamiento legal restaría validez a la obligación, es la prestación con un determinado contenido, sea este un derecho, una cosa o un hecho; y por último, el vínculo jurídico que articula los elementos anteriores y que hace precisamente al acreedor y al deudor, ubicarse en situación de reclamar el uno ante el otro, el cumplimiento de la prestación prometida. En la especie, es menester especificar el hecho jurídico que se debe considerar como la génesis de la obligación, llegando de manera inequívoca a establecer que, es el mandato especial remunerado, incitó en el documento que obra a fojas 45 de los autos. Agregando que en esta relación jurídica, los sujetos están bien definidos y son: el mandante y el mandatario; el objeto, es el encargo de ofrecer en venta el bien inmueble de la referencia; y el vínculo jurídico es el mandato especial."

En la relación jurídica procesal, es indispensable la presencia del actor, caso contrario, no existiría demanda, misma que constituye el acto de

⁵⁸ Gaceta Judicial Serie XIV N° 13, pág. 3.038.

iniciación del proceso civil; igualmente, es presupuesto necesario de esa relación el demandado, sin el cual tampoco se concibe la iniciación del proceso. Si el ejercicio de una acción presupone, a más de la existencia de un derecho, la lesión del mismo, esto es, la negación o resistencia por parte de aquel contra quien se ejercita; resulta obvio que se debe contar con el demandado, persona que, dentro del proceso, debe enfrentarse con la pretensión (objetivo perseguido) del sujeto activo o demandante, y si de hecho se omite al demandado o se incumple con la exigencia prevista en el ordinal segundo del Art. 71 del Código de Procedimiento Civil, la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas resoluciones, que constituye la jurisprudencia, sobre la falta del demandado, ha rechazado las demandas por ser contrarias a lo que la ley determina o por ser improcedentes.

La Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia⁵⁹, tiene resuelto lo siguiente:

"TERCERO....el actor reconvenido en este juicio, es sólo uno de los dos compradores intervinientes en la misma, y al no haberse contado con el otro como parte procesal, es ineficaz pronunciamiento alguno en su contra, en un proceso en el que no ha hecho uso legítimo de su oposición. CUARTO. Al no existir uno de los presupuestos de la acción de dominio, la demanda aparece ineficaz e inepta y debe negarse la misma; y al no existir tal presupuesto se ha obstado la posibilidad de identificar inequívocamente lo reivindicable."

La prenombrada Sala de la Corte Suprema de Justicia en otra resolución, establece que:

"PRIMERO. Las demandas de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio carecen de demandado; incumpliendo así uno de los requisitos que exige el Art. 71 del Código de Procedimiento Civil (Nº 2) y los que la doctrina, recogida por el Dr. Juan I. Lovato, en el Tomo IV de su Programa Analítico, denomina PRESUPUESTOS PROCESALES, sin los cuales no existe juicio. Por tanto, dichas demandas aunque propiamente no

⁵⁹ Gaceta Judicial Serie XIV N° 14. pág. 3177.

pueden llamarse tales son inadmisibles, por contrarias a derecho...por lo que se rechazan las dos demandas." ⁶⁰

La Sala Especializada de lo Civil y Comercial de la Corte Suprema ⁶¹, señala lo siguiente:

"QUINTO: Revisados los autos se establece: a). Que se ha violado el N° 2 del Art. 71 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto no hay demandado legítimo, pues se incoa la acción contra "presuntos propietarios", es decir no hay legítimo contradictor, pues asegura la demandante que desconoce los nombres de las personas interesadas en la causa que ella inicia. El juzgador no tiene para que intervenir, puesto que no hay parte contraria que lo obligue a decidir sobre tal o cual derecho. b). La citación por la prensa procede cuando se desconozca el domicilio del demandado y la individualización no significa otra cosa que no dar con el domicilio del demandado, no como pretende la actora ajustar al hecho de desconocer "los interesados en esta causa...mas, la acción se dirige contra "posibles interesados"...Si la actora se cree poseedora y nadie le ha estorbado su derecho, no le da lugar a entablar acción de prescripción extraordinaria de dominio contra "posibles interesados", pues no existe derecho alguno vulnerado y el juez debió rechazar de plano la demanda sin dejar que prospere por improcedente,...."

⁶⁰ Juicio ordinario por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. Gaceta Judicial. Serie XV. N° 4. pag. 902.

⁶¹ Expediente N° 66495. R. O. 913, de 27 de marzo de 1996.

Juan Larrea Holguín⁶², dice:

"Parte en un juicio es el sujeto de la relación procesal y pueden serlo: el actor, el demandado y el tercero perjudicado, principalmente."

El juez y las partes son principales o esenciales, porque sin ellas no cabe ni concebirse juicio alguno, sin embargo, intervienen otras personas, como: abogados defensores, procuradores, testigos, peritos, intérpretes, secretarios, alguaciles, defensores públicos, fiscales, liquidadores de costas y depositarios judiciales son accesorias o auxiliares, porque sirven para complementar y perfeccionar el mecanismo judicial y facilitar la realización del objeto que éste se propone en la sociedad.

TERCERO

En el sentido procesal, es la persona que no interviene en el juicio, ni por sí misma ni representada por otra, es decir, en sentido contrapuesto al concepto de parte, por eso se dice que los fallos judiciales, lo mismo que la transacción y todos los contratos, surten efecto respecto de las partes, pero no aprovechan ni perjudican a terceros (Arts. 290 y 170 C.P.C. y Arts. 1744, 1751, 1843 C.C.) En este caso, tercero equivale a extraño.

Pero, si planteado ya el juicio, comparece en él otra persona, alegando derechos sobre la cosa litigiosa, o coadyuvando a la demanda o reclamando contra las pretensiones de las partes (Art. 508 C.P.C.) o las providencias del juez, esa persona, que no es esencial en el juicio, que se presenta cuando éste está ya trabado o pendiente entre otras, se denomina en el lenguaje jurídico tercer opositor (Art. 501 C.P.C.), tercerista o simplemente tercero. En este caso la palabra se toma como numeral.

El Art. 502 del Código de Procedimiento Civil, dispone que:

"En cualquier juicio puede ser oído un tercero a quien las providencias judiciales causen perjuicio directo."

⁶² Juan Larrea Holguín. "Repertorio de Jurisprudencia". Segunda Edición. 1977. Tomo II. pág. 691.

"Art. 505. En la primera instancia del juicio ordinario, antes de sentencia, podrá un tercero alegar derecho preferente o coadyuvante sobre la materia del juicio."

El tercero, que así viene a figurar accidentalmente en el juicio, es también parte, desde que es admitido en el juicio y espera una resolución judicial; y se llama tercero o tercerista sólo porque no es el actor ni el demandado, sino una persona diversa de los primitivos litigantes, o sea de las partes esenciales entre las que se trabó o debía trabarse la litis.

33. Presupuestos concernientes a las partes

Los sujetos de la relación procesal deben tener: a). capacidad; y, b). ser parte legítima.

34. A). La capacidad

En base al principio general, que rige la materia de la capacidad jurídica, podemos decir que toda persona es legalmente capaz de comparecer en juicio, excepto aquellas a quienes la ley ha declarado incapaces.

La capacidad, al igual que en el derecho civil, es la regla; la incapacidad, la excepción (Arts. 1489, 1761); el Art. 34 del Código de Procedimiento Civil, así lo expresa, que no pueden comparecer en juicio como actores ni como demandados: los menores de edad, los que se hallan bajo tutela o curaduría y las personas jurídicas, a no ser que lo hagan por medio de su representante legal.

Jaime Guasp⁶³, enseña:

"la capacidad procesal es la aptitud jurídica para ser titular de los derechos o de las obligaciones de carácter procesal que se refieren a las partes. El goce de esa capacidad hace de una persona sujeto del proceso. Mas, lo que se exige es la capacidad de ejercicio,.. Los que

⁶³ Jaime Guasp. Citado por Alfonso Troya Cevallos. "Elementos de Derecho Procesal Civil". Tomo I. Ediciones Universidad Católica. Quito. 1976. pág. 121.

tienen sólo capacidad de goce pueden ser partes, pero deben comparecer representados, para la validez del acto procesal";

Dicho en otras palabras, la capacidad es ser titular de derechos procesales, ya a nombre propio o representando a otro, es someterse a las cargas del proceso y asumir las responsabilidades derivadas del mismo.

Los procesalistas restringen el concepto, para Carnelutti ⁶⁴, se está ante "la idoneidad de la persona para actuar en juicio, inferida de sus cualidades personales". Según Chiovenda ⁶⁵, "La facultad de realizar actos en nombre propio o por cuenta de otro."

Respecto del actor, o llamada capacidad activa, con los límites expresados en el Art. 34 del Código de Procedimiento Civil, al tratar de la edad, esta capacidad es amplísima, por cuanto cualquiera puede demandar a otro, con la advertencia de que el litigante temerario o de mala fe corre el riesgo de perder el litigio y ser condenado en costas (Arts. 287, 289 C.P.C. e inciso final del Art. 207 de la Constitución Política); en cuanto al demandado, o capacidad pasiva, también toda persona está expuesta a ser demandada, por no haber nadie a cubierto de una demanda absurda.

En consecuencia, toda persona tiene capacidad para ser parte, excepto los absolutamente incapaces (dementes, impúberes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito), los relativamente incapaces (menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes y las personas jurídicas) y los incursos en las incapacidades particulares (Art. 1490 C.C.).

35. Incapacidades particulares

Consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos, estos casos son varios y se encuentran dispersos en diferentes cuerpos legales, citemos algunos casos.

⁶⁴ Carnelutti. "Sistema de Derecho Procesal Civil". Tomo I.

⁶⁵ Chiovenda. "Principios de Derecho Procesal Civil". Tomo II. Vol. I, pág. 16.

Los cónyuges no pueden celebrar entre sí, otros contratos que los de mandato y capitulaciones matrimoniales, según el Art. 237 C.C., reformado por el Art. 51 de la Ley 43. R. O. N° 256, 18 de agosto de 1989; es nulo el contrato de venta entre cónyuges y entre padres e hijos, mientras éstos sean incapaces (Art. 1762 C.C.); por ser un contrato prohibido por la ley, hay objeto ilícito, (Art. 9 y 1509 C.C) y produce la nulidad absoluta (Art. 1725 C.C.).

Al tutor o curador no es lícito comprar bienes raíces del pupilo, o tomarlos en arriendo; y se extiende esta prohibición a su cónyuge, y a sus ascendientes o descendientes (inc. 2° Art. 455 y Art. 1765 C.C.).

El albacea, según el Art. 1338 del Código Civil, "...no podrá parecer a juicio en calidad de tal sino para defender la validez del testamento, o cuando le fuere necesario para llevar a ejecución las disposiciones testamentarias que le incumban; y en todo caso, lo hará con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente"; y, en cuanto a la compra o venta de las cosas que hayan de pasar por sus manos en virtud de su encargo, está sujeto a la aprobación expresa de los herederos (Arts. 1766 y 2075 C.C.).

El Art. 1764 del Código Civil, dice: "Al empleado público se prohíbe comprar los bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio; y a los jueces, abogados, procuradores o secretarios, los bienes en cuyo litigio han intervenido, y que se vendan a consecuencia del litigio; aunque la venta se haga en pública subasta."

36. B). Parte legítima

El principio de legitimación para intervenir en el juicio establece que sólo quien tiene interés inmediato y directo en el asunto materia del juicio ha de poder intervenir en él.

Manuel de la Plaza⁶⁶, señala:

"este concepto de la capacidad para comparecer en juicio no se identifica con el de legitimación para obrar (legitimatio ad

⁶⁶ Cita de Juan I. Lovato. Obra citada. Tercer Tomo. Editorial Casa de la Cultura. 1958. pág. 10.

causam), que, como nota Chiovenda, es la condición para obtener una sentencia favorable, porque presupone la capacidad específica para hacer valer un derecho (**legitimación activa**) contra la persona que, precisamente, ha de ser sujeto pasivo del proceso (**legitimación pasiva**): distinción que, sin embargo, es piedra de toque para establecer, con recto criterio, la línea de separación entre las llamadas en nuestra técnica forense, unas veces, falta de personalidad y de acción, y otras, aunque menos exactamente, cuestiones de forma y fondo."

Guillermo Cabanellas⁶⁷, la legitimación procesal, la define como:

"La facultad de poder comparecer y actuar en juicio como demandante, demandado, tercero o representante de cualquiera de ellos. Carnelutti expresa que esta legitimación agrega a la capacidad procesal determinada posición para poder actuar en juicio adecuadamente."

JURISPRUDENCIA

La Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio ordinario por demarcación de linderos, señala:

"TERCERO. Es de elemental lógica que en esta clase de juicio sea el titular (dueño) del terreno que se quiere deslindar y los dueños de los colindantes, las personas legitimadas para intervenir como partes, en razón de su preeminente interés que es básico y fundamental. La acción, materia de este juicio, conocida en la doctrina como "Actio Finium Regundorum" está basada en el derecho que todo propietario tiene a deslindar su propiedad con citación de los dueños de los predios lindantes, de cuya concurrencia no puede prescindir, como así se desprende la disposición del Art. 707 (hoy 677) del Código de Procedimiento Civil...que se cite al "dueño" del terreno lindante y no a otra persona, cualquiera que fuese su calidad. Siendo así, es evidente

⁶⁷ Guillermo Cabanellas. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual". Tomo V 23a Edición. Editorial Heliasta. 1994. Legitimación procesal. pág. 124.

que la capacidad jurídica pasiva la tiene el dueño del predio lindante y la capacidad jurídica para ejercer esta acción la tiene el propietario del predio que ha de deslindarse. Sólo así la litis estará correctamente formada. Como sólo el dueño tiene la capacidad jurídica para intervenir sea como actor o como demandado, en el caso presente, tratándose del demandado, tal dueño lo es la persona jurídica denominada "Inmobiliaria M. Cía. Ltda." y no el señor A. M. A., quien no tiene la relación jurídica con la cosa que es objeto de este litigio, ni para disponer de ella ni para afectarlo... **QUINTO.** Habiéndose demandado a quien no es dueño y habiendo comparecido en todos los actos quien no lo es, la única excepción invocada en el considerando anterior (improcedencia de la demanda) no convalida la falta, por lo que esta Sala dejando a un lado la ilegitimidad de personería que no debe contemplarse por lo antes analizado se reduce a estimar como valedera la alegada improcedencia de la demandada." ⁶⁸

La Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio ejecutivo contra herederos, establece:

"TERCERO. Si bien es cierto que los herederos son continuadores de la persona del causante, ello no constituye una imposición invariable de aceptar el haber y el debe de la herencia; los herederos tienen la facultad de aceptar o repudiar la herencia libremente sin son capaces o con las formalidades de ley si no tuvieren la libre administración de bienes (Arts. 1270, 1286, 1480 del Código Civil)...No existiendo hecho jurídico que haga nacer la obligación de los herederos, no puede prosperar contra ellos la acción ejecutiva, no sólo basta que el título y la obligación sean ejecutivos (Arts. 423 y 425 C.P.C.), sino que es necesario que a quien se demande sea el titular pasivo de la obligación; al no existir prueba de que hayan aceptado la herencia y más bien la han repudiado, no son entonces los herederos sujetos pasivos de la obligación demandada." ⁶⁹

⁶⁸ Gaceta Judicial Serie XIV N° 13. págs. 2.907-2.908.

⁶⁹ Gaceta Judicial Serie XIV N° 14. págs. 3.156-3.157.

FORMAS DE COMPARECENCIA DE LAS PERSONAS CAPACES

37. a). Personalmente.

Pueden comparecer en juicio las personas capaces, como actor o demandado, cuando gozan de esta facultad, ya personalmente o por sí mismas.

38. b). Por medio de procurador judicial.

Cuando no quieren o no pueden hacerlo, deberán comparecer por medio de procurador o mandatario, ya que el mandato, según el Art. 2047 del Código Civil, "es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera"; y, los que tienen facultad para intervenir en juicio por otro son procuradores judiciales (Art. 40 C.P.C.), que deben ser "sólo" los abogados en el ejercicio libre de su profesión (Art. 44 C.P.C.), excepto en los casos determinados en el Art. 49 Ley de Federación de Abogados del Ecuador, entre ellos, la procuración proveniente del exterior.

El adverbio "sólo" que consta tanto en el Art. 44 del Código de Procedimiento Civil como en el Art. 49 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, significa "solamente", "únicamente", limita a los abogados el ejercicio de la procuración judicial, lo que conlleva una prohibición de tal ejercicio a las personas que no tienen dicho poder o que no sean abogados, por lo tanto, si esas personas invocan esa calidad -procurador judicial- realizan un acto prohibido por la ley, nulo y sin ningún valor, al tenor de lo que disponen los Arts. 9 y 1725 del Código Civil.

JURISPRUDENCIA

La Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio ordinario, por rescisión de contrato de promesa de venta, establece lo siguiente:

"CUARTO. Al haber comparecido el Dr. L. C.C., sin el poder requerido, no hay duda de que lo hizo en contravención de lo

prevenido en la Ley de Federación de Abogados, generando su irrita intervención por omisión de la solemnidad 3a. del Art. 374 (hoy 355) del Código de Procedimiento Civil que ha podido influir en la decisión de la causa (Art. 358 C.P.C.) omisión que, conforme lo expresa el ilustre maestro Dr. Víctor Manuel Peñaherrera en su obra "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", ...produce no sólo la nulidad del proceso, sino aún de la sentencia ejecutoriada", añadiendo: "Puede, por tanto, ser alegada en cualquier estado de la causa, y el juez puede tomarla en consideración, aún de oficio, siempre que esté en el caso de expedir auto o sentencia." ⁷⁰

La Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio ejecutivo (letra de cambio), señala lo siguiente:

"SEGUNDO. En la especie se observa que el Lcdo. A. L. P. S., acompañando una escritura pública se presenta en calidad de mandatario de la actora D. Cía. Ltda., y en tal calidad, a nombre de su representada deduce acción ejecutiva en contra de Ma. E. S. R., contrariando lo dispuesto en el Art. 49 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador que prescribe que sólo los abogados en ejercicio de su profesión podrán comparecer en juicio como procuradores judiciales, entendiéndose que por tales según definición del Código de Procedimiento Civil los mandatarios que tiene poder para comparecer en juicio por otro (Art. 40). No siendo abogado el Lcdo., A. P. S, es indudable que la compañía actora no se encuentra legalmente representada en este juicio y por lo tanto existe ilegitimidad de personería del Lcdo. A. P.S., la que ha sido alegada por la demandada al tiempo de deducir excepciones." ⁷¹

⁷⁰ Gaceta Judicial Serie XIV N° 5, pág. 1051.

⁷¹ Gaceta Judicial Serie XIV N° 15, pág. 3426.

39. c). El Agente Oficioso.

El Art. 2213 del Código Civil, estatuye que es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos; y, sus obligaciones son las mismas que las del mandatario (Art. 214 C.C.).

El Art. 371 del Código de Procedimiento Civil, prevé:

"El que gestionó en juicio sin tener poder ni representación legal y legítima después su personería, o presenta la aprobación de aquél por quien gestionó, ratifica por el mismo hecho sus actos anteriores."

De ello se extrae que, a nombre de una persona capaz de comparecer en juicio por sí misma, puede hacerlo una persona que ofrezca que sus actos serán aprobados o ratificados por aquél.

La ratificación es un acto jurídico unilateral, es decir, para que se genere basta la exclusiva voluntad del representado, porque los actos jurídicos unilaterales son aquellos que para generarse requieren la declaración de voluntad de una sola persona.

FORMAS DE COMPARECENCIA DE LAS PERSONAS INCAPACES:

Autorizadas o representadas. Ratificación.

40. I. EL MENOR DE EDAD.

El Art. 34 del C.P.C., dispone que:

"No pueden comparecer en juicio como actores ni como demandados:

1º. El menor de edad y cuantos se hallen bajo tutela o curaduría, a no ser que lo hagan por medio de su representante legal o para defender sus derechos provenientes de contratos

que hayan celebrado válidamente sin intervención de representante legal; y,

2º. Las personas jurídicas, a no ser por medio de su representante legal."

Por regla, el hijo de familia, el pupilo, que no sean absolutamente incapaces de comparecer en juicio por sí mismos deben hacerlo a través de su representante legal o debidamente autorizados por aquél u ofreciendo que sus actos serán ratificados por su representante legal, como así establece el Art. 370 del ya invocado cuerpo legal, que dice:

"El poderdante, el apoderado, el guardador y todo representante legal, pueden ratificar en cualquier instancia, aun cuando estuviere declarada la nulidad, siempre que la providencia que contenga tal declaración no estuviere ejecutoriada."

El absolutamente incapaz no puede comparecer sino por medio de su representante legal.

El Art. 28 del Código Civil, estatuye que:

"Son representantes legales de una persona, el padre o la madre, bajo cuya patria potestad vive; su tutor o curador; y lo son de las personas jurídicas, los designados en el Art. 589."

Los menores de edad que se hallen bajo patria potestad (300 C.C.) han de comparecer representados por el padre; a falta de éste, por la madre; y a falta de uno y otro, por su curador especial o por un curador ad-litem, como prevé el Art. 35 del Código de Procedimiento Civil.

El Art. 317 del Código Civil, sustituido por el Art. 74 de la Ley N° 43, publicada en el Registro Oficial suplemento N° 256, de 18 de agosto de 1989, dispone:

"El hijo de familia no puede comparecer en juicio, como actor contra un tercero, sino representado por el padre o la madre que ejerza la patria potestad."

Si el padre o la madre niegan su consentimiento al hijo para la acción civil que éste quiere intentar contra un tercero, o si están inhabilitados para prestarlo, podrá el juez suplirlo, y al hacerlo así dará al hijo un curador para la litis."

En cambio, si el hijo de familia es demandado, el Art. 318 del Código Civil, sustituido por el Art. 75 de la Ley N° 43, ya referida, dispone:

"En las acciones civiles contra el hijo de familia deberá el actor dirigirse "al padre o a la madre que ejerza la patria potestad" para que represente al hijo en la litis."

Si el padre o la madre que ejerza la patria potestad no pudiere o no quisiere prestar su representación, podrá el juez suplirla, y dará al hijo un curador para la litis."

También se debe tomar en cuenta la circunstancia de que un menor de edad sea enjuiciado penalmente; al respecto, el Art. 319 del Código Civil, sustituido por el Art. 76 de la mencionada Ley N° 43, prevé que:

"No será necesaria la intervención paterna para proceder penalmente contra el hijo; "pero el padre o la madre que ejerza la patria potestad" estará obligado a suministrarle los auxilios que necesite para la defensa."

A falta del padre y de la madre, según el inciso final del Art. 35 del C.P.C., el menor de edad será representado por su curador especial o por un curador ad-litem.

En la acción de investigación de la paternidad, el Art. 269 del Código Civil, estatuye que:

"La acción de investigación de la paternidad pertenece al hijo, quien podrá ser representado por su madre, siempre que el hijo sea incapaz y la madre sea capaz."

En los asuntos judiciales que interesen a menores en los que el padre o la madre representen a los hijos, inclusive a los adoptivos, o los menores son representados por un curador legítimo o testamentario (Art. 399 C.C.), no es necesaria la intervención del Presidente del Tribunal de Menores ni del Ministerio Público (Art. 2, Ley Orgánica del Ministerio Público. R. O. N° 26, 19 de marzo de 1997), a menos que el juez o tribunal, en guarda de los intereses y para mayor protección de los menores, estimen procedente oírlos o que, por naturaleza del asunto, haya oposición de intereses entre el representante y el representado (Arts. 1051 y 1052 C.P.C. e inc. 3° del Art. 613 de la Codificación del Código de Trabajo).

41. II. LOS QUE ESTAN SUJETOS A TUTELA O CURADURIA

El Art. 34 del Código de Procedimiento Civil, expresamente dice que no pueden comparecer en juicio como actores ni como demandados:

"...los que se hallen bajo tutela o curaduría, a no ser que lo hagan por medio de su representante legal."

Al respecto, recordemos los principios básicos que prevé el Código Civil:

"Art. 385. Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida."

Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, y generalmente guardadores."

Art. 387. La tutela y las curadurías generales se extienden, no sólo a los bienes, sino a las personas sometidas a ellas."

Art. 388. Están sujetos a tutela los menores.

Art. 388. Están sujetos a curaduría general los interdictos.

Art. 393. Los individuos sujetos a tutela o curaduría se llaman pupilos.

El disipador, ebrio consuetudinario y toxicómanos (Art. 481 y ss.

La curaduría del demente. Art. 496.

La curaduría del sordomudo. Art. 508.

Art. 433. Toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos e imponerle obligaciones.

Art. 434. El tutor o curador administra los bienes del pupilo, y está obligado a la conservación de estos bienes y a su reparación y cultivo. Su responsabilidad se extiende hasta la culpe leve inclusive.

Es de advertir que el Art. 433 del Código Civil permite al tutor o curador "representar o autorizar al pupilo", mientras que el Art. 34 del Código de Procedimiento Civil dispone que todos los que se hallan bajo tutela o curaduría no pueden comparecer en juicio "a no ser que lo hagan por medio de su representante legal"; en consecuencia, si la representación y la autorización no son voces sinónimas, ya que la primera es la intervención directa y la segunda el permiso, lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil, como norma especial, prevalece frente a la del Código Civil, al tenor del Art. 12 del Código Civil, por cuya razón, los pupilos deben comparecer en juicio únicamente representados.

Todo guardador debe manifestar al juez de lo civil su nombramiento y pedirle que señale día para el discernimiento del cargo (Art. 749 C.P.C.), debiéndose observar lo que dispone el Código Civil:

Art. 416. Toda tutela o curaduría debe ser discernida, excepto la curaduría para pleito o *ad-litem*. En ésta el decreto del juez y la diligencia de aceptación del cargo valen por discernimiento.

Se llama *discernimiento* el decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo.

En la investigación de la paternidad, el Art. 270, señala que:

"A falta de madre, o si esta hubiere fallecido, estuviere en interdicción o demente, la acción podrá intentarse, si el hijo fuere impúber, por el tutor, un curador especial o un curador *ad-litem*. Si fuere adulto menor de dieciocho años, la acción podrá intentarla el curador general, un curador especial o un curador *ad-litem*, los que procederán con asentimiento del hijo; y si éste fuere demente o sordomudo, no será necesario su consentimiento."

El sordomudo que no puede darse a entender por escrito es absolutamente incapaz y como tal no tiene capacidad para comparecer en juicio por sí mismo, necesita de representante o de tutor o curador.

JURISPRUDENCIA:

"El Art. 1489 del C.C. señala que toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces, o sea que no tiene aptitud o capacidad legal de parecer en juicio. Coordinadamente con esta disposición el Art. 1490 del C.C. determina, entre los que son absolutamente incapaces, a los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, y el Art. 34 N° 2 del C.P.C. establece que no pueden comparecer en juicio como actor ni demandados "cuando se hallen bajo tutela o curaduría, a no ser que lo hagan por medio de su representante legal" y el inciso primero del Art. 35 del mismo cuerpo de leyes al especificar la representación de los incapaces establece: "Los que se hallen bajo patria potestad serán representados por el padre o madre que la ejerza; y los demás incapaces que no estuvieren bajo patria potestad, tutela o curaduría, por el curador que se les de para el pleito". Del

examen de autos aparece que la actora Francisca es una incapaz, que es sordomuda que no puede darse a entender por escrito, particular que se demuestra con la diligencia de absolución por ella rendida y para la cual se requirió como intérprete la presencia de Teresa, Directora de la Escuela Experimental de Sordo-Mudos, designada para el efecto por el Juez del Trabajo. Consta en esta diligencia que dicha sordomuda ha estampado su huella digital. Planteada por el demandado José como excepción "la falta de capacidad de la actora para proponer la demanda que contesto, en la forma como lo ha hecho", la misma constituía un incidente que debía ser resuelto al tiempo de dictar sentencia, conforme disposición del Art. 914 (hoy, Art. 859, concordante con el Art. 277) de CPC., particular que fue considerado por el Juez del Trabajo en sentencia, y por la H. Corte Superior de Quito, Segunda Sala, en su auto venido en grado y el mismo que, consiguientemente, tiene que considerársele con fuerza de sentencia. Al tener el auto venido en grado la fuerza de sentencia y aceptarse la excepción planteada, no procede, por lo mismo, que se declare la nulidad procesal a costa del Juez Tercero del Trabajo." ⁷²

Respecto del **curador ad-litem**, el Art. 754 del Código de Procedimiento Civil, dispone:

"Todo el que intente litigar o esté litigando con un incapaz que necesita curador, podrá promover el nombramiento de curador ad-litem, en la forma prescrita por el artículo anterior."

Art. 753. Cuando deba nombrarse curador **ad-litem**, el juez de la causa elegirá la persona previa audiencia de los parientes y, en su falta, de uno de los agentes fiscales. Si el incapaz fuere un menor adulto, y a él le tocara la elección de la persona, el juez la aceptará, si fuere idónea. Lo dispuesto en este artículo se observará también cuando el incapaz tenga guardador testamentario o legítimo, mientras a éste no se le discierna el

⁷² Juan Larrea Holguín. "Repertorio de Jurisprudencia. Tomo III. 1975. pág. 54.

cargo, o cuando el guardador tenga algún impedimento para ejercerlo.

La falta de indicación por parte del menor adulto, o de la audiencia del fiscal o de los parientes, en los nombramientos hechos antes de la vigencia de este Código, no anulará los actos ejecutados por el curador.

Exceptuase de la disposición contenida en el inciso primero, el caso en que el nombramiento del curador ad-litem fuere necesario para el mero efecto de asistir a una declaración en juicio -civil o penal-, pues entonces el juez podrá hacer de plano tal nombramiento en el mismo acto y sin otra formalidad."

42. III. POR SI MISMOS PUEDEN COMPARECER EL MENOR DE EDAD Y CUANTOS SE HALLEN BAJO TUTELA O CURADURIA PARA DEFENDER SUS DERECHOS.

El Art. 34 del Código de Procedimiento Civil, como excepción señala que el menor de edad y cuantos se hallen bajo tutela o curaduría pueden comparecer por sí mismos para defender sus derechos provenientes de contratos que hayan celebrado válidamente sin intervención de representante legal, como pasamos a ver, en los siguientes casos:

1º. El hijo de familia, el Art. 305 del Código Civil, prevé que:

"El hijo de familia será considerado como mayor de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial."

Debe observarse lo que dispone el Art. 312 del Código Civil, sustituido por el Art. 71 de la Ley N° 43 (R. O. S N° 256, de 18 de agosto de 1989), que dice:

"Los actos y contratos del hijo de familia no autorizados por el padre, la madre, o por el guardador, en el caso del artículo precedente, le obligarán exclusivamente en su peculio profesional e industrial."

Pero no podrá tomar dinero a interés, ni comprar al fiado, excepto en el giro ordinario de dicho peculio, sin autorización escrita del padre, de la madre o su guardador; y si lo tomare, no quedará obligado por estos contratos, sino hasta el monto del beneficio que haya reportado de ellos."

Es decir que, el hijo de familia puede comparecer en juicio personalmente, para defender sus derechos provenientes de su peculio profesional o industrial, esto es, de acuerdo con el ordinal 1º del Art. 302 del Código Civil, los bienes adquiridos por el hijo en el ejercicio de todo empleo, de toda profesión liberal, de toda industria, de todo oficio mecánico.

2º. El pupilo para administrar sus bienes adquiridos en el ejercicio de su profesión o industria.

El Art. 478 del Código Civil, dice:

"El menor que está bajo tutela tendrá las mismas facultades administrativas que el hijo de familia, respecto de los bienes adquiridos por él en el ejercicio de una profesión o industria.

Lo dispuesto en el Art. 312, relativamente al hijo de familia y al padre, se aplica al menor y al tutor."

3º. El menor frente a los actos de comercio y para hipotecar sus bienes inmuebles.

El Código de Comercio, en sus Arts. 9 y 10, dice lo siguiente:

"El menor emancipado (Arts. 326 y ss C.C.) de uno u otro sexo, puede ejercer el comercio, y ejecutar eventualmente actos de comercio, siempre que para ello fuere autorizado por su curador, bien interviniendo personalmente en el acto, o por escritura pública, que se registrará previamente en la oficina de inscripciones del domicilio del menor y se publicará por la imprenta. Se presume que el menor tiene esta autorización cuando ejerce públicamente el comercio, aunque no se hubiere otorgado escritura, mientras no haya

reclamación o protesta de su curador, puesta de antemano en conocimiento del público o del que contratarse con el menor."

Art. 10. Los menores autorizados para comerciar se reputan mayores en el uso que hagan de esta autorización; y pueden comparecer en juicio por sí e hipotecar sus bienes inmuebles por los negocios de su comercio.

Pueden también venderlos en los casos y con las solemnidades que prescriben los Arts. 436 y 437 del Código Civil.

El hijo de familia comprendido en el Art. 11 del Código de Comercio puede comparecer en juicio por sí mismo, para defender sus derechos provenientes de los actos de comercio ejecutados por sí solo, de acuerdo a la autorización que le confieren los Arts. 305 y 478 del Código Civil.

4º Para reclamar alimentos legales para el hijo por la madre o para ella misma.

El Art. 739 del Código de Procedimiento Civil, dispone lo siguiente:

"En los juicios sobre alimentos legales, si la parte actora fuere la madre de un menor de edad o de un demente que se halle bajo su cuidado, podrá comparecer en juicio, por sí misma, cualquiera que sea su edad, para demandar dichos alimentos para su hijo, al padre de éste o a cualquiera otra persona que tenga obligación de suministrarlos.

Los derechos concedidos en el inciso anterior los tendrá toda mujer para demandar alimentos para sí, a quien estuviere obligado a suministrarlos.

La actora no podrá demandar, en un mismo juicio, alimentos para sí y para su hijo".

El Art. 71 del Código de Menores, es concordante:

"El derecho para pedir alimentos podrá ser reclamado, indistintamente, por el padre o la madre o por quien represente al menor o por quien lo tenga a su cargo.

Si la parte actora fuere menor de edad podrá comparecer por sí misma para reclamar alimentos o ayuda prenatal."

Como se ve, el Código de Menores es más amplio que el Código Adjetivo Civil, al facultar no sólo a la madre para reclamar alimentos legales para el hijo, sino que la extiende al padre, o al que represente al menor o al que lo tenga a su cargo, todos quienes, aunque sean menores, tienen capacidad de comparecer por sí mismos para reclamar los alimentos que se deben por ley; y, está bien, por ser un derecho personal, tiene que ver con la vida misma del alimentado. Advirtiéndose que esas personas no pueden reclamar asignaciones alimenticias realizadas voluntariamente en testamento o por acto de donación entre vivos, por ser un acto de mera liberalidad del testador o donante en cuanto haya podido disponer libremente de lo suyo, por lo que deberá estarse a la voluntad del testador o donante, como prevé el Art. 383 del Código Civil.

5° Los derechos del menor provenientes del contrato de aprendizaje.

El Art. 158 de la Codificación del Código de Trabajo, requiere lo siguiente:

"Art. 158. Contenido del contrato de aprendizaje. El contrato de aprendizaje deberá contener:

4. El consentimiento de los padres, ascendientes o guardadores tratándose de menores comprendidos entre los doce y los dieciséis años, y a falta de aquéllos, el del Tribunal de Menores, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 157 del Código de Menores."

En consecuencia, en el contrato de aprendizaje celebrado por el mayor de dieciséis años y menor de dieciocho años, éste tiene capacidad para comparecer en juicio por sí mismo, para exigir sus derechos derivados de este contrato celebrado por sí solo.

El reclamo de las indemnizaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 387 del Código de Trabajo.

"Art. 387. Capacidad de padres menores de edad. Para efectos de este título se considerarán plenamente capaces al padre o madre menores de edad, pudiendo entablar por sí mismos las acciones que correspondan a sus derechos o al de sus hijos.

La madre, o la mujer calificada como tal, según la atribución señalada en el artículo que precede, aunque fuere menor de edad, tendrá la representación de sus hijos para los efectos señalados anteriormente, sin que sea menester que se le haya nombrado guardadora de los mismos y aun cuando hubiere otro guardador.

El padre, cualquiera que fuere su edad y siempre que justificare la tenencia del menor, o la persona que de hecho lo tuviere bajo su cuidado y protección, podrá ejercitar los derechos que correspondan al menor, y actuar en representación y en defensa de los intereses de éste.

El juez, con criterio social, apreciará las circunstancias y decidirá previo dictamen del Tribunal de Menores."

6º Para asociarse en las compañías de responsabilidad limitada.

El Art. 98 de la Codificación de la Ley de Compañías (R. O. N° 312, de 5 de noviembre de 1999), dispone:

"Para intervenir en la constitución de una compañía de responsabilidad limitada se requiere de capacidad civil para contratar. El menor emancipado, autorizado para comerciar, no necesitará autorización especial para participar en la formación de esta especie de compañías."

En definitiva, la ley y la voluntad de las personas capaces permiten que otras, a quienes no corresponde la titularidad jurídica material, ejerzan en

el proceso la representación de los titulares. Decimos la Ley refiriéndonos a los representantes legales puntualizados en el Art. 28 del Código Civil, y sobre la voluntad hacemos referencia a los procuradores judiciales: unos y otros llegan a ser partes formales del proceso. La calidad de partes formales de los representantes legales y de los procuradores está reglada por la ley; los menores y, en general, los incapaces no pueden comparecer en juicio por sí mismos, pero no por ello ha de decirse que carecen de derechos, para reclamarlos deben hacerlo por medio de su representante legal, a no ser que se trate de defender sus derechos provenientes de contratos que hayan celebrado válidamente sin intervención de representante legal (Art. 34 C.P.C.).

En el Derecho Procesal la incapacidad de cualquier grado que sea trae consigo la imposibilidad legal de comparecer en juicio; la comparecencia de un incapaz ocasiona la falta de personería y en consecuencia la nulidad procesal. La capacidad procesal es, pues, la idea paralela a la que en el campo meramente civil tenemos del pleno ejercicio de los derechos civiles.

43. LA RATIFICACION

La ratificación es la aprobación o convalidación del representado de lo dicho o hecho por el representante o es la reiteración del consentimiento.

La ratificación es un acto jurídico unilateral, es decir, para que se genere basta la exclusiva voluntad del representado, en cualquiera de las formas que el derecho admite para que sea eficaz.

El hijo de familia o no, el pupilo, que no sean absolutamente incapaces, pueden comparecer en juicio ofreciendo que sus actos han de ser ratificados por su representante legal; o pueden comparecer por sí solos en juicio, sin este ofrecimiento, pero deben hacer ratificar sus gestiones a fin de asegurar la validez procesal, por así desprenderse del contexto de los siguientes artículos del Código de Procedimiento Civil:

"Art. 368. Si se legitima la personería en cualquiera de las instancias, el proceso será válido, sea que lo hagan las partes por sí mismas, o por orden que el juez o tribunal impartirá obligatoriamente."

"Art. 369. Aun cuando se hubiere declarado ya la nulidad por falta de personería, si la parte ratifica o aprueba, el proceso será válido; y aun los jueces superiores, revocando la declaración de nulidad, devolverán la causa al inferior, para que falle sobre lo principal."

"Art. 370. El poderdante, el apoderado, el guardador y todo representante legal, pueden ratificar en cualquier instancia, aun cuando estuviese declarada la nulidad, siempre que la providencia que contenga tal declaración no estuviese ejecutoriada."

JURISPRUDENCIA:

"...comparece el Dr. V. M. oponiendo excepciones a nombre del demandado H. A. Concedido que le fue un término extraordinario para legitimar su personería, no lo hace dentro de él sino extemporáneamente...cuando ya el juez de primer nivel dictó una providencia en la que declara las excepciones como no interpuestas y pide los autos para resolver. **SEGUNDO.** Efectivamente el juez violó el trámite de la causa, en primer lugar, al no haber declarado falso procurador al abogado en mención, y en segundo, por no haber insistido en la legitimación de la personería, deber que se impone a todos los jueces y tribunales (Arts. 368 y 370 C.P.C.). **TERCERO.** La jurisprudencia consagra que la personería puede ser legitimada en cualquier etapa procesal y más aun este caso, en que ni siquiera se declaró falso procurador al abogado que presentó las excepciones a nombre del demandado. Luego, las excepciones que obran del proceso son válidas y el juez debe admitirlas y proseguir el trámite establecido por la ley para esta clase de juicios, reponiéndose el proceso al tiempo en que aquellas fueron presentadas." ⁷³

⁷³ Prontuario N° 3, 12 de junio de 199, pág. 124.

44. LA ILEGITIMIDAD DE PERSONERÍA

La ilegitimidad constituye la falta o ausencia de elementos, condiciones o requisitos para la legitimidad de alguien o de una decisión; es el proceder contrario a lo requerido por la ley.

Nuestra jurisprudencia tiene establecido que existe ilegitimidad de personería, tomando en cuenta la capacidad para comparecer en juicio, ya como actor o como demandado:

- 1) cuando comparece por sí solo quien no es capaz de hacerlo;
- 2) el que asegura ser procurador y no tiene poder o el poder es insuficiente;
- 3) el que afirma ser representante legal y no lo es;
- 4) en la intervención del que gestiona a nombre de otro y no presenta la aprobación de aquél a cuyo nombre gestionó en juicio; y,
- 5) en general, cuando se deja de contar con quien necesariamente debe intervenir en el juicio.

La Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia, establece lo siguiente:

"PRIMERO. La accionante propone demanda por sus propios derechos, en consecuencia, siendo capaz, y no tratándose del que gestionó en juicio sin tener poder o sin tener la representación legal, no se ha omitido la solemnidad sustancial de legitimidad de personería, por lo que se rechaza la excepción que al respecto la fundamenta el recurrente en hechos que no tienen relación con esa solemnidad." ⁷⁴

⁷⁴ Gaceta Judicial Serie XIV. N° 10, pág. 2.255.

45. IV. LAS PERSONAS JURIDICAS

El Código de Procedimiento Civil, en su Art. 34, dispone que:

"No pueden comparecer en juicio como actores ni como demandados:

2º. *Las personas jurídicas, a no ser por medio de su representante legal.*"

El Código Civil, en su Art. 583, dice: "583. Se llama **persona jurídica** una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente."

Doctrinariamente existen muchas y muy variadas definiciones, que responden a los diferentes enfoques ideológicos, sin embargo, tiene gran trascendencia, no sólo en el ámbito del derecho privado sino también en el público, tanto en el interno como en el internacional.

Lo importante de las personas jurídicas es su existencia legal, que consiste precisamente en el reconocimiento que la ley les hace; y, son de derecho público y de derecho privado.

46. PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PUBLICO

Los Arts. 118 y 119 de la Constitución Política de la República, establecen lo siguiente:

"Art. 118. Son instituciones del Estado:

1. *Los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial;*
2. *Los organismos electorales;*
3. *Los organismos de control y regulación;*

4. *Las entidades que integran el régimen seccional autónomo;*
5. *Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y,*
6. *Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.*

Estos organismos y entidades integran el sector público.

Art. 119. Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común.

Aquellas instituciones que la Constitución y la ley determinen, gozarán de autonomía para su organización y funcionamiento."

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva⁷⁵, en el inciso segundo del Art. 5, que trata sobre el Gobierno y Administración Pública Central, señala:

"La Función Ejecutiva la ejerce el Presidente de la República, quien representa al Estado en forma extrajudicial, ejerce la potestad reglamentaria y tiene a su cargo la dirección de toda la Administración Pública Central e Institucional ya sea directa o indirectamente a través de sus Ministros o delegados."

Art. 7. DE LA ADMINISTRACION PUBLICA INSTITUCIONAL. *La Administración Pública Institucional está conformada por las entidades de derecho público creadas por ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente al de la Administración*

⁷⁵ Decreto Ejecutivo N° 1634, publicado en el Registro Oficial 2° suplemento N° 411, de 31 de marzo de 1994.

Pública Central, a las que se les ha encargado la organización y funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta, bajo los principios de especialidad y variedad."

47. Representación judicial del Estado

Los Arts. 215 y 216 de la Constitución Política, señalan:

"Art. 215. El Procurador General será el representante judicial del Estado y podrá delegar dicha representación, de acuerdo con la ley..."

"Art. 216. Corresponderá al Procurador General el patrocinio del Estado, el asesoramiento legal y las demás funciones que determine la ley."

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Publicada en el Registro Oficial N° 335, de 9 de junio de 1.998, dispone lo siguiente:

"Art. 3. El Procurador General del Estado, es el único representante judicial del Estado. Podrá delegar esta representación y la de la Procuraduría en los funcionarios competentes de esta institución, de acuerdo con su Reglamento Orgánico Funcional."

Art. 6. Son atribuciones del Procurador:

- a) Cumplir y hacer cumplir lo que le asigna la Constitución Política de la República y la Ley;*
- b) Representar al Estado en la defensa del patrimonio nacional y del interés público, en el caso de las dependencias y organismos que carezcan de personalidad jurídica;*
- c) Vigilar el curso de los juicios o reclamos que se propongan contra las entidades del sector público que tengan personalidad jurídica; promoverlos o intervenir como parte*

de ellos, en defensa del patrimonio nacional y del interés público, de creerlo necesario;

- d) Representar al Estado Ecuatoriano y a las entidades del sector público en cualquier juicio o reclamo que deban proponer o que se les plantee en su contra en otro Estado, de acuerdo con la Constitución Política de la República, las leyes del Estado Ecuatoriano y los tratados o convenios internacionales vigentes;
- e) Reclamar judicial o administrativamente de terceros los bienes fiscales; y, en el caso de los de carácter provincial o municipal, requerir de las autoridades correspondientes igual medida, debiendo actuar por su propia iniciativa en el evento de que no lo hicieren;..."

Art. 12. El ejercicio del patrocinio de las entidades con personalidad jurídica, incumbe a sus representantes legales, directores, síndicos, asesores jurídicos o procuradores judiciales, quienes serán civil, administrativa y penalmente responsables del cumplimiento de esta obligación, sin perjuicio de las atribuciones y deberes del Procurador.

Art. 13. El Procurador General del Estado o los representantes legales de las dependencias, entidades u organismos del sector público, podrán contratar abogados en libre ejercicio profesional para que asuman la defensa administrativa o judicial de sus derechos e intereses, a quienes podrá delegar su representación; o, asesores jurídicos para el tratamiento de asuntos de interés excepcional, que en uno y otro caso requieran de conocimientos y experiencias especializados.

Los profesionales de esta manera contratados, percibirán los honorarios que establezca la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, pudiendo incluirse los adicionales referidos al éxito que obtengan en la defensa. Estos honorarios serán pagados con cargo al respectivo presupuesto institucional.

Art. 14. Las citaciones o notificaciones judiciales por demandas contra el Estado o las dependencias u organismos que carezcan de personalidad jurídica, se harán al Procurador General del Estado, en la persona del funcionario de la Procuraduría que corresponda; o, a los delegados distritales o provinciales de la Procuraduría, de conformidad con el Reglamento Orgánico Funcional de la Institución.

Art. 15. Los agentes diplomáticos y consulares del Ecuador estarán legalmente capacitados para representar al Estado y a las demás entidades u organismos del sector público ecuatoriano, en las calidades de actores o demandados, en los juicios o diligencias judiciales que se propongan en otros Estados.

Inmediatamente de recibida la citación correspondiente, pondrán en conocimiento del Procurador General del Estado copia de esta diligencia y de los documentos anexos, con el fin de que les imparta las instrucciones que considere pertinentes.

Cumplido este trámite, los agentes diplomáticos o consulares no requerirán de poder especial para intervenir en el juicio o realizar las diligencias judiciales correspondientes, pero informarán al Procurador de la marcha de los procesos y éste vigilará que el patrimonio y el interés públicos del Estado Ecuatoriano sean debidamente preservados.

El Procurador, a petición de los agentes diplomáticos o consulares, autorizará la contratación de abogados particulares para que asuman la defensa. Sus honorarios serán pagados, con cargo a su propio presupuesto, por la entidad u organismo interesado.

Art. 16. El Estado y las dependencias, entidades u organismos del sector público comparecerán e intervendrán con los mismos derechos y obligaciones de los particulares en el proceso judicial. Por consiguiente se les citará, contestarán la demanda, presentarán las pruebas, cumplirán todas las diligencias y las obligaciones derivadas de los fallos judiciales y,

tendrán derecho a interponer los recursos que la Ley les faculta, sin privilegios de ninguna clase.

Exceptuase de esta norma la interposición del recurso de casación, para el cual ni el Estado ni el sector público en general, están obligados a rendir la caución prevista en la Ley sobre la materia."

El Tribunal en Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en sesión de 27 de enero de 1999, publicada en el Registro Oficial N° 132, de 19 de febrero de ese mismo año, resuelve:

"El Estado y las entidades y organismos del sector público, con sujeción a lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, tendrán los mismos términos para contestar la demanda que los señalados en la ley para los demandados en general; que en los procesos contencioso administrativos es de quince días."

La Ley Orgánica de la Función Judicial

En el Art. 26, se prevé:

"El Presidente de la Corte Suprema, ...es el representante de la Función Jurisdiccional..."

Actualmente se denomina Función Judicial, porque así la reconoce la Constitución Política, en el ordinal 1° del Art. 118, refiriéndose a las instituciones del Estado; y, en el Título VIII, trata exclusivamente de la Función Judicial y a ella se refiere en su Art. 191.

Representación judicial de los Consejos Provinciales.

La Ley de Régimen Provincial

De acuerdo con lo que disponen los Arts. 36, 38, literal c), y 44, lit. c), son representantes judicial y extrajudicialmente, el Prefecto y el Procurador Síndico.

"Art. 36. El Prefecto representará, oficial y legalmente al Consejo y, por tanto, a la provincia".

Art. 38. Corresponde al Prefecto Provincial:

c) Representar al Consejo Provincial juntamente con el Procurador Síndico, en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales de la Institución."

Art. 44. Son deberes y atribuciones del Procurador Síndico:

c) Representar al Consejo, en calidad de Procurador, conjuntamente con el Prefecto, ante cualquier autoridad, judicial o extrajudicialmente, para reclamar o defender sus derechos, sujetándose estrictamente a las instrucciones de la Corporación o del Prefecto, según el caso."

Representación judicial de los Concejos Municipales.

La Ley de Régimen Municipal

El ordinal 2º del Art. 72 se encuentra sustituido por el Art. 29 del Decreto Ley 104, publicado en el Registro Oficial Nº 315, de 26 de agosto de 1982, señala:

"Art. 72. Son deberes y atribuciones del Alcalde:

2º. Representar, junto con el Procurador Síndico Municipal, judicial y extrajudicialmente, a la Municipalidad."

La Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito, publicada en el Registro Oficial Nº 345, de 27 de diciembre de 1.993, en su Art. 1, señala su denominación, indicando que:

"DENOMINACION. El cantón Quito al que pertenece la capital de la República se denomina Distrito Metropolitano de Quito."

"Art. 4. REPRESENTACION LEGAL Y JUDICIAL La representación legal del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito la ejerce el Alcalde Metropolitano, quien podrá delegarla con arreglo a esta Ley.

La representación judicial la ejerce el Procurador del Distrito Metropolitano."

Art. 11. FUNCIONES. El Procurador es el jefe de asesoría jurídica del Distrito Metropolitano y ejerce la representación judicial de éste."

Es de advertir que el representante legal de la municipalidad del cantón Quito, únicamente es el Alcalde, y en los demás cantones de la provincia de Pichincha y de los cantones de las otras provincias del país, debemos estar a lo que dispone la Ley de Régimen Municipal, esto es, sus representantes judicial y extrajudicialmente de sus respectivas municipalidades son el Alcalde junto con el Procurador Síndico Municipal.

48. PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PRIVADO

Las personas jurídicas de derecho privado deben ser representadas por la persona determinada en la escritura de constitución o en los estatutos correspondientes.

Las compañías extranjeras, de acuerdo con el Art. 415 de la Codificación de la Ley de Compañías (R. O. N° 312, de 5 de noviembre de 1999):

"Art. 424. Para que una compañía constituida en el extranjero pueda ejercer habitualmente sus actividades en el Ecuador deberá:

1° Comprobar que está legalmente constituida de acuerdo con la ley del país en el que se hubiere organizado;

2° Comprobar que, conforme a dicha ley y a sus estatutos, puede acordar la creación de sucursales y tiene facultad para negociar

en el exterior, y que ha sido válidamente adoptada la decisión pertinente;

3° Tener permanentemente en el Ecuador, cuando menos, un representante con amplias facultades para realizar todos los actos y negocios jurídicos que hayan de celebrarse y surtir efectos en territorio nacional, y especialmente para que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones contraídas.

Igual obligación tendrán las empresas extranjeras que, no siendo compañías, ejerzan actividades lucrativas en el Ecuador; y,

4° Constituir en el Ecuador un capital destinado a la actividad que se vaya a desarrollar. Su reducción no sólo podrá hacerse observando las normas de esta Ley para la reducción del capital.

Para justificar estos requisitos se presentarán a la Superintendencia de Compañías los documentos constitutivos y los estatutos de la compañía, un certificado expedido por el Cónsul del Ecuador que acredite estar constituida y autorizada en el país de su domicilio y que tiene facultad para negociar en el exterior. Deberá también presentar el poder otorgado al representante y una certificación en la que consten la resolución de la compañía de operar en el Ecuador y el capital asignado para el efecto, capital que no podrá ser menor de "cincuenta millones de sucres, sin perjuicio de las normas especiales que rijan en materia de inversión extranjera." (Reforma: L. 58. R. O. 594: 30-dic-86).

49. PARTE EN EL PLEITO ES EL REPRESENTADO Y NO EL REPRESENTANTE

Recordemos que parte es el sujeto principal, directo de la relación jurídico procesal, ya sea que demande en nombre propio o en cuyo nombre es demandada y no el que comparece en juicio representando al demandante o al demandado.

Chiovenda⁷⁶ concretamente, dice:

"Parte en el pleito es el representado, no el representante, salvo que para algunas actividades de parte, que no pueden ser prestadas sino por el representante, la ley se refiere a éste incluso si habla de parte. El asistente (procurador, mandatario o representante) no es parte sino persona llamada a integrar la capacidad de la parte, tiene, por consiguiente, los derechos de parte sólo en cuanto esta integración lo exija (ejemplo, derecho a las notificaciones de los actos) pero no en cuanto se quisiese considerarlo como una duplicación de la parte."

Así lo prevé el Art. 58 del Código de Procedimiento Civil, que dispone:

"Si hubiere procurador en el pleito, con él se entenderán todas las diligencias del juicio, y no con el poderdante; y aunque éste comparezca por él mismo, no caducará el poder si no se le revoca expresamente. Se exceptúa lo dispuesto en el Art. 43."

Art. 43. Aun cuando hubiere procurador en el juicio, se obligará al mandante a comparecer, siempre que tuviere que practicar personalmente alguna diligencia, como absolver posiciones, reconocer documentos, y otros actos semejantes;..."

Es necesario que el representante legal o el procurador justifiquen que se encuentran en ejercicio del cargo o mandato y que tienen atribuciones para obligar o intervenir a nombre de sus representados o mandantes en actos o contratos de la índole en los que intervienen, es decir, que se encuentren habilitados para actuar en juicio en nombre del representado.

La Quinta Sala de la Corte Suprema de Justicia,, en sentencia expedida el 24 de junio de 1992⁷⁷, determina lo siguiente:

⁷⁶ Chiovenda. "Principios de Derecho Procesal Civil". Tomo II. Vol. I. págs. 22 y 23.

⁷⁷ Gaceta Judicial Serie XV N° 13. págs.39903991.

"**QUINTO.** Si bien la Sala puede aceptar como demostrado el hecho de que el Ing. J. G. T. haya sido a la fecha de la demanda Gerente y Representante Legal de la compañía Bananera...S. A., no significa desde luego que haya sido representante legal de los bienes raíces que forman parte del activo de esa compañía. El gerente es representante legal de la personería jurídica mas no lo es de un bien como ya se dijo; pues en el supuesto de que un bien mueble formara parte de ese activo social, como un vehículo por ejemplo, el representante legal no ejerce personería respecto del bien si no respecto de la persona jurídica que es la compañía propietaria de los bienes. Los hechos que acontezcan dentro de la utilización del bien afecta a la compañía más no al bien en sí mismo. Si el vehículo, activo de una compañía, dentro del uso normal produce un accidente del cual resultan daños a otros bienes o a personas, las consecuencias del accidente, relativas a indemnizaciones deben ser afrontadas por la persona jurídica propietaria del vehículo, y el representante legal de la persona jurídica es quien debe ser llamado a juicio en representación de la compañía propietaria del vehículo..."**SEXTO.** La demanda fue deducida en contra del Ing. J. G. T. como representante legal de los predios Amalia y Bicoca, y dentro de este esquema procesal se ha tramitado la causa, dándole el mismo tratamiento al demandado, como representante legal de los mencionados predios; mas...el accionante se refiere al Ing. J. G. T. por los derechos que representa como Gerente de las compañías..., propietarias de los predios Amalia y Bicoca, introduciendo, entonces una verdadera reforma a la demanda, aunque no lo hace de manera expresa; reforma que viola el Art. 74 del Código de Procedimiento Civil, ya que el término probatorio había decurrido en su integridad. **SEPTIMO.** Deducida la excepción de falta e ilegitimidad de personería de la parte demandada, se ha justificado plenamente dicha excepción, al demostrarse que los predios rústicos Amalia y Bicoca no son personas jurídicas, y que el demandado Ing. J. G. T., lógicamente no es su representante legal." (Se declara sin lugar la demanda).

La Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia expedida el 26 de noviembre de 1985⁷⁸, señala lo siguiente:

⁷⁸ Gaceta Judicial Serie XIV N° 10, pág. 2.192.

"SEXTO. Acreditada como lo indica el considerando quinto (la personería de G. J.) como representante de la entidad demandada, se desvanece la excepción de ilegitimidad de personería de las partes, porque: a) el Art. 101 del invocado código (hoy, 104 C.P.C.) indica que la ilegitimidad de personería consiste en incapacidad legal o en falta de poder; b) los actores lo son por sus propios derechos; c) el Art. 1489 del Código Civil establece para la persona la regla general de la capacidad, y la incapacidad como excepción, la cual para admitirse requiere de prueba, que no obra de autos. SEPTIMO. Desvirtuada la excepción de ilegitimidad de personería, lo está la falta de contradictor."

50. PRESUPUESTOS PROCESALES ESPECIALES

Existen casos expresamente señalados por la ley, que aunque estén reunidos los presupuestos procesales ya referidos -demanda, juez competente y partes procesales - no es posible demandar o llevar adelante el proceso, porque para ejercer el derecho de acudir a la jurisdicción, esto es, la acción, es indispensable cumplir los llamados presupuestos procesales especiales, que son las circunstancias o condiciones necesarias para su procedibilidad.

El doctor Emilio Velasco Céleri⁷⁹, al tratar sobre el juicio ejecutivo, afirma que:

"Los presupuestos procesales se refieren a las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias previstas en el Art. 355 del C.P.C.; y presupuestos procesales para su ejecución; en cambio cuando hay defecto en las condiciones de procedibilidad la relación procesal entre actor y demandado, existe, pero carece de contenido; y por eso es necesario que el actor realice antes de la demanda ciertas diligencias, para que un documento constituya título ejecutivo actualmente exigible, aunque reúna condiciones de la ley, ya que estas diligencias son necesarias, para la ejecución,..."

⁷⁹ Emilio Velasco Céleri, "Sistema de Práctica Procesal Civil". Tomo 3. Teoría y Práctica del Juicio Ejecutivo. — Editorial PUDELECO Cía. Ltda. 1994. Quito, pág. 25.

Sin pretender analizar pormenorizadamente la cita formulada, es necesario aclarar que la doctrina puntualiza un conjunto de presupuestos procesales, los relacionados con la acción, o sea, los que dan nacimiento a un proceso -la demanda, juez competente y partes procesales- otros, en cambio, se refieren a los presupuestos que son necesarios para la validez del proceso.

51. PRESUPUESTOS PROCESALES PARA LA VALIDEZ DEL PROCESO

Son aquellas circunstancias necesarias para la existencia jurídica y validez formal del proceso, como son las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias previstas en el Art. 355 del Código de Procedimiento Civil, cuya omisión, si no ha sido convalidada por la parte a quien el vicio perjudica y pueda influir en la decisión de la causa, produce la nulidad, a menos que se trate de la falta de jurisdicción que no puede prescindirse, en cuyo caso, el juez o tribunal, debe declarar la nulidad por ausencia del presupuesto procesal de validez formal, como preceptúa el Art. 358 del Código de Procedimiento Civil.

Los presupuestos procesales especiales son los antecedentes necesarios para la procedibilidad del ejercicio de la acción, cuya ausencia obstaculiza al nacimiento del proceso.

Por ejemplo, cuando la ley procesal civil establece que a la demanda debe aparejarse el título ejecutivo, es una de las solemnidades sustanciales del juicio ejecutivo (Arts. 356 N° 1 y 429 C.P.C.), en consecuencia, constituye un requisito que debe coexistir para la existencia misma del proceso y para constituir una relación jurídica procesal válida, su omisión influye en la decisión de la causa y perjudica el derecho de defensa del demandado.

Tratándose de letras de cambio y pagarés a la orden, es necesario que se realice el protesto por falta de aceptación o por falta de pago, según prevén los Arts. 452, 453 y 488 del Código de Comercio.

La Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 14 de mayo de 1987⁸⁰, expresa lo siguiente:

⁸⁰ Gaceta Judicial Serie XIV N° 15, págs. 3.4653.466

"TERCERO. La obligación ejecutiva cambiaria no nace únicamente de la entrega de una suma de dinero por una persona a otra y su recepción por el deudor. Ella nace principalmente por el solo hecho de que una persona suscriba la nota de aceptación, el pagaré a la orden o cualquier otro título de crédito; **CUARTO.-** De conformidad con lo previsto en el Art. 436 del Código de Comercio, por la aceptación, el girado se obliga a pagar la letra de cambio a su vencimiento; **QUINTO.-** En la nota de aceptación de la letra de cambio, cuya copia certificada consta a fs. 24, aparece que quien suscribió la misma a nombre de Elaboradores C. E. Cía. Ltda., fue E. S. N, en calidad de Gerente General; por tanto, este hecho no comprometía personalmente al actor de la presente causa ni por lo mismo se concedía derecho alguno al ejecutante para demandarle por sus propios derechos; a ello, debe agregarse que la identidad de las personas está dada por un conjunto de elementos permanentes y no accidentales y menos por las funciones, actividades o cargos que pudieran eventualmente desempeñar; **SEXTO.-** Si bien de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 417 ibídem, quienquiera que ponga su firma en una letra de cambio, en representación de una persona de quien no tenga poder, quedará obligado personalmente según los términos de la letra. Revisado el documento que dio inicio al juicio ejecutivo no aparece en él firma alguna del Abogado O. H. I, en calidad de aceptante ya sea por sus propios derechos o representando a la compañía demandada; **SEPTIMO.-** La intervención del actual demandante, en el juicio ejecutivo, la hizo como representante de la compañía Elaboradores C. E. Cía. Ltda., mas no por sus propios derechos, calidad en la que no fue demandado." (acepta la demanda y exime del pago al Abogado O. H. I).

Juan Isaac Lovato ⁸¹, refiriéndose a las diligencias o actos preparatorios de la demanda, que oportunamente los analizaremos, entre los objetivos que cumplen, señala: "El designio principal, la nota peculiar de tales diligencias es la de asegurar en determinados aspectos los resultados del proceso", esto es lo que constituye los presupuestos procesales necesarios, porque dan nacimiento al proceso; lo afirmado, también sostiene Emilio Velasco ⁸² "La actuación de las diligencias preparatorias son en ciertos casos,

⁸¹ Juan Isaac Lovato. Obra citada. Tomo IV 1.962. pág. 192.

⁸² Emilio Velasco Céleri. "Sistema de Práctica Procesal Civil". Tomo I. Publicaciones de Legislación Cía. Ltda.

presupuestos de la tramitación, de modo que si éstas faltan el juez no podrá sustanciar la causa", se refiere a las diligencias previas y así lo aclara, al decir: "...los Códigos Civil, de Comercio, Penal y de Procedimiento exigen en varios artículos la actuación de diligencias anteriores a la demanda..."; corrobora Couture⁸³ "Los presupuestos son, como se ha dicho, circunstancias anteriores a la decisión del juez sin las cuales éste no puede acoger la demanda o la defensa y para ello no se requiere alegación de parte..."

Por ejemplo, en el juicio sobre emancipación voluntaria, a la demanda, según el Art. 747 C.P.C., se debe acompañar la escritura pública en que los padres emancipen a un hijo, deberá estar firmada por los emancipantes y el emancipado; y, después de inscrita la primera copia, **"con una información sumaria de testigos que justifique la utilidad que de dicha emancipación resulte al menor."** Si no se presenta esa información sumaria, el juez no deberá admitir la demanda.

52. La Prejudicialidad.

Hay ocasiones en que para el ejercicio de la acción civil, esto es, para demandar, debe cumplirse necesariamente circunstancias especiales, como son las cuestiones prejudiciales, que las señalaremos posteriormente, sin las cuales no se podría iniciar un proceso civil o constituyen un presupuesto de procedibilidad.

La Prejudicialidad, definida de manera general, es la decisión -auto o sentencia- que debe emanar de un juez o tribunal dentro de una materia determinada, que está íntimamente ligada o tiene incidencia con otra, de cuyo fallo depende la resolución final que deba dictarse en otro juicio; mientras no exista esa resolución y no esté ejecutoriada no se puede ejercer la acción que de ella se deriva, a lo que la doctrina denomina "un obstáculo procesal", ya que el resultado de esa decisión mantiene en suspenso el ejercicio de la acción.

Por ejemplo, es causal de divorcio, al tenor del Art. 109 del Código Civil:

1991. pág. 12.

⁸³ Eduardo J. Couture. Obra citada. pág. 111.

"10a. La condena ejecutoriada a reclusión mayor"

El vocablo "condena" en el derecho procesal equivale a sentencia, que constituye el pronunciamiento contenido en la parte de la decisión judicial, imponiendo la pena al procesado.

Esa sentencia debe relacionarse con un delito reprimido con reclusión mayor, por ejemplo: los previstos en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas, ya se trate de siembra o cultivo de plantas de las que se pueda extraer elementos para sustancias sujetas a fiscalización (Art. 59), la elaboración, producción, fabricación o preparación de sustancias estupefacientes (Art. 60), la oferta, corretaje o intermediación (Art. 61), el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, sicotrópicas (Art. 62), el transporte de sustancias sujetas a fiscalización (Art. 63), la tenencia y posesión ilícitas (Art. 64), entre otros.

De otra parte, la sentencia debe estar ejecutoriada, esto es, firme, pasada en autoridad de cosa juzgada, contra la cual ya no cabe recurso alguno, o dicho de otra manera, en materia de drogas, haber superado la consulta de la sentencia expedida por los Tribunales Penales, como prevé el sustituido Art. 122 de la referida ley (R. O. N° 218, de 18 de diciembre de 1997), que obliga la consulta de la sentencia condenatoria, para el caso de la referida causal de divorcio, puesto que la consulta también procede para la sentencia absolutoria; así mismo debe esperarse la resolución del recurso de casación, que puede interponerlo la parte interesada si observa que existe violación de la ley en la sentencia, según el Art. 373 C. P. P.

En resumen, es necesario tener la sentencia ejecutoriada en el campo penal, que condene al culpable por una infracción sancionada con pena de reclusión mayor, y con ello ejercer la acción civil o demandar el divorcio por la causal invocada; en consecuencia, los casos de Prejudicialidad son presupuestos especiales para el ejercicio de la acción civil, esto es, para demandar.

ETAPAS DEL PROCESO

Couture⁸⁴ al tratar sobre el desenvolvimiento del proceso, enseña:

"Mediante los actos iniciales inherentes a la acción y a la excepción, se constituye, normalmente el proceso.

A partir de ese momento, comienza su desenvolvimiento, el que no habrá de cesar hasta que los fines de la acción o de la excepción queden satisfechos. Ese desenvolvimiento se divide en instancias.

Cabe preguntarse, entonces, cómo se opera ese desenvolvimiento?

El juicio está constituido por un debate entre partes en el que ambas exponen ordenadamente sus puntos de vista; mediante pruebas, que son medios de verificación de las proposiciones de las partes; y mediante decisiones del tribunal que proveen al impulso y resuelven los conflictos surgidos."

Escriche⁸⁵ dice que:

"Las partes principales de que, hablando en general, se componen los juicios, son la demanda, la citación o emplazamiento, la contestación, las pruebas y la sentencia."

Otros tratadistas refiriéndose a las etapas del proceso señalan como partes o períodos la alegación, la demostración y la sentencia.

Con fines esencialmente didácticos y para demostrar a los estudiantes la estructura del proceso civil, debemos señalar que más apropiado resulta utilizar el vocablo "etapa" que significa recorrido o procedimiento a través del

⁸⁴ Eduardo J. Couture. Obra citada. pág. 165.

⁸⁵ Dictionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.

cual se desarrolla el proceso, guardando la debida y permanente unidad, continuidad y progresividad.

Los diferentes actos del juez y de las partes, que constituyen la relación jurídico-procesal, se van desarrollando sucesivamente por etapas, las mismas que están establecidas en el Código de Procedimiento Civil para su completo perfeccionamiento, las mencionamos a continuación y las profundizaremos más adelante.

53. ETAPA PRELIMINAR

El Art. 68 del Código de Procedimiento Civil dispone:

"Todo juicio principia por demanda; pero podrán preceder a ésta los siguientes actos preparatorios:"

En la práctica se la identifica indistintamente ya como medidas, actos o diligencias "previas", "cautelares o precautorias" o "preparatorias", sin que exista fundamento para ello, vocablos que no son sinónimos y, en el derecho procesal, cada una de ellas cumple un objetivo especial.

54. Las diligencias previas

Por definición "previo" significa anticipado, que ha de hacerse antes que otra cosa; o que va delante o sucede primero; en consecuencia, las diligencias previas son aquellas que deben realizarse antes de ejercer la acción, requieren un trámite preliminar, constituyen los presupuestos procesales especiales.

Advertimos que, en la práctica se confunde la cuestión prejudicial con la diligencia previa. Prejudicial significa "antes del juicio", esto es, que debe existir una resolución de un juez (civil o penal) antes de ejercer la acción que de ella se deriva, "en los casos expresamente señalados por la Ley", que tendremos la oportunidad de determinarlos. En el ejemplo propuesto (52) la causal de divorcio prevista en el N° 10 del Art. 109 del Código Civil, "La condena ejecutoriada a reclusión mayor", debe existir la sentencia del Tribunal Penal antes que el juez civil inicie el proceso civil -por divorcio- en este caso, estamos en presencia de una prejudicialidad penal al ejercicio de la acción civil

o a la iniciación del proceso civil; a la inversa, es necesario un juicio civil antes que el juez penal inicie el proceso penal, lo que constituye la prejudicialidad civil al ejercicio de la acción penal, como analizaremos más adelante sobre la falsedad de un instrumento público, si se ha demandado dicha falsedad ante un juez civil, como prevé el Art. 184 del C.P.C.

Las cuestiones prejudiciales son indispensables para el ejercicio de la acción civil y al nacimiento del proceso, cuyo objetivo es el de asegurar el éxito de la contienda judicial.

En cambio, las diligencias previas no necesitan de juicio o resolución previos, aunque también las señala la Ley, así, el Código Civil en su Art. 67, respecto de la presunción de muerte del desaparecido, dispone que se justifique "previamente que se ignora su paradero; que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y que, desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de la existencia del desaparecido, han transcurrido, por lo menos, dos años".

En resumen, las cuestiones prejudiciales reclaman ser resueltas antes de iniciar la acción, porque tienen incidencia con otra; y, las diligencias previas, no necesitan de pronunciamiento especial, como en el ejemplo señalado; no obstante, las cuestiones prejudiciales y las diligencias previas son un presupuesto necesario para el ejercicio de la acción.

55. Las diligencias cautelares o precautorias

Por definición de los vocablos cautelar o precautar, estas diligencias sirven para prevenir, adoptar precauciones o proteger, empleando los medios o modos que impidan los daños o males y reduzcan o supriman los peligros; estas medidas tienen por objeto asegurar las condiciones necesarias para la ejecución de la futura y probable sentencia definitiva.

Se clasifican en personales y reales, según recaigan sobre personas y bienes. Entre las personales tenemos el arraigo o prohibición de ausentarse, como disponen el Código de Menores, en su Art. 74, y el Código de Procedimiento Civil, en sus Arts. 738, 927 y 929; y, las reales, que consisten en la prohibición de enajenar bienes, la retención y el secuestro de bienes

muebles, en el fruto de los raíces y en los bienes raíces, como preceptúan los Arts. 432, 912, 917 y 921 del Código de Procedimiento Civil.

56. Las diligencias preparatorias

Preparar significa prevenir, disponer y aparejar una cosa para que sirva a un efecto o prevenir a un sujeto o disponerle para una acción que se ha de seguir.

Juan Isaac Lovato ⁸⁶, entre los objetivos principales de esta diligencia señala:

"Estos actos son preparatorios de la demanda. Para asegurar el éxito en el juicio, el que la propone puede preparar la demanda con esos actos, los cuales, en nuestro sistema procesal, tiene por objeto asegurar la prueba del actor, asegurar el triunfo de éste, en la contienda judicial"; agrega que dichos actos "tienen por objeto obtener un título ejecutivo, como en los casos de confesión judicial y de reconocimiento de documentos."

José Ovalle Favella ⁸⁷, dice: "cuando se pretenda despejar alguna duda, remover algún obstáculo o subsanar alguna deficiencia antes de iniciar un proceso."

Para Emilio Velasco Céleri ⁸⁸, tiene por objeto "asegurar o preparar la prueba."

El Art. 68 del Código de Procedimiento Civil determina los actos preparatorios que pueden preceder a la demanda, como son: la confesión judicial, la exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción, la exhibición y reconocimiento de documentos; la información sumaria o de nudo hecho, en los juicios de posesión efectiva, apertura de testamentos y en los demás expresamente determinados por la Ley; y, la inspección judicial.

⁸⁶ Juan Isaac Lovato. Obra citada. Cuarto Tomo. 1.962. pág. 192.

⁸⁷ José Ovalle Favella. "Derecho Procesal Civil". Industria Editorial. México. 1980. pág. 30.

⁸⁸ Emilio Velasco Céleri. Obra citada. Tomo 1, pág. 11.

La conjunción copulativa "y" nos da a entender que se trata de una enumeración taxativa; en resumen, son esos medios de prueba los que se deben asegurar o preparar.

Con la confesión judicial el que pretende demandar puede subsanar una deficiencia, en definitiva, puede asegurar la prueba y el éxito de la contienda judicial.

La exhibición de una cosa o documento para despejar alguna duda o cerciorarse si le corresponde o no.

La recepción de la declaración de testigos "cuando se tema fundamentadamente que éstos fallezcan por vejez o enfermedad, o si están para ausentarse a las provincias de la Región Oriental, la provincia de Galápagos o fuera de la República" (Art. 241 C.P.C.), cuyo objetivo es el de facilitar el esclarecimiento de los hechos controvertidos y evitar el perjuicio que pudiera sobrevenir de no recibir esas declaraciones.

La inspección judicial, a más de cumplir los objetivos previstos en el Art. 246 del Código de Procedimiento Civil, "examen o reconocimiento que el juez hace de la cosa litigiosa o controvertida, para juzgar de su estado y circunstancia.", en muchos casos sirve para preparar la demanda y fundamentalmente como medio de prueba del estado y circunstancia de la cosa litigiosa, lo que constituye una medida de aseguramiento de las huellas, rastros o vestigios que el juez observa y de esa manera se evita que desaparezcan.

Según el Art. 252 del invocado cuerpo de leyes, la inspección hace prueba en los asuntos que versan sobre localidades, linderos, curso de aguas y otros casos análogos, que demandan examen ocular o conocimientos especiales.

57. ETAPA EXPOSITIVA

En principio, el Art. 68 C.P.C., establece que "todo juicio principia por demanda" y recogiendo el pensamiento de Couture que dice: "el juicio está constituido por un debate entre partes en el que ambas exponen ordenadamente sus puntos de vista", en esa virtud, esta etapa tiene por objeto

que las partes expongan sus pretensiones ante el juez, expresando los fundamentos de hecho y de derecho; el actor, al formular su demanda (Nº 5º Art. 71 C.P.C.) y el demandado, al contestarla (inciso final del Nº 3º Art. 106 C.P.C.). El juez tiene la obligación de examinar tanto la demanda como la contestación a ella si son claras y reúnen los requisitos puntualizados en los preceptos antes invocados, y, de encontrar que no se los ha cumplido, ordenará que se aclare o complete; es decir, ese examen que realiza el juez sirve para la admisibilidad de la demanda o para abstenerse de darle trámite. (Art. 73 C.P.C.).

58. ETAPA PROBATORIA

También se la denomina demostrativa, la cual tiene como finalidad fundamental que las partes suministren los medios de prueba necesarios o medios de verificación de las proposiciones de las partes, para lo cual se debe tomar en cuenta las circunstancias previstas en los Arts. 117 y 118 del Código de Procedimiento Civil, que constituyen los principios de la carga de la prueba. En algunos casos el juez también puede ordenar de oficio la práctica de diligencias procesales de prueba cuando así lo estime necesario para el esclarecimiento de la verdad, excepto la prueba testimonial que no puede ordenarla de oficio, pero si puede el Juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente (Art. 122 C.P.C.).

La prueba debe concretarse al asunto que se litiga, lo que significa que no necesariamente debe hacerse uso de todos los medios de prueba previstos por nuestro ordenamiento legal (Art. 125 C.P.C. y Art. 1742 C.C.), porque, según prevé el inciso final del Art. 119 del C.P.C. "El juez no tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren decisivas para el fallo de la causa". De otra parte, debemos observar que la prueba hace fe en juicio solamente cuando ha sido debidamente actuada, esto es, aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley (Arts. 120, 121 y 319 C.P.C.).

59. ETAPA CONCLUSIVA

En nuestro ordenamiento legal se la conoce como de alegatos; en el juicio ejecutivo (Art. 444 C.P.C.), el juez concede el término de cuatro días

para que las partes aleguen; mientras que en los demás juicios es facultativo presentar o no los alegatos, como en el juicio ordinario, en el que las partes: "podrán presentar sus manifiestos en derecho" (Art. 415 C.P.C.) o en el verbal sumario, "pueden las partes presentar informes en derecho" (Art. 852 C.P.C.).

Esta etapa tiene por objeto que las partes precisen y reafirmen sus pretensiones, teniendo como fundamento los medios de prueba evacuados en la forma determinada por la ley.

Se la denomina conclusiva en doble sentido, como afirma José Ovalle⁸⁹ "Primero, en cuanto en ella las partes formulan sus conclusiones o alegatos; y, segundo, en tanto que con ella concluye o termina la actividad de las partes en el proceso, al menos durante la primera instancia."

60. ETAPA RESOLUTIVA

En esta etapa el juez adopta la decisión que corresponde, previo examen o análisis tanto de las pretensiones y afirmaciones de las partes, como los medios de prueba que se hubiesen practicado o como dice el Art. 273 del Código de Procedimiento Civil, "...es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio", en virtud de la cual resuelve únicamente los puntos sobre los que se trabó el litigio sometido a proceso (Art. 277 C.P.C.).

61. ETAPA IMPUGNATIVA

El vocablo impugnar significa refutar, objetar, contradecir o no reconocer voluntariamente la eficacia jurídica de una resolución, en el fondo o en la forma, o porque no se ajusta a derecho.

El objetivo fundamental de la impugnación radica en que el superior revise la legalidad de la resolución del juez o tribunal de primera instancia, que según el Art. 338 del Código de Procedimiento Civil, puede ser confirmada, revocada o reformada.

⁸⁹ José Ovalle Favela. Obra citada. pág. 34.

En las sentencias o autos resolutive expedidos en primera instancia la ley establece los recursos de apelación y el de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso (Art. 324 C.P.C.), y pueden hacer uso de ellos una de las partes, o ambas.

Nuestra legislación también contempla la consulta, Instituto Jurídico de orden público mediante el cual el Superior tiene amplias atribuciones para examinar todo lo actuado por el juez inferior: confirmando, revocando o reformando.

Por ejemplo, según el Art. 122 del Código Civil, las causas sobre la validez o nulidad del matrimonio tendrán dos instancias, lo que significa que el Juez de primera instancia, aunque las partes no interpongan ningún recurso, debe disponer la consulta al superior, como así, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en múltiples fallos.

La Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia expedida el 24 de octubre de 1983⁹⁰, establece:

"CUARTO.- Ciertamente que la causa ha permanecido en abandono por más del lapso legal para que se opere éste según concreta en su informe el señor Ministro Fiscal General. Mas, pendiente de resolución la consulta ordenada por el juez de origen ésta tenía preeminencia sobre aquél porque se trata de una institución de orden público establecida en guarda del núcleo primario de la sociedad que es el matrimonio, a tanto que aún sin existir recurso de las partes debe tener tres (hoy dos) instancias necesariamente, mientras que el fundamento del Decreto Supremo N° 215, publicado en el Registro Oficial N° 168 de 24 de febrero de 1971 (Art. 395 C.P.C. y 210 L.O.F.J., reformado por el Art. 7 de la Ley 39. R. O. 201S, 25-XI-97) atañe al interés privado de los contendientes, sancionando su incuria con el abandono y archivo de la causa. Tal la razón de ser para que aún existiendo deserción del recurso las Salas del Tribunal se pronuncien sobre la consulta que deja abierta la instancia

⁹⁰ Gaceta Judicial Serie XIV N° 4, págs. 818 y 819.

franqueando al superior la facultad legal para confirmar, reformar o revocar el fallo consultado..."

Respecto de las sentencias judiciales adversas al Estado, a las municipalidades y demás entidades del Sector Público, de acuerdo con lo previsto por los Arts. 341 y 1042 C.P.C., obligatoriamente deben consultarse al inmediato superior, aunque las partes no concurren; sin embargo, dichos preceptos se encuentran tácitamente derogados por la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial N° 335, de 9 de Junio de 1998, cuyo inciso primero del Art. 16 establece que: "El Estado y las dependencias, entidades del sector público comparecerán e intervendrán con los mismos derechos y obligaciones de los particulares en el proceso judicial. Por consiguiente se les citará, contestarán la demanda, presentarán las pruebas, cumplirán todas las diligencias y las obligaciones derivadas de los fallos judiciales y, tendrán derecho a interponer los recursos que la ley les faculta, sin privilegios de ninguna clase. ", consecuentemente resulta improcedente disponer la consulta de las sentencias judiciales adversas al Estado y demás entidades del sector público.

De otra parte, nuestro ordenamiento legal prevé el recurso de casación, el mismo que procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento y de las providencias expedidas en la fase de ejecución de las sentencias derivadas de los mencionados procesos, con la advertencia fundamental de que deben emanar de las cortes superiores, de los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo (Art. 2 Ley de Casación).

El Código de Procedimiento Civil contempla la aclaración o la ampliación de las sentencias, autos y decretos (Arts. 285, 286 y 293 C.P.C.), pero no son medios de impugnación de una sentencia, ya que el juez no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso, como dispone el Art. 285 del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, así lo establece: ⁹¹

⁹¹ Gaceta Judicial Serie XVI N° 12, pág. 3037.

"La aclaración o la ampliación no son medios de impugnación de la sentencia para que se la revoque o se altere en alguna forma su núcleo, por prohibirlo categóricamente el Art. 385 ibídem (285 C.P.C.). La aclaración procura corregir o salvar una simple deficiencia de expresión, en ningún supuesto un defecto de volición o la reposición de lo decidido, pues no debe asimilarse oscuridad con equivocación. La ampliación en cambio procura que la sentencia se complete con los puntos deducidos y discutidos en la litis y omitidos decidir en aquella."

62. ETAPA EJECUTIVA

Esta etapa es eventual, porque se presenta solamente en los casos en que la parte que obtuvo sentencia de condena acorde a sus pretensiones, solicita al juez que, como la parte vencida no ha cumplido voluntariamente con lo ordenado en la sentencia, tome las medidas necesarias para que ésta sea realizada forzosamente.

La ejecución de la sentencia corresponde, en todo caso, al juez de primera instancia (Art. 306 C.P.C.).

La fase de ejecución, de manera general, es aplicable para los juicios ordinarios, verbal sumario, ejecutivo y demás sumarios, y se desarrolla del mismo modo que las sentencias dictadas en el juicio ejecutivo, partiendo del mandamiento de ejecución, como así se establece del contexto de los Arts. 498, 500 y 448 del C.P.C., en el orden indicado.

Respecto de cada una de las etapas procesales antes enunciadas tendremos la oportunidad de ampliar estos pensamientos.

DIFERENCIACION DE OTRAS FIGURAS

Proceso, Procedimiento, juicio, enjuiciamiento.

Nuestro ordenamiento constitucional y legal utiliza indistintamente los vocablos proceso, procedimiento, juicio, enjuiciamiento, no obstante las diferencias esenciales que existen entre uno y otro.

Al respecto, la Constitución Política, en su Art. 24, dice: "Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías

básicas: 1.... Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada **procedimiento.**"

La Ley de Casación, al referirse a la procedencia del recurso de casación, en su Art. 2 (sustituido por el Art. 2 de la Ley s/n. R. O. 39, de 8 de abril de 1997), estatuye que "...procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los **procesos de conocimiento**,..."

La Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, al resolver el recurso de casación en el juicio ejecutivo N° 71298, (R. O. N° 145, de 10 de marzo de 1999), señala que: "En definitiva, tal cosa ocurre solamente en los **procesos de conocimiento**, es decir, dentro de nuestro sistema procesal civil, los que se sustancian por las vías ordinaria y verbal sumaria."

El Código de Procedimiento Civil, en el Art. 79 estipula que "todo el que fuere parte de un **procedimiento judicial**" se refiere a los sujetos del proceso; en el Art. 103 emplea el término litigio como sinónimo de procedimiento: "Son dilatorias las que tienden a suspender o retardar el curso del litigio"; en el Art. 364, al decir: "Los jueces...mandarán reponer el proceso al estado en que estuvo cuando se omitió la solemnidad que motiva la declaración...", cuando lo que se repone es el procedimiento, en el mismo sentido se expresa en el Art. 372.

63. Proceso y Procedimiento

En el lenguaje común ambas voces son empleadas como sinónimas, mas, no debemos confundirlas. Peñaherrera y Couture definen al proceso como conjunto de escritos o documentos o actuaciones, un instrumento jurídico, un objeto físico, una cosa, en el que consta el juicio o litigio. Se precisa la diferencia entre proceso y procedimiento cuando Couture agrega que la simple secuencia "no es proceso, sino procedimiento", al proceso lo concibe como continente y al procedimiento como contenido.

Nuestro ordenamiento legal, respecto del proceso, también lo considera como un instrumento jurídico, objeto o cosa, como se desprende de los siguientes artículos del Código de Procedimiento Civil:

Art. 133, al decir: "Si el juez no cumpliere este deber, el superior, en cualquier momento en que subiere el proceso, impondrá al juez omiso la multa que él dejó de imponer."

Art. 343. "Los secretarios relatores, luego que se les entregue el proceso, anotarán en él la fecha en que lo han recibido..."

Art. 1041. "La numeración de las fojas de los procesos se expresará en letras; y si fuere necesario corregirla, se dejará legible la anterior y se salvará la enmendadura..."

Art. 1047. "En los casos de pérdida o destrucción de procesos harán fe:..."

Art. 292. "Las sentencias se expedirán dentro de doce días;...pero si el proceso tuviere más de cien fojas,..."

El Reglamento sobre arreglo de procesos y actuaciones judiciales complementa nuestro pensamiento, al decir:

Art. 1. "Todo proceso, desde su iniciación, llevará una cubierta o carátula..."

Art. 24. Los expedientes serán cuerpos cómodamente manejables, que tendrán al rededor de cien fojas, pero se cuidará razonablemente de no dividir en otro cuerpo las sentencias, los alegatos y diligencias que precisen continuidad."

Jorge Zavala Baquerizo⁹², analizando la naturaleza jurídica del proceso, expresa que:

"la actividad de las partes procesales o lo que las partes llevan al proceso no son suficientes para formar el proceso ni para fundamentarlo; dichos actos estructuran el proceso, los mismos que se desarrollan de manera progresiva y continuada hasta

⁹² Jorge E. Zavala Baquerizo. Obra citada. págs. 20 y ss.

llegar a la sentencia, a través de las etapas que la ley de procedimiento establece para su conformación."

Respecto del procedimiento, dice:

"...es el camino señalado por la ley para que se desarrolle el proceso. Es el conjunto de normas establecidas en la ley, cumpliendo las cuales deben desenvolverse los actos procesales constitutivos de la relación jurídica, que es la naturaleza del proceso. Los actos procesales deben sujetarse para su introducción, práctica y eficacia a ciertas reglas previamente establecidas por la ley. Estas reglas que, unidas, forman el procedimiento, obligan de manera principal, esencial, al titular del órgano jurisdiccional, pues a él van especialmente dirigidas, así como también a los particulares, a las partes procesales y a los sujetos procesales secundarios, pero siempre a través del juez, quien es el destinatario principal de las leyes de procedimiento."

Peñaherrera⁹³, señala que:

"Procedimiento es la serie o conjunto de formas o trámites que deben observarse para la administración de justicia, esto es, para que la autoridad judicial aplique la ley y haga efectivos los derechos, o contribuya a solemnizar los actos que requieren su intervención."

Conviene precisar que Peñaherrera se refiere a la forma, esto es, a las solemnidades externas (inc. 2° Art. 16 C.C.), lo que permite distinguir más aún entre proceso y procedimiento. Este análisis implica abordar delicados conceptos jurídicos, sin embargo, didácticamente, tiene por finalidad indicar a los estudiantes la estructura del proceso civil considerado en su naturaleza, en sus sujetos, objeto, fin y procedimiento por el que debe desarrollarse; en consecuencia, podemos decir que el proceso contiene un conjunto de actos o actuaciones judiciales que las partes se limitan a documentar, a través del juez, siguiendo los pasos o etapas establecidas en la ley o cumpliendo las reglas preestablecidas. Por ejemplo: una actividad de la parte actora, al proponer la

⁹³ Víctor Manuel Peñaherrera. Obra citada, pág. 2.

demanda, puede ser un simple y modificable proyecto de ella, puesto que debe cumplir las formalidades previstas por la ley, es decir, está sujeta a que el juez la examine si cumple o no con los requisitos correspondientes (Art. 73 C.P.C.). De dicho examen pueden surgir dos caminos: uno, que el juez la encuentre incompleta o que no es clara y que el actor no la aclare o complete dentro del término de tres días, en cuyo caso, el juez se abstendrá de tramitarla y dispondrá la devolución de los documentos acompañados a la demanda, de cuya resolución puede apelar el actor; y, el segundo, que el actor la complete o aclare dentro del indicado término o que el juez la califique de clara y completa; esos mecanismos o reglas señaladas por la ley constituyen el procedimiento, sujeto a una estructura formal o técnica. El alejamiento o inobservancia de esas normas, produce consecuencias concretas, que pueden llevar hasta la nulidad absoluta del proceso, en cuyo caso, el proceso finaliza con la declaración de la nulidad sin alcanzar su desarrollo, su progreso o continuidad por las etapas que el Código de Procedimiento Civil establece para la constitución del proceso.

64. Juicio y Enjuiciamiento

El Código de Procedimiento Civil en su Art. 61 define al juicio como "la contienda legal sometida a la resolución de los jueces"; al Libro Segundo, lo intitula "DEL ENJUICIAMIENTO CIVIL"; en los Arts. 184, 520, 1036 hace alusión al enjuiciamiento penal; al TÍTULO I, "De los juicios en general"; al TÍTULO II, lo denomina: "De la sustanciación de los juicios"; y, sus diferentes secciones se refieren a la diversidad de "juicios": ordinario, ejecutivo, posesorios, de alimentos, verbal sumario, etc., en definitiva, la palabra juicio se emplea con dos significados: como sinónimo de proceso o de procedimiento.

Con mucha frecuencia se emplea las palabras "controversia" (Art. 63), "causa" (Arts. 9, 15, 21, 47 N° 2, 64, 113) "pleito" (Arts. 48 N° 2° y 3°, 112 N°s 2 y 4, 113 N°s 1 y 6, 289) "litis o litigio", (Arts. 103, 277, 287, 290, 408, 409), y reiteradamente la de juicio (Arts. 40, 41, 42, 44, 112 N° 3, 115, 117, 277, 355, 356, 404, etc.).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en la resolución publicada en la Gaceta Judicial Serie VIII N° 6, pág. 593, señala:

"En lenguaje jurídico, en verdad, no hay acciones ejecutivas, ni acciones ordinarias ni acciones sumarias, sino vía, trámite, sustanciación o juicios de tales clases; la acción comprende lo que se reclama y los fundamentos del reclamo." (Nº 3º y 4º Art. 71 C.P.C.).

Joaquín Escriche, y siguiendo a él, Guillermo Cabanellas, en sus diccionarios expresan que enjuiciamiento es el orden y método que debe seguirse, con arreglo a leyes y jurisprudencia, en la formación e instrucción de una causa de cualquier jurisdicción que fuere, para que las partes puedan alegar y probar cuanto les convenga, y venir el juez en conocimiento del derecho que les asiste, declarándolo por medio de sus sentencias.

La Constitución Política vigente, en sus Arts. 193 y 194, se refiere a las leyes procesales y a la sustanciación de los procesos, como sinónimos de procedimiento y no de juicio.

Juan Isaac Lovato⁹⁴, nos recuerda que el vigente Código de Procedimiento Civil empezó a regir desde el 10 (lo correcto es el 1º) de abril de 1938, sistema procesal que antes se llamaba "Código de Enjuiciamientos en Materia Civil", siguiendo la denominación de su fuente fundamental, la "Ley de Enjuiciamiento Civil" de España.

"Que el actual código procesal representa el conjunto de leyes relativas a la forma de proceder en toda clase de asuntos que se ventilen ante los jueces; no sólo en los contenciosos, sino también en los de jurisdicción voluntaria.

Define al enjuiciamiento como "la instrucción legal de un asunto litigioso" o "conjunto de reglas prefijadas por la ley para la tramitación y terminación de toda clase de asuntos judiciales."

⁹⁴ Juan Isaac Lovato. Obra citada. Cuarto Tomo, pág. 5 a 7.

Respetando la opinión del ilustre tratadista consideramos que esa definición corresponde al procedimiento, y así lo corrobora Jorge Zavala Baquerizo⁹⁵, al exponer que:

"El procedimiento es el camino señalado por la ley para que se desarrolle el proceso. Es el conjunto de normas establecidas en la ley, cumpliendo las cuales debe desenvolverse los actos procesales constitutivos de la relación jurídica. Los actos procesales deben sujetarse para su introducción, práctica y eficacia a ciertas reglas previamente establecidas por la ley."

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo⁹⁶, sostiene con razón, que:

"Nuestra ley de Enjuiciamiento Civil, como dijimos, enraiza en el Derecho común medieval, descansa sobre el concepto de juicio y no sobre el de proceso. Es más: salvo en el derogado Art. 388 (donde significaba actuaciones), la palabra proceso es extraña a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su lugar se vale de una buena cifra de sinónimos, según hace poco expusimos; en cambio, aun basada también en el juicio (y de ahí el común denominador "enjuiciamiento"), la encontramos en la ley procesal penal, donde además alcanzan gran relieve sus derivados procesamiento y procesado..."

La opinión dominante en la actualidad, a la cual nos adherimos, concibe que la palabra juicio y sus derivados, como enjuiciamiento, procesado o acusado, corresponde al campo penal, por cuanto, según el actual Código de Procedimiento Penal, con el auto de apertura del plenario, o "de llamamiento a juicio", con el nuevo Código Adjetivo Penal, que rige parcialmente y entrará en plena vigencia a partir del 13 de julio del 2001, de todo proceso penal que tiene por objeto un delito punible y pesquisable de oficio, lo constituye al sujeto pasivo del proceso en la situación jurídica de **procesado**, palabra utilizada en el actual Código de Procedimiento Penal en sus Arts. 261, 270, 286, 290, 291, etc., el nuevo Código, a una de las etapas

⁹⁵ Jorge Zavala Baquerizo. Obra citada. Tomo I. Cuarta Edición. 1989. pág. 29.

⁹⁶ Niceto Alcalá - Zamora y Castillo. "La Teoría General del Proceso y la Enseñanza del Derecho Procesal". Tomo I.
México. UNAN, 1974.

del proceso penal la denomina "El Juicio" (Nº 3, Art. 206 o Art. 250), en la que se emplea la palabra "acusado", con ello, lo emplaza, le exige para que, frente a la presunción de culpabilidad que existe contra él concurra a los juicios de reproche y de desaprobación o juicio de atribuibilidad, por tener relación con el delito, esto es, está sometido a un debate y al juicio de imputabilidad y culpabilidad.

Así parece concebir Peñaherrera ⁹⁷, quien afirma:

"En filosofía, juicio es la operación del entendimiento que consiste en comparar dos ideas, para conocer y determinar sus relaciones. Y de acuerdo con este concepto, que guarda perfecta armonía con la etimología de la palabra, podría denominarse juicio, como en el antiguo Derecho Romano y Español, en el Francés, etc., la sentencia misma en que el juez compara los hechos con la ley, y deduce o infiere las conclusiones respectivas."

Corroborar Alcalá - Zamora y Castillo ⁹⁸, al decir:

"La serie de las actuaciones judiciales no es propiamente el juicio, como algunos lo definen, sino el método que en él se procede; y así es que no llamamos juicio al proceso; y, enjuiciamiento, es una denominación adecuada para bautizar a nuestra ley procesal penal, pero ya no lo es para caracterizar a la procesal civil..."

En aras de la simplicidad de la exposición, no es el caso entrar al análisis pormenorizado de los distintos criterios doctrinarios adoptados, sólo diremos que no es correcto que al LIBRO SEGUNDO se lo denomine "DEL ENJUICIAMIENTO CIVIL", por cuanto el TITULO I se refiere a todas y cada una de las etapas del proceso, parte de los actos preparatorios, demanda, citación, excepciones, pruebas, sentencias, autos y decretos, recursos, etc., cuando dichos actos son los que estructuran el proceso civil, el cual se

⁹⁷ Víctor Manuel Peñaherrera. Obra citada. Tomo III. pág. 14.

⁹⁸ Niceto Alcalá - Zamora y Castillo. "Estudios de Derecho Procesal". págs. 461 y ss.

perfecciona con ellos y se van desarrollando de manera continuada y progresiva lo que constituye el procedimiento hasta llegar a la sentencia y eventualmente a la impugnación o ejecución procesal; advirtiéndose que hay casos que culminan con auto resolutivo y otros no alcanzan esa meta, por razones diversas que veremos en su lugar, como el desistimiento, el allanamiento o el abandono; y, de otra parte, existen asuntos de jurisdicción voluntaria. Por lo que el Libro Segundo debería denominarse "Del Procedimiento."

En resumen, con la opinión de Alcalá-Zamora⁹⁹ "Todo proceso arranca de un presupuesto (litigio), se desenvuelve a lo largo de un recorrido (procedimiento) y persigue alcanzar una meta (sentencia), de la que cabe derive un complemento."

"...cuando de su resolución dependiere la existencia del delito que en él se investiga."

"la jurisdicción civil, como presupuesto del procedimiento penal."

⁹⁹ Niceto Alcalá - Zamora y Castillo. cita de José Ovalle Favela. Derecho Procesal Civil. pág. 5.

CAPITULO V

LA PREJUDICIALIDAD

65. Definición

Hernando Devis Echandía¹⁰⁰, aborda el tema con profundidad y erudición que le son características, expresa su concepto, manifestando que:

"Para nosotros existe prejudicialidad cuando se trate de una cuestión sustancial, diferente pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, bien ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre la que es materia del litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca y sin que sea necesario que la ley lo ordene."

José Cafferata Nores¹⁰¹, dice, hay prejudicialidad:

"...cuando de su resolución dependiere la existencia del delito que en él se investiga."

Aguilera de Paz¹⁰², considera como cuestiones prejudiciales en el procedimiento penal:

"...a las cuestiones civiles, canónicas o administrativas propuestas en una causa con motivo de los hechos perseguidos"

¹⁰⁰ Hernando Devis Echandía. "Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso". Tomo I. Décimocuarta Edición. Editorial ABC. Bogotá. 1996. pág. 535.

¹⁰¹ José Cafferata Nores. "Temas de Derecho Procesal Penal." Ediciones Depalmada. Buenos Aires. 1988. pág. 50.

¹⁰² Aguilera de Paz. "Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas en el proceso penal". Editorial Hijos de Reus. Segunda Edición. Madrid-España. 1917, pág. 27.

en la misma, que se hallan tan íntimamente ligados al acto justiciable que sea racionalmente imposible separarlas o que su resolución pueda tener influjo en la decisión de la causa, o de cuyo fallo haya de depender la sentencia que deba dictarse en ésta."

Manzini¹⁰³ con un sentido amplio y comprensivo, se la ha querido determinar en una fórmula precisa y concreta, diciendo:

"Prejudicial es toda cuestión jurídica cuya resolución constituye un presupuesto para la decisión de la controversia principal sometida a juicio."

Leonardo Prieto Castro¹⁰⁴ define:

"Es la situación que se produce en un proceso civil, cuando para decidir sobre su objeto concreto, es necesario resolver antes una cuestión de carácter administrativo o jurisdiccional atribuida al conocimiento de un tribunal que ejerce una manifestación jurisdiccional distinta, pero diferencial."

Jorge Zavala¹⁰⁵ expone:

"...la prejudicialidad civil en materia penal está dada por toda cuestión de carácter jurídico-civil que debe ser previamente resuelta por el órgano jurisdiccional civil, como presupuesto necesario para la procedencia del ejercicio de la acción penal, o de la sentencia. Dentro de la frase "jurídico-civil" encerramos todas aquellas cuestiones extra-penales, sean de carácter civil propiamente, o mercantil, o laboral, o administrativa, etc."

¹⁰³ Vincenzo Manzini. "Tratado de Derecho Procesal Penal". Traducción de Sentís Melendo y M. Ayerra Redín. Editorial EJE, Buenos Aires. 1951. Tomo I. pág. 342.

¹⁰⁴ Leonardo Prieto Castro. "Derecho Procesal Civil". Primera Parte. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1968. págs. 39-40.

¹⁰⁵ Jorge Zavala Baquerizo. "El Proceso Penal". Tomo I. Cuarta Edición. EDINO. Bogotá. 1989. pág. 252.

Todos los autores señalan lo embarazoso que es lograr un concepto preciso acerca de la materia que integra la prejudicialidad y encontrar una definición que merezca la aprobación general, desde que, en su mayoría, están regidas por un determinado sistema legislativo.

La prejudicialidad es un instituto de los más complicados del Derecho Procesal, por la multitud de cuestiones prejudiciales que contempla nuestra ley, lo que ocasiona problemas arduos, además, se encuentra deficientemente regulada, por lo que debe ser restringida para un buen entendimiento y requiere una minuciosa expresión de la ley.

Edmundo Durán Díaz¹⁰⁶ previo a la transcripción de la opinión de Leone Giovanni, señala que dicho autor recomienda evitar la inconveniencia de establecer indiscriminadamente un considerable número de cuestiones prejudiciales porque, aparte de que se puede socavar la eficacia del proceso penal, éste quedaría sujeto a las más absurdas e imprevisibles complicaciones que afectarían a su finalidad que es la de llegar con cierta rapidez a la cosa juzgada.

"Este fenómeno ha de limitarse todo lo posible, a fin de evitar que el juicio se fraccione en otros tantos arroyuelos, en daño exclusivo de la concentración procesal o de la continuidad del proceso."

De las opiniones doctrinales que hemos señalado se puede observar que muchas son las posiciones adoptadas sobre la prejudicialidad, sin que se pueda concluir que se ha llegado a encontrar la solución definitiva del problema; todo lo contrario, creemos que aún existe mucha confusión sobre este instituto jurídico, puesto que en las definiciones unos se refieren a la prejudicialidad al ejercicio de la acción, otros admiten sólo la prejudicialidad a la sentencia, y hay otras que admiten las dos.

¹⁰⁶ Edmundo Durán Díaz. "Manual de Derecho Procesal Penal". Volumen I. EDINO, 1992. pág. 158.

66. Sistemas Principales adoptados para el ordenamiento de las cuestiones prejudiciales

En la doctrina y en las legislaciones comprobamos que son tres los sistemas principales: a) el imperio de la jurisdicción penal; b) el sistema de la separación jurisdiccional absoluta; y, c) el sistema de la separación jurisdiccional relativa.

66 a). Sistema del imperio de la jurisdicción penal

Proclama la independencia y predominio de la jurisdicción penal, sustentándose en el principio básico de la competencia de que el juez de la causa debe resolver todas las cuestiones prejudiciales que se promuevan, es decir que "El juez de la acción es el juez de la excepción."

Aguilera de Paz¹⁰⁷ enseña que:

"El juez de la causa es el que debe decidir todas las cuestiones prejudiciales, desde luego sin alcance de cosa juzgada y al solo efecto de resolver la cuestión principal (inter tantum). Sus sostenedores se fundan en la circunstancia de que el juez llamado a decidir sobre la existencia de un delito, sobre sus caracteres de penalidad, sobre la culpabilidad de aquel a quien se le imputa, debe tener necesariamente el derecho de examinar, de apreciar todos los hechos, todos los actos constitutivos de dicho delito y de fallar sobre todas las cuestiones que con él se relacionen."

66 b). Sistema de la separación jurisdiccional absoluta

Bajo este sistema se respeta la competencia del juez a quien la ley le concede la facultad de resolver un asunto controvertido, según la naturaleza. Por ejemplo, el juez de lo penal ha de reservar siempre al órgano competente la resolución de toda cuestión prejudicial que se plantee en la causa penal.

¹⁰⁷ Aguilera de Paz. Obra citada. pág. 40.

66 c). Sistema de la separación jurisdiccional relativa

Admite la prejudicialidad limitada y obligatoria, o bien limitada pero facultativa. El juez de lo principal debe o puede (obligatoria o facultativamente) enviar o devolver al órgano competente la resolución de la cuestión que se plantea como incidental, es decir, produce la ruptura del orden jurisdiccional, divide en varias competencias y provoca serias confusiones.

Al respecto, Edmundo Durán Díaz¹⁰⁸, señala que:

"Estos extremos, sin duda inconvenientes, obligaron a los juristas y legisladores a crear un sistema intermedio, mediante el análisis previo, extenso y cuidadoso de todas las cuestiones civiles enlazadas con los hechos penales, para seleccionar aquellas que deban ser de competencia exclusiva de la jurisdicción civil. Este es el sistema de la separación jurisdiccional relativa que, a su vez, se subdivide en dos:

a). Separación jurisdiccional relativa facultativa.

Las legislaciones que siguen este sistema dejan al juez penal la decisión de enviar o no enviar la cuestión prejudicial a los jueces civiles. Dicho de otro modo, la ley deja al juez la facultad de decidir si se pronuncia sobre la cuestión no penal, o de suspender el proceso y esperar la resolución del juez civil para proseguir la sustanciación y dictar el fallo en el juicio penal.

b). Separación jurisdiccional relativa obligatoria.

Según este sistema, no se concede al juez penal la facultad de decidir el envío cuando aparezca la cuestión prejudicial, sino que es la misma ley la que, a priori, señala expresamente cuáles son los problemas no penales que deben ser necesariamente resueltos por los jueces civiles y que, por lo tanto, le son vedados al órgano jurisdiccional penal.

¹⁰⁸ Edmundo Durán Díaz. Obra citada. págs. 157-158.

Agrega que, el Código de Procedimiento Penal, fundado en el Art. 16, se afilia a este último sistema, que tiene mayor acogida en las nuevas legislaciones, pues tiende a mantener la autonomía de la acción penal, ya que sólo admite como excepciones las cuestiones prejudiciales expresamente previstas en la ley."

Advertimos que, el nuevo C. P. P., en el Art. 40, suprime el inciso segundo del mencionado Art. 16, en consecuencia, las acciones derivadas de una denuncia o acusación particular que fueren calificadas como maliciosas o temerarias, ya no son prejudiciales, constituyen un presupuesto de procedibilidad.

CLASES DE PREJUDICIALIDAD

La doctrina y en algunas legislaciones, ordinariamente, distinguen entre la prejudicialidad a la acción y "excepciones prejudiciales" que, a nuestro entender, esta última corresponde a la prejudicialidad a la sentencia.

67. Prejudicialidad a la acción

Son las cuestiones que reclaman ser resueltas antes de ejercer la acción, es decir, constituyen un obstáculo al curso del procedimiento, que se inicia con la demanda, hasta que no haya sido resuelta la cuestión prejudicial.

Es decir, que para ejercer la acción - civil o penal - la ley exige que ciertas circunstancias estén presentes antes o al momento de ejercer la acción.

Supongamos que en un juicio civil por divorcio, fundado en la causal 6a del Art. 109 C.C., el juez civil recibe prueba de que está pendiente de resolución el juicio de impugnación de paternidad del hijo. El juez civil como única alternativa deberá rechazar la demanda de divorcio, puesto que no se trata de cuestiones "incidentales", que surgen con posterioridad a la admisibilidad de la demanda de divorcio, sino que se trata de un presupuesto o circunstancia que debe estar cumplido antes o al momento de demandar el divorcio, esto es, "la sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo"; dicho de otro modo, para el divorcio por esta causa basta el hecho objetivo de esa sentencia ejecutoriada.

68. Prejudicialidad a la sentencia

Si se ha iniciado el juicio y se plantea como excepción la cuestión prejudicial, surge dentro del proceso, entonces constituye un presupuesto necesario de la decisión final, porque se vincula de manera inseparable al asunto sobre el cual el juez debe juzgar o ella influye decisivamente en la determinación o calificación del hecho.

Nuestro ordenamiento jurídico no regula la prejudicialidad a la sentencia, ya señalamos anteriormente, que en materia penal existía el Art. 22 del C. P. P. de 1.971, que disponía: "...se suspenderá la expedición de la sentencia hasta que tal pronunciamiento se produzca"; mientras tanto, en la vida práctica se presentan casos que constituyen un verdadero obstáculo a la prosecución comenzada, su ausencia produce serias dificultades y ocasiona errores judiciales; en consecuencia, en presencia de la prejudicialidad a la sentencia -civil o penal- estimamos que para que sea posible decidir sobre lo que es materia del juicio, por lógica jurídica, el procedimiento debe suspenderse hasta cuando aquella decisión se produzca.

El Art. 652 del C.P.C., al referirse a las reclamaciones sobre desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios, señala que: "serán decididas dentro del juicio de partición como **cuestiones de resolución previa**", sin hacer ninguna distinción; sin embargo, a no dudarlo puede generar serias confusiones, puesto que observamos que existe contradicción con lo afirmado por los Arts. 1032 N° 1° y 2° y Art. 1253 N° 1 y 4° del Código Civil, que exigen sentencia ejecutoriada del órgano jurisdiccional penal como consecuencia de haber cometido un asignatario actos que importan un grave atentado contra el difunto o testador, su cónyuge, ascendientes o descendientes, como veremos más adelante, son cuestiones prejudiciales, es decir, debe existir un juicio de carácter penal antes que el juez civil inicie el juicio de partición, lo que comporta una prejudicialidad penal al ejercicio de la acción civil.

De otra parte, el Art. 652 C.P.C., al decir "serán decididas dentro del juicio de partición como cuestiones de resolución previa", está facultando al mismo juez partidor en vía de incidente, sin considerar que no tiene competencia para resolver asuntos de carácter penal; asimismo, no debe confundirse entre "cuestiones de resolución previa" con "cuestiones pre-

judiciales", puesto que pre-judicial significa "antes del juicio" y todo aquello que no exige el juicio anterior no es prejudicial, es previo. Lo previo, como señala el mismo artículo que comentamos, lo decide el propio juez partidor en vía de incidente, pero no exige el juicio penal.

Supongamos que dentro del juicio de partición se presenta prueba del juicio penal por alguna de las causales previstas en los Arts. 1032 N°s 1° y 2° y 1253 N°s 1 y 4° del Código Civil, que está pendiente de resolución. El juez partidor tiene una sola alternativa la de suspender el trámite del juicio de partición y esperar la sentencia del juez penal.

Emilio Velasco ¹⁰⁹, afirma: "El trámite establecido en los artículos citados (652 al 657 CPC), implican una condición suspensiva del juicio o proceso de partición; y a veces a la extinción de la acción ejercitada por una persona que no tiene derecho a solicitar la partición".

Jorge Zavala ¹¹⁰, en sus dos obras, al expresar su criterio sobre la prejudicialidad, al decir, "...como presupuesto necesario para la procedencia del ejercicio de la acción penal, o de la sentencia", distingue esta clasificación, sin embargo, aclara que la prejudicialidad a la sentencia se la pretendió instituir en nuestro país, pero que por la deficiencia con que se la legalizó en el Art. 22 del C. P. P. de 1971 ¹¹¹, "sin que tenga vigencia en la práctica."

¹⁰⁹ Emilio Velasco Celleri. "Sistema de Práctica Procesal Civil". Tomo 1. Publicaciones de Legislación Cía. Ltda. 1991. Primera Edición. pág. 173.

¹¹⁰ Jorge Zavala Baquerizo. "El Proceso Penal". Tomo I, pág. 252. "Delitos contra la fe pública". EDINO. 1994. Tomo II, pág. 297.

¹¹¹ Art. 22. Si lo prejudicial apareciere después de iniciada la acción penal, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Si el juez penal, en mérito de la prueba que se rinda, pudiere decidir la cuestión prejudicial, la resolverá antes de sentencia o al tiempo de expedirla.

b) Si lo prejudicial requiere, necesariamente, de pronunciamiento de un fuero extraño al penal, se suspenderá la expedición de la sentencia hasta que tal pronunciamiento se produzca.

Si el sindicado estuviere detenido preventivamente, podrá ser puesto en libertad si rinde fianza.

El lapso que decurra entre la orden de suspensión que expida el juez penal y la resolución de la cuestión prejudicial, no se contará para los efectos de prescripción de la acción penal.

NOTA: Este precepto se lo eliminó al Codificar el C. P. P., publicado en el Registro Oficial N° 511, de 10 de junio de 1983.

Al respecto, Edmundo Durán Díaz¹¹² refiriéndose a la desaparición del Art. 22 del C.P.P., con erudición y franqueza que le son características, afirma:

"Creo que fue abolida porque no todos la entendieron, y porque Jorge Zavala arremetió ardorosamente contra dicho Art. 22 ya que, en su criterio, el texto parecía sugerir que las cuestiones prejudiciales a la sentencia debían ser las mismas que las prejudiciales a la acción, de tal manera que el Art. 22 resultaba de imposible aplicación porque el Art. 16 habría impedido la iniciación del juicio penal. Por consiguiente, si el juicio penal no se iniciaba, no podía aparecer en su desarrollo la cuestión prejudicial."

"Creo que el código ecuatoriano necesita una reforma que abra paso a la prejudicialidad a la sentencia, porque su ausencia pone en graves dificultades a los jueces penales, como en el caso de la bigamia citado antes, (existe juicio civil en el que se demanda la nulidad del primer matrimonio y mientras no haya sentencia que declare la nulidad ese matrimonio sigue siendo válido) o en el caso de robo entre parientes, porque bien puede ocurrir que iniciado el juicio penal, el sindicado demuestre al juez que está siguiendo un juicio de paternidad al agraviado. La falta de la prejudicialidad a la sentencia ocasionaría errores judiciales irreparables, porque en el caso de la bigamia no habría delito y en el otro caso no habría responsabilidad penal y, sin embargo, el juez penal ya los habría condenado cuando se expida la sentencia civil que declare la nulidad del primer matrimonio o la existencia de la paternidad alegada."

Casos de cuestiones prejudiciales

Los casos de prejudicialidad, como afirmamos anteriormente, son múltiples y deficientemente regulados por nuestra ley, por lo que los autores ecuatorianos no coinciden en su enumeración y muchos de esos casos no corresponden a lo que exige la lógica jurídica, y no se ha realizado el menor

¹¹² Edmundo Durán Díaz. Obra citada. págs. 161-162

esfuerzo para determinar si deben ser considerados como prejudiciales, particulares que ocasionan problemas arduos y serias confusiones, como veremos a continuación.

69. El hecho de que dé a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes, y que el marido haya impugnado la paternidad de ese hijo

Para ejercer la acción civil, como causa de divorcio, según el ordinal 6º del Art. 109 del Código Civil, es presupuesto necesario fundamentarse en "...la sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en este Código.", esto es, que primeramente debe impugnar la paternidad, dentro de los sesenta días, contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto (Art. 243 C.C.), en juicio ordinario (Art. 63 C.P.C.), ante un juez civil (Art. 404 C.P.C.); y, al "obtener la sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo" queda expedita la procedibilidad de la acción para demandar el divorcio por esta causa, sin cuyo cumplimiento no surtiría efecto jurídico, la demanda sería rechazada, puesto que los efectos están dados por el ordenamiento jurídico positivo para que un acto procesal sea legalmente admitido.

70. La condena ejecutoriada a reclusión mayor

Sobre este caso (Art. 109, N° 10, C.C.) dejamos explicado en páginas anteriores (52), al que debemos agregar, con fines didácticos para los estudiantes, que los delitos sancionados con penas de reclusión mayor, a manera de ejemplo mencionamos los previstos en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas, puesto que también encontramos en el Código Penal y en otros textos legales.

De otra parte, por ser delitos punibles y pesquisables de oficio, debemos tomar en cuenta que tienen competencia para dictar sentencia, en los casos, formas y modos que las leyes determinan: en primera instancia: El Presidente de la Corte Suprema y los presidentes de las cortes superiores; en segunda instancia, una de las salas especializadas de lo penal de la Corte Suprema o una de las salas de las cortes superiores (donde existieren dos o más salas, Art. 60 L.O.F.J.), previo sorteo; y los tribunales penales. Al respecto, debemos tomar en cuenta lo que preceptúan, entre otros, los Arts.

13, 20, 23 y 30 de la L. O. F. J y los Arts. 4, 11, 326 y 404 del Código de Procedimiento Penal. Advirtiendo que los jueces de lo penal únicamente dictan sentencia en los delitos previstos en el Art. 428 del Código de Procedimiento Penal o como dice el nuevo Código Adjetivo Penal "para el juzgamiento de los delitos de acción privada" (Nº 5, Art. 27, 36 y 37).

Juan Larrea Holguín,¹¹³ refiriéndose a las causales de divorcio 6a y 10a. del Art. 109 C.C., advierte "que no se encuentra jurisprudencia (al menos publicada en la Gaceta Judicial), lo cual revela el espíritu irreal, ajeno a las exigencias de la opinión pública, que ha guiado a los dictadores que las han establecido", en otras palabras, no existen demandas fundadas en estas causales, quizá por economía procesal y tiempo, evitando el otro juicio y la larga espera de su resultado o simplemente por el instintivo repudio del escándalo.

71. El heredero o legatario indigno de suceder

El Art. 1032 del Código Civil, dice:

"Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios, y no tendrán derecho a alimentos:

1º. El que ha cometido el delito de homicidio en la persona del difunto, o ha intervenido en este delito por obra o consejo, o la dejó perecer pudiendo salvarla;

2º. El que cometió atentado grave contra la vida, la honra o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada;"

La indignidad es una sanción que consiste en excluir de la sucesión a un asignatario, como consecuencia de haber cometido actos que importan un

¹¹³ Juan Larrea Holguín, "Compendio de Derecho Civil". Segunda Edición. Corporación de Estudios y Publicaciones. 1976. pág. 358.

grave atentado contra el difunto o un serio olvido o desconocimiento de sus deberes u obligaciones para con aquel.

El legislador ha señalado taxativa y minuciosamente las causales que acarrean indignidad (Arts. 278, 1342, 1343 C.C.), sin embargo, limitamos nuestra exposición a las cuestiones prejudiciales.

71 a). El homicidio del causante

El ejercicio de la acción civil para heredar se obstaculiza porque se necesita de una resolución penal previa (Nº 1º Art. 1032 C.C.).

Es necesario, en principio, que medie una sentencia judicial que condene al heredero o legatario por el delito de homicidio (Art. 452 C. P.), ya que puede suceder que el asignatario en indignidad sea absuelto por una circunstancia eximente, como la legítima defensa (Art. 19 C. Penal) o la demencia (Art. 34 C. P.) o haber fallecido (Art. 96 C. P.) o haber prescrito la acción penal (Art. 101 C. P.), en cuyos casos no se hará indigno de suceder.

La sentencia debe encontrarse ejecutoriada, en la que el heredero o legatario sea condenado por "haber cometido" el delito de homicidio, lo que significa ser autor de ese delito, como prevé el Art. 42 del Código Penal, carácter que tiene no sólo el autor material del delito sino el asignatario que intervino "por obra o consejo".¹¹⁴

Asimismo, dicha sentencia debe condenar al asignatario cuando "la dejó perecer pudiendo salvarla", es decir, no se trata de una simple negligencia, imprudencia, impericia, sino que constituye una omisión, "No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo" (Art. 12 C. P.), sólo que se justifique que esa omisión es el resultado de caso fortuito o fuerza mayor, según el Art. 15 del Código Penal, en cuyo caso, no puede condenarse al asignatario.

¹¹⁴ La expresión que utiliza el Código Civil al decir: "ha intervenido por obra o consejo" puede ser como autor o cómplice, según las circunstancias. Véanse los Arts. 42 y 43 del Código Penal.

71. b). El atentado grave contra el causante o parientes

El atentado, según el N° 2 del Art. 1032 del Código Civil, puede ser contra la vida del causante (homicidio frustrado, lesiones); contra su honor (injurias, Art. 489 C.P.) o contra sus bienes (hurto, Art. 547 C. P., robo, Art. 550 C.P.; extorsión, Art. 557 C. P.; estafas, Art. 560 y ss. C. P.). También pueden ser víctimas de ese atentado el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trata, o sus ascendientes o descendientes.

Para lo cual es menester una sentencia ejecutoriada por un delito que ataque contra la vida, el honor o los bienes.

En definitiva, la indignidad será el resultado de dos fallos judiciales, uno penal condenatorio y, otro civil, que pronuncie la indignidad.

En el juicio civil, la sentencia dictada en el campo penal será el medio de prueba, único, para demostrar la causa de indignidad.

72. Los desheredamientos

El Art. 1253 del Código Civil, dispone:

"El descendiente no puede ser desheredado sino por una de las causas siguientes:

1º. Por haber cometido injuria grave contra el testador, en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes;

4º. Por haber cometido un delito a que se haya aplicado alguna de las penas designadas en el numeral 4º del Art. 329,"

El desheredamiento tiene estrecho parentesco con la indignidad. Las causales coinciden en gran parte; difieren porque la indignidad es pronunciada por la ley, mientras que el desheredamiento tiene su origen en el testamento; la indignidad es un desheredamiento legal; el desheredamiento, una indignidad testamentaria.

El Art. 1252 C.C. define el desheredamiento: "es una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del todo o parte de su legítima."

La causal del desheredamiento debe señalarse específica y nominativamente en el testamento. En otras palabras, el testamento debe señalar con precisión los hechos que lo motivan, la razón de ser del desheredamiento.

El Art. 1254 C.C. preceptúa que no valdrá ninguna de las causas de desheredamiento mencionadas en el artículo anterior, si no se expresa en el testamento específicamente, y si además no se hubiese probado judicialmente en vida del testador, o las personas a quienes interese el desheredamiento no lo probaren después de su muerte.

Las causales 1º y 4º del Art. 1253 necesariamente deben justificarse mediante una sentencia de la jurisdicción penal que condene al heredero por un delito que ataque contra la vida, el honor o los bienes del testador o de su cónyuge, ascendientes o descendientes; o que haya recibido sentencia condenatoria por un delito sancionado "con alguna de las penas designadas en el numeral 4º del Art. 329", esto es, "...sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que los declare culpados de un delito a que se aplique la pena de cuatro años de reclusión, u otra de igual o mayor gravedad."

Para el caso de la prejudicialidad, la ley no permite el inmediato ejercicio de la acción civil de desheredamiento, sino que exige que, previamente, se resuelvan, en la vía de otro órgano jurisdiccional -el penal- sobre la existencia de la infracción y se declare la culpabilidad del imputado; si no existe la sentencia del órgano jurisdiccional penal, estamos en presencia de una cuestión penal prejudicial, lo que constituye un obstáculo para ejercer la acción civil y, por tanto, no se puede iniciar el proceso civil.

73. La quiebra o insolvencia

La insolvencia, sólo real cuando el pasivo presente y exigible excede de las disponibilidades del activo líquido, no suele ser sino el pretexto de los malos pagadores, que tratan de rehuir el cumplimiento de sus obligaciones

alegando la imposibilidad o consiguiendo el beneficio de la dilación o del cumplimiento parcial.

La insolvencia general empuja a los acreedores a la exigencia de garantías reales para la seguridad de sus créditos o para el cumplimiento de las obligaciones no satisfechas, lo que constituye el "concurso de acreedores", que tiene lugar, según los Arts. 518 y 530 del C.P.C., después de que el juez civil dicta el mandamiento de ejecución "pague o dimita bienes" y el deudor o demandado, luego de compelido, no cumple o lo hace insuficientemente.

El Art. 519 C.P.C. señala tres clases de insolvencia:

"La cesión de bienes presupone la insolvencia del deudor y ésta puede ser fortuita, culpable o fraudulenta.

Fortuita, la que proviene de casos fortuitos o de fuerza mayor;

Culpable, la ocasionada por conducta imprudente o disipada del deudor; y,

Fraudulenta, aquella en que ocurren actos maliciosos del fallido, para perjudicar a los acreedores."

El Código Penal se refiere al concurso de acreedores y castiga únicamente la quiebra o insolvencia culpable o fraudulenta, como puede observarse de los artículos 576 al 579, inclusive.

El Art. 520 del Código de Procedimiento Civil, dispone que el Juez de lo Civil tiene competencia para ordenar la ocupación y depósito de los bienes, libros, etc., la publicación por la prensa para conocimiento del público; y, fundamentalmente, para ordenar el enjuiciamiento penal, para que se califique la insolvencia. De aparecer graves indicios de culpabilidad o fraudulencia hasta puede ordenar la detención.

Lo que guarda concordancia con el Art. 600 del invocado cuerpo legal, que dice:

"El juez remitirá copia de todo lo que tenga relación con la conducta del fallido al respectivo juez de lo penal, para que califique la quiebra y declare la responsabilidad del fallido."

La Tercera Sala de la Corte Suprema, en sentencia expedida el 30 de abril de 1985, al conocer por recurso de casación una sentencia pronunciada por un Tribunal Penal, que condenó al autor por el delito tipificado en el Art. 578 del Código Penal, en relación con el Art. 548 del C.P.C., al haber incurrido en insolvencia fraudulenta, señala lo siguiente:

"Nuestro Código Penal no define la insolvencia fraudulenta. En los autores tampoco encontramos una definición uniforme. Algunos prefieren conceptuarla en forma negativa, como la falta de solvencia en que se ha incurrido con dolo, es decir llegar a ese estado por fraude; no se trata de insolvencia aparente, esto es, que tenga bienes y no pague, porque en esta última situación el acreedor, al no haber el deudor pagado ni dimitido bienes, señala los bienes que deben embargarse. En la especie, el procesado MOP. tenía el mismo vehículo que dio lugar por su compraventa, a la aceptación de las letras de cambio por él y que fueron los títulos ejecutivos que en fin de fines han originado los juicios y que lo vendió a FP en los últimos días de enero de 1984, es decir, cuando ya se había iniciado el juicio penal, por lo que la acusadora RG debió determinar los bienes para el embargo, y consecuentemente ese vehículo. No aparece que la declaratoria de insolvencia haya pasado a firme con las citaciones y publicaciones en forma tal que esa declaratoria haya colocado al procesado en interdicción de administrar o disponer del patrimonio, que en todo caso es posterior y relacionado con su capacidad, pero no constitutivo del delito con el que se juzga en sentencia. No aparece en el proceso penal de nuestro análisis que la insolvencia presunta del procesado haya sido fraudulenta, porque únicamente es afirmada en el testimonio instructivo, que por sí solo no constituye prueba inciso 1° del Art. 124 CPP (o el inciso segundo del Art. 140 del nuevo CPP)" 115

En definitiva, casa la sentencia por contravenir el texto del Art. 578 del C.P., en virtud de que la conducta del procesado no es la determinante de una insolvencia fraudulenta y se dispone su libertad.

No compartimos el fallo que antecede, puesto que omite considerar la definición que consta en el Art. 519 del C. P. Civil, respecto de la insolvencia fraudulenta, precepto que, en concordancia con el numeral 1° del Art. 530 ibídem, además, le impone al fallido la carga de la prueba, esto es, haber pagado o dimitido bienes, si no cumple o el pago o la dimisión son insuficientes, al juez penal le corresponde calificar la conducta del fallido y declarar su responsabilidad.

Sin embargo, la quiebra o insolvencia es un caso de prejudicialidad civil, puesto que se necesita del pronunciamiento del órgano jurisdiccional civil, ante el cual se configuran los elementos constitutivos de la insolvencia o quiebra (Art. 530 y 600 C. P. Civil) y con ello queda expedita la vía para ejercer la acción ante el órgano jurisdiccional penal, en la que debe calificarse si es fraudulenta o culpable e imponerle la pena que corresponde.

74. La indemnización de daños y perjuicios contra los magistrados, jueces, funcionarios y empleados de la Función Judicial

El ejercicio de la acción por daños y perjuicios contra los magistrados, jueces, funcionarios y empleados de la Función Judicial, según el Art. 1031 del C.P.C., ha lugar, cuando en el ejercicio de su función, causare perjuicio económico a las partes o terceros, por retardo o denegación de justicia, por quebrantamiento de leyes expresas, etc., o por su acción u omisión, por mala fe o negligencia, hubieren causado daño a las partes o terceros, previo el trámite previsto en los Arts. 1033 y siguientes del C.P.C., el juez que conozca esta causa, al momento de resolver o en la sentencia, de admitir la demanda, y de haber lugar, ordenará el correspondiente enjuiciamiento penal.

El ejercicio de la acción de daños y perjuicios tiene estrecho parentesco con el delito de prevaricato. Las causales coinciden en gran parte y esencialmente se refieren a la actividad judicial, de aplicación de una ley, pero difieren porque el delito de prevaricato tiene fisonomía propia y debe ser perseguido tan pronto como ocurre, sin que importe la eventualidad de que el juez de lo civil pueda o no "ordenar el correspondiente enjuiciamiento penal"

(inc. 1º del Art. 1036 C.P.C.), y la parte a quien perjudique la sustanciación o el fallo contra ley expresa, antes de que el juez civil dicte sentencia, entable la acción penal por prevaricato; lo que armoniza con el Art. 1038 C.P.C., que textualmente dice:

"Si la demanda versare también sobre hechos que constituyan infracción penal, se mandará seguir la correspondiente causa, sin perjuicio de sustanciarla en lo concerniente a la acción civil."

No obstante, la exigencia del Art. 16 del Código de Procedimiento Penal o Art. 40 del nuevo Código, de que la cuestión prejudicial debe estar "...expresamente señalada por la ley", no armoniza con el contexto de los artículos transcritos anteriormente, porque en ninguno de los dos se dice, explícita ni implícitamente, que no se pueda iniciar el juicio penal sin previa orden del juez civil, en otras palabras, no se necesita la resolución del juez civil para ejercer la acción penal, cualquiera que sea el resultado de la acción civil; en este caso, el ejercicio de la acción penal es autónoma, no depende de la acción civil.

75. La rendición de cuentas del depositario judicial

Hay quienes afirman que este caso es una cuestión prejudicial, examinémoslo para establecer si la ley demanda un fallo civil para que se inicie el juicio penal.

El Art. 1068 del C.P.C., en relación a la rendición de cuentas del depositario, señala que:

"El juez que conozca el juicio, tramitará verbal y sumariamente todo incidente o reclamación, ...sin perjuicio de aplicar lo dispuesto por el Art. 141 de la Ley Orgánica de la Función Jurisdiccional (Judicial) si hubiere culpabilidad del depositario, ordenará su detención y le pondrá inmediatamente a disposición del juez competente."

La parte final del primer inciso del citado Art. 141 de la L.O.F.J., dice:

"De haber saldo a cargo del depositario, el juez lo mandará a recaudar por apremio personal, sin perjuicio de dictar cualquier providencia precautoria y del enjuiciamiento penal a que hubiere lugar."

Cierto es que nuestro legislador establece situaciones especiales de enlace o de conexión de un asunto civil con un hecho penal, sin embargo, debemos enfatizar que las cuestiones prejudiciales dependen de otra decisión o resolución, emanada del mismo juez o de otro distinto, como antecedente lógico y jurídico que dé nacimiento al ejercicio de la acción -civil o penal- y alcanzar lo que es materia del juicio.

En el caso, los preceptos antes transcritos, imponen al juez de lo civil la obligación de examinar si existe delito, sin que ello signifique una resolución de carácter jurídico sobre el objeto de la noticia criminis, sino un simple examen objetivo sobre ella. Si de los precedentes que llegaron a su conocimiento coinciden con alguna descripción establecida en la ley penal, con ese simple examen objetivo, concluye la actividad del juez de lo civil, quien tiene la obligación de "poner a disposición del juez competente", para que éste inicie el juicio penal correspondiente.

En resumen, este caso no es prejudicial, puesto que ninguno de los artículos (1068 CPC y 141 LOFJ) determinan que no se pueda iniciar el juicio penal sin la previa orden del juez civil, es decir, no es un presupuesto necesario para iniciar el juicio penal contra el depositario para que responda por el delito previsto y reprimido por el Art. 570 del Código Penal, que sanciona "al que ha destruido fraudulentamente o dispuesto de alguno de los objetos..." con prisión de ocho días a dos años.

"El depositario está obligado a la restitución de la misma cosa o cosas individuales que se le han confiado en depósito, pero en éste caso el acreedor prendario no ha cumplido con esta obligación legal, el hecho incriminado se halla tipificado por el Art. 546 (hoy, 570) del Código Penal, más no en el Art. 233 (actualmente, 257), ya que el acreedor prendario no es empleado público, ni persona encargada de un servicio público que hubiera

*abusado de efectos muebles que estuvieren en su poder, en virtud o razón de su cargo, disponiéndolos arbitrariamente."*¹¹⁶

76. Las prendas industrial, agrícola y la especial de comercio

El Art. 574 del Código Penal, refiriéndose a los objetos dados en prenda industrial o agrícola o prenda especial de comercio, en los casos de que el deudor remueva el objeto constituido en prenda, o por negligencia causare la desaparición o deterioro, lo abandonare o lo diere en garantía, vendiere, donare o no lo exhibiere dentro del término que le señalare el juez, entre otras causas o motivos, en su inciso final dispone que:

"Estos juicios se iniciarán por orden del juez en lo civil, quien remitirá todo lo actuado al Juez del Crimen (hoy, Juez Penal) para la correspondiente substanciación del proceso penal. Si hasta rendir la indagatoria (hoy, testimonio indagatorio) se pusiere a disposición del juez la prenda, quedará terminado el juicio penal y se la devolverá al Juez Civil con los antecedentes que envió, para la continuación del remate."

Para el ejercicio de la acción penal necesariamente debe existir la orden del Juez de lo Civil, quien, en la práctica se limita en señalar día y hora para que el deudor prendario entregue o exhiba los objetos prendados, es decir, el incumplimiento o el desobedecimiento del deudor hace que el juez civil ordene que todo lo actuado se remita al juez de lo penal, sin que en ello exista resolución de la existencia o inexistencia de un derecho controvertido.

Hemos de advertir que las actuaciones del juez de lo civil tiene como precedente la demanda del acreedor prendario en la que pide el embargo de los objetos dados en prenda y la solicitud de que sean entregados dentro del término que le conceda el juez o los ponga a disposición del juez para la venta al martillo.

La no presentación de la prenda dentro del término es la base misma de tal figura delictiva, cuyo objetivo corresponde establecer en el juicio penal, comprobar, conforme a derecho, la existencia de alguna acción u omisión

¹¹⁶ G. J. Serie 10ma. N° 5

punible (Art. 157 C. P. P. o Art. 250 del nuevo Código), ya que antes de que ello ocurra no se podría saber si es determinante de la culpabilidad o de la inocencia, por lo que estimamos que no debe ser considerada cuestión prejudicial, por ser un delito pesquisable de oficio, con fisonomía propia, como lo tipifica el mismo Art. 574 CP; sin embargo, el propio inciso final de ese precepto señala que si el sindicado pone la prenda a disposición del juez de lo penal hasta antes de rendir su testimonio indagatorio, termina el juicio penal y se devuelve al juez civil todo lo actuado para que continúe el remate, es decir, no suministra ningún elemento constitutivo del delito y no permite valorar la responsabilidad del sindicado.

El precepto que comentamos se encuentra mal legislado y riñe con la ley penal procesal y la sustantiva, con la primera, por cuanto sabemos que "la acción penal es de carácter público. En general, se la ejerce de oficio" (Art. 14 CPP), pero, el nuevo Código de Procedimiento Penal, a esta infracción, por su ejercicio, la encasilla en los delitos de acción pública de instancia particular (lit. d, Art. 34) y su procedencia depende "solamente previa denuncia del ofendido" (Art. 33 C. P. P. nuevo), excepto cuando el delito se cometa contra un incapaz que no tenga representante, o cuando haya sido cometido por su guardador o uno de sus ascendientes, en esos casos, el Fiscal ejercerá la acción penal de oficio (inc. final Art. 34 C. P. P. nuevo). El actual C.P.P. establece que se inicia mediante auto cabeza de proceso (Art. 15 CPP), que abre la etapa del sumario y, según el nuevo Código se inicia con la instrucción fiscal (Art. 216 N° 1 y Art. 217); y, con la segunda, o sea, el Código Penal, según lo prescrito en el Art. 94 del Código Penal no termina con el perdón de la parte ofendida ni por la transacción; pero, en este caso, puede terminar a voluntad del deudor prendario o sujeto pasivo del proceso penal, a condición de que ponga la prenda a disposición del juez.

Al respecto, comparto con la opinión versada del Dr. Edmundo Durán Díaz¹¹⁷, al afirmar que:

"Desde un punto de vista puramente formal, es indudable que se requiere orden del juez civil para iniciar el juicio penal, pero no creo que se trate de una cuestión prejudicial, porque el juez civil no resuelve un derecho controvertido, ni suministra un elemento

¹¹⁷ Edmundo Durán Díaz. Obra citada. págs. 173-174

constitutivo del delito ni una circunstancia de la responsabilidad. Simplemente, dicha orden es el resultado del hecho puramente objetivo de la falta de exhibición de la prenda, por parte del deudor, cuando el juez la requirió. Será el juicio penal el que demuestre si la resistencia del deudor a exhibir la prenda constituye delito."

En consecuencia, en el caso de las prendas, la orden del juez civil, constituye un presupuesto de procedibilidad o de admisibilidad de la acción penal, pero no está relacionada con los elementos constitutivos del delito o con las condiciones de punibilidad, lo que deberá investigarse en el sumario, como así prevé el Art. 215 del actual CPP o en la instrucción fiscal, según el N° 10 del Art. 216 del nuevo C. P. P.

77. La venta con reserva de dominio

El Art. 575 del Código Penal regula la adquisición de bienes muebles con reserva de dominio y sanciona al que sobre ellos celebrare contratos de venta, permuta, arrendamiento o prenda, los sacare del país o entregare a otras personas sin haber pagado la totalidad del precio; o que dolosamente hiciere desaparecer, los deteriorare o destruyere, alterar las marcas, números, señales o que por cualquier medio impidiere su identificación.

El inciso segundo del octavo de los artículos innumerados del Decreto Supremo 548-CH, publicado en el Registro Oficial N° 68, de 30 de septiembre de 1963, que introdujo al Código de Comercio "La venta con reserva de dominio", dice:

"En caso de que el comprador violare las presentes disposiciones quedará sujeto a la pena de dos meses a tres años de prisión, que se la aplicará mediante enjuiciamiento penal en la forma prevista en el inciso tercero del artículo que se agrega después del 549 del Código Penal de acuerdo con el Art. 8° del Decreto por el que se reforma los códigos de Comercio y Penal."

Advertimos que el Art. 549 del Código Penal actualmente es el Art. 574, por lo que nos remitimos a la forma como se inicia el proceso penal en

los casos de las prendas, con previa orden del juez civil; por lo que reproducimos lo expuesto sobre las prendas.

78. Las acciones en los casos de denuncia o acusación particular calificadas como maliciosas o temerarias

Advertimos que, según el nuevo Código de Procedimiento Penal, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 360, de 13 de enero del 2000, que entrará íntegramente en vigencia a partir de la media noche del 13 de julio del 2001, establece que la calificación de la denuncia o acusación particular como maliciosas o temerarias, o ambas a la vez, le corresponde únicamente al Juez de lo Penal que dicte sobreseimiento definitivo, como se desprende de los Arts. 31, N° 2, 245 y 249, suprimiéndose esa atribución al Tribunal Penal que expida sentencia absolutoria (Art. 330 del actual C.P.P.).

De otra parte, el nuevo Código, en su Art. 40, está aboliendo el inciso segundo del Art. 16 del actual C. P. P., por lo que, esa calificación, de ser positiva, constituye un presupuesto de procedibilidad y no cuestión prejudicial, indispensable para el ejercicio de las acciones de calumnia y de indemnización de daños y perjuicios, como expondremos a continuación.

El referido inciso segundo del Art. 16 CPP, dispone:

"Así mismo, se requerirá auto o sentencia ejecutoriados del Juez o Tribunal Penal para iniciar la acción en los casos de denuncia o acusación particular que hubieran sido calificadas como maliciosas o temerarias."

Del contexto de los Arts. 245 y 330 del aún vigente C. P. P., obligan al Juez o Tribunal Penal, al momento de dictar auto de sobreseimiento definitivo, el primero, o sentencia absolutoria, el segundo, a calificar si la denuncia o la acusación particular son o no maliciosas o temerarias, o ambas cosas a la vez; esto constituye un castigo para el denunciante o acusador particular que ejerce su acción y no la ha probado en juicio, sea porque inventó una infracción o por ser fruto de su descuido, imprudencia, negligencia o porque arbitrariamente hace la imputación de un delito a un inocente.

La temeridad. El que obtuvo a su favor el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria puede ejercer contra el denunciante o acusador particular, la acción de temeridad, (Art. 248 C.P.P.), para exigir, conforme dispone el inc. 2° del Art. 245 C.P.P., que dice:

"El condenado por temeridad pagará las costas judiciales, así como la indemnización por daños y perjuicios" acción que se la ejerce, en cuaderno separado, se sustancia en juicio verbal sumario, ante el mismo Juez o Tribunal Penal, según el caso, que calificaron de temeraria a la denuncia o acusación particular (Arts. 16, 162 y 248, actual C. P. P.).

La malicia, como propensión al mal moral y material, surge como consecuencia de no haber probado los hechos denunciados o acusados, haciéndose acreedor al castigo previsto en el Art. 494 del C. P., acción que se ejerce mediante acusación particular siguiendo el trámite señalado por el Art. 429 y siguientes del C. P. P. (Art. 245 inc. 3° CPP).

En resumen, para ejercer las acciones por temeridad (civil) o malicia (penal), de acuerdo con el comentado inciso segundo del Art. 16 del todavía vigente C. P. P., se debe esperar el auto de sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria, del juez penal o tribunal penal, según el caso, en los que debe constar la calificación de que la denuncia o la acusación particular son maliciosas y/o temerarias. Allí radicaba la prejudicialidad, en la que, necesariamente, debía existir una resolución del órgano judicial penal para ejercer la acción civil de indemnización o ejercer la acción penal de calumnia.

Si el órgano judicial (Juez o Tribunal) se pronuncia negativamente, es decir, declara que no son maliciosas ni temerarias no se puede ejercer esas acciones de calumnia o de indemnización de daños y perjuicios.

El doctor Edmundo Durán Díaz¹¹⁸, sostiene y con razón, que debe eliminarse la calificación previa exigida por el segundo inciso del Art. 16 CPP. dice:

¹¹⁸ Edmundo Durán Díaz. Obra citada. págs. 182-183.

"Creo que en nada se afecta a la justicia, si se la elimina, y se deja al sindicado sobreseído o al procesado absuelto en libertad de entablar las acciones de calumnia y de indemnización, sin obstáculos."

Particular que ha sido acogido por el Congreso Nacional, ya que, en el Art. 40 del nuevo C. P. P., se encuentra suprimido el comentado inciso segundo del Art. 16 del Código que regirá hasta la media noche del 13 de julio del 2001, desde entonces, desaparecerá la prejudicialidad relacionada con la calificación previa de la denuncia o acusación como maliciosas o temerarias; en consecuencia, esa calificación por parte del Juez Penal que dicte el sobreseimiento definitivo, constituye un presupuesto de procedibilidad de las acciones de calumnia y de indemnizaciones de daños y perjuicios (Arts. 31, N° 2, 245 y 249 C.P.P.) y no una cuestión prejudicial, dejando al imputado sobreseído definitivamente en libertad de proponer esas acciones.

La Corte Suprema de Justicia, respecto de la acción de indemnización de daños y perjuicios tiene establecido lo siguiente:

"TERCERO. El Código Civil vigente al tratar en su Título XXXIII del Libro IV de los delitos y cuasidelitos, no establece en forma alguna como condición indispensable que haya como antecedente para la acción de **pago de daños y perjuicios** una declaración judicial que decreta su pago, porque la ley no prevé ni existe fundamento lógico. Nada hay en la doctrina ni en la jurisprudencia el que impida a la jurisdicción civil el conocimiento de hechos que pueden ser constitutivos de culpa o negligencia, aunque de ellos haya conocido también la jurisdicción penal en el aspecto que pueden ofrecer de delito o contravención, y por lo que la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, Segunda Sala, al fundamentar su resolución en el artículo innominado del Decreto Supremo N° 192, relativo a que en aplicación del Código de Procedimiento Penal, toda sentencia condenatoria deberá contener, de acuerdo con las disposiciones pertinentes, a más de la imposición solidaria a los responsables de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados con la perpetración del delito, el pago de costas, **lo ha hecho indebidamente**, puesto que el juicio penal tiende a establecer si

*el hecho constituyó o no un delito, cosa distinta del pago civil de daños y perjuicios."*¹¹⁹

En otro fallo, se señala también lo siguiente:

"CUARTO. Que no existe incompetencia del Juzgado de lo Civil, como alegan los demandados en la primera excepción que deducen separadamente. El fundamento de esta dilatoria radica, según los demandados, en que es menester que la evidencia del delito o cuasidelito se determine previamente en el correspondiente proceso penal. Y, que, sólo en base del fallo condenatorio procede reclamar la indemnización de daños y perjuicios ante el propio Juez de lo Penal. Esta teoría es inaceptable. Según el Art. 1480 del Código Civil, las obligaciones nacen entre otras causas, "a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos o cuasidelitos... Agrega, consiguientemente es una acción autónoma, independiente de otra acción - civil o penal -."¹²⁰

79. Las indemnizaciones civiles como consecuencia de una sentencia penal condenatoria firme

Sentemos como premisas básicas lo que disponen los Arts. 52 y 67 del Código Penal:

"Art. 52 Toda sentencia condenatoria lleva envuelta la obligación solidaria de pagar las costas procesales por parte de todos los responsables del delito. Los daños y perjuicios serán pagados asimismo en forma solidaria por todos los responsables contra quienes se haya ejercitado acusación particular con el objeto de alcanzar tal indemnización."

Art. 67. La condena a las penas establecidas por este Código es independiente de la indemnización de daños y perjuicios de

¹¹⁹ Gaceta Judicial Serie XIII - N° 12, pág. 2828

¹²⁰ Gaceta Judicial Serie XIV - N° 2, pág. 400.

acuerdo con las normas de los Códigos Civil y de Procesamiento Civil. Determinado el monto de la indemnización se lo recaudará por apremio real.

Podrá el damnificado o quien ejerza su representación legal reclamar ante el fuero penal la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el delito, mediante la correspondiente acusación particular que con tal objeto se intente. La liquidación de las indemnizaciones declaradas en sentencia firme se llevará a cabo en juicio verbal sumario, conforme prescribe el Código de Procedimiento Penal.

La recaudación se realizará por apremio real en contra del deudor o del civilmente responsable."

Del contexto de los artículos pretranscritos se extraen dos efectos: el uno, la pena impuesta al o los responsables de la violación del bien jurídico protegido por la ley penal; y, el otro, las indemnizaciones a la víctima o agraviado por los perjuicios ocasionados.

Las obligaciones nacen, entre otras circunstancias, "como consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos" (Art. 1480 C.C.); y, en concordancia con esa norma, el Art. 2241 del Código Civil, dice:

"El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito."

Para ejercer la acción civil de indemnización es presupuesto necesario la sentencia penal condenatoria firme, como así señala el inciso tercero del Art. 17 del actual CPP, o el nuevo Código, en el inciso final del Art. 41, que dice:

"Por tanto, no podrá demandarse la indemnización civil derivada de la infracción penal mientras no exista una sentencia penal condenatoria ejecutoriada que declare a una persona responsable de una infracción."

La que se substanciará, según prevé el actual C. P. P., en juicio verbal sumario, ante el Presidente del Tribunal Penal (Art. 331 C. P. P.); en caso de que los Presidentes de la Corte Suprema o Superiores hubiesen expedido sentencia condenatoria, en razón del fuero que les asiste a ciertas personas, esta acción se substanciará ante ellos, como prevé el Art. 414 CPP; y, ante el mismo juez penal, en los delitos que sólo pueden juzgarse mediante acusación particular (Art. 434 C.P.P.); y, de acuerdo con el nuevo Código, en el N° 1, Art. 31, se establecen las reglas siguientes:

"Art. 31. Competencia en los juicios de indemnización.

Para determinar la competencia en los juicios de indemnización, se seguirán las reglas siguientes:

1. De los daños y perjuicios ocasionados por la infracción:

a) Si la infracción fue de acción pública (inc. final Art. 32) y en sentencia ejecutoriada se declaró procedente la acusación particular que se hubiera propuesto, será competente el Presidente del Tribunal Penal que dictó la sentencia condenatoria;

b) Si quien reclama la indemnización no propuso acusación particular, será competente para conocer de la acción por los daños y perjuicios derivados del delito, el juez de lo civil al que le corresponda según las reglas generales;

c) Si la infracción fue de acción privada, la competencia le corresponde al juez penal que dictó la sentencia; y,

d) En los casos de fuero, será competente el Presidente de la Corte respectiva.

Es decir, si no hay esa sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada en lo penal, no se puede antes ejercer esta acción, lo que constituye una cuestión prejudicial penal para ejercer la acción civil.

80. La acción civil de indemnización por sentencia de tránsito condenatoria

La anterior Ley de Tránsito en su Art. 137, contemplaba un caso más de prejudicialidad ya que necesariamente debía existir sentencia condenatoria para ejercer la acción por daños y perjuicios ante el mismo Juez que expidió esa sentencia en juicio verbal sumario y en cuaderno separado.

La actual Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, en su Art. 118, dispone que:

"Toda sentencia condenatoria por infracciones a la Ley de Tránsito conlleva la obligación de pagar costas, daños y perjuicios, a cargo del causante, o el responsable de la infracción."

En consecuencia, desapareció la mencionada prejudicialidad y no es necesario ejercer la acción civil de indemnizaciones de daños y perjuicios, puesto que, el que es declarado responsable en sentencia condenatoria por alguna infracción a dicha Ley, también tiene la obligación de pagar esas indemnizaciones; en otras palabras, esa sentencia condenatoria constituye el presupuesto de procedibilidad para exigir el pago y no una cuestión prejudicial, siendo el mismo Juez de Tránsito que dicte la sentencia condenatoria el que ordena, a la vez, el pago de las costas, daños y perjuicios; es decir, ejecutoriada la sentencia condenatoria, constituye la fuente de la obligación, la que en la fase de ejecución debe cumplirse, haciendo uso de los medios de coacción real.

La Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia, tiene establecido lo siguiente:¹²¹

"El Art. 52 del Código Penal ordena que los daños y perjuicios sean pagados por todos los responsables de un delito contra quienes se haya ejercitado acusación particular. La ley es imperativa y el Juez no puede, a su arbitrio, conceder o no el pago de tales daños y perjuicios tanto más que en el segundo

¹²¹ Gaceta Judicial Serie XIV - N° 7, pág. 1643.

inciso del Art. 67 de la misma Ley, impone al juez la obligación de declarar las indemnizaciones...A esta Sala le interesa subrayar el aspecto moral y de justicia que tiene este problema, ora para obligar a quien cometió el delito para que responda de las consecuencias económicas del mismo..."

81. El rapto con matrimonio de una menor

El Art. 96 del Código Civil, sobre la nulidad del matrimonio, dice:

"Es igualmente causa de nulidad del matrimonio la falta de libre y espontáneo consentimiento por parte de alguno o de ambos contrayentes, al tiempo de celebrarse el matrimonio, sea que provenga de una o más de estas causas:

3a. Rapto de la mujer, siempre que ésta, al momento de celebrarse el matrimonio, no haya recobrado la libertad;..."

El Art. 532 del Código Penal señala que:

"El raptor que se casare con la menor (Art. 21 C.C) que hubiere arrebatado o hecho arrebatarse, y los que hubieren tomado parte en el rapto, no podrán ser perseguidos sino después de haber sido definitivamente declarada la nulidad del matrimonio."

La acción de nulidad de matrimonio, si se funda en los vicios del consentimiento señalados en el Art. 96 C.C., como es el caso del rapto de la mujer, según el Art. 98 C.C., "solamente podrá demandar el cónyuge perjudicado", esto es, el que fue raptado; y, para ejercer la acción penal por el delito de rapto es necesario que exista sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio; es decir, el juicio penal depende de la resolución que emane del juez de lo civil, previa sustanciación en juicio ordinario, demandando la nulidad del matrimonio, según los Arts. 122 C.C., 63 y 853 del C.P.C., y ejecutoriada la sentencia en lo civil se ejercerá la acción penal por el rapto en contra del raptor y los demás responsables; advirtiendo de que ya no hay tercera instancia al haber sido derogada taxativamente por el Art. 21 de la Ley de Casación, publicada en el R. O. N° 192, de 18 de mayo de 1993.

La nulidad del matrimonio puede influir, como cuestión prejudicial, de dos modos:

a) Restando tipicidad al hecho aparentemente típico atribuido al imputado, puesto que el raptor puede aducir que la finalidad del rapto fue el matrimonio, y la menor, por su inexperiencia, consintió en dicho acto, sin que dicho precepto permita analizar ninguna otra conducta, únicamente el rapto.

Cualquiera que fuera el resultado de la acción de nulidad del matrimonio en el campo civil, el rapto, según el Art. 532 del Código Penal, sería siempre atípico en razón de la validez o nulidad del matrimonio, sin embargo, detiene u obstaculiza el proceso penal hasta que no exista la resolución del juez civil, lo que carece de sentido práctico, porque el juicio civil no incide en ninguno de los elementos del delito de rapto; de otra parte, supongamos que el que ejerce la acción penal desconoce el matrimonio, el juez penal inicia el proceso penal mediante el auto cabeza de proceso de acuerdo con el actual C. P. P. o por instrucción fiscal, según el nuevo Código (Art. 217) por el rapto y el acusado o imputado le presente prueba del matrimonio, mediante copia del acta de matrimonio conferida por el Registro Civil (Art. 350 C.C. o segundo inciso del Art. 718 CPC), en ese supuesto, de acuerdo con el artículo que comentamos, no podrá continuar el juicio penal contra el raptor y por lógica jurídica deberá suspenderse la acción penal, lo que acarrearía gravísimos perjuicios a la administración de justicia, toda vez que el culpable puede actuar de mala fe para evitar una condena.

La suspensión del proceso penal hasta que el juez civil dicte la sentencia declarando la nulidad del matrimonio, en la opinión del doctor Edmundo Durán Díaz ¹²²:

"...resulta un verdadero caso de prejudicialidad a la sentencia, pues si el juez penal se entera durante el juicio del matrimonio suspende el trámite, y si después se le presenta la sentencia de nulidad, lo reanuda.", a lo cual expreso mi adhesión.

¹²² Edmundo Durán Díaz. "Manual de Derecho Procesal Penal". Volumen I. EDINO 1992. pág. 176.

b). Desde la óptica más concreta del proceso civil, se presta a una maniobra en procura de burlar el procedimiento penal, impide o demora la causa o la condena del culpable, por lo que no es posible mantener un proceso penal pendiente de un juicio de otra jurisdicción, cuya cuestión se resume al análisis de la validez o nulidad del matrimonio contraído, cuando los delitos reprimidos con prisión, como es el caso, prescriben a los cinco años, en consecuencia, el juicio civil permite una paralización indefinida de la causa penal, que exige pronta resolución, por lo que, en esta cuestión prejudicial se debe fijar un plazo a efectos de que se expida la resolución prejudicial y así evitar que quede en la impunidad el delito de rapto.

82. La falsedad de un instrumento público

En la práctica existe enorme confusión respecto de esta cuestión prejudicial, que se ha llegado a sostener que en toda falsedad de un instrumento público si no existe sentencia de un juez civil declarándolo falso y ordenando el enjuiciamiento penal del culpable, no se puede iniciar el proceso penal; nosotros pensamos que esa posición no es correcta, por cuanto existen restricciones jurídicamente establecidas en el Art. 184 del Código de Procedimiento Civil, para que exista la cuestión prejudicial, al decir: "Si se demandare la falsedad...", esto es, que se inicie el proceso civil, luego de sustanciarlo, en sentencia debe declararse falso y ordenarse el enjuiciamiento penal del culpable, "sin que se pueda iniciarlo antes de tal declaración"; más confusión existe cuando una vez iniciado el juicio penal y en el sumario se presenta prueba de que existe un juicio civil iniciado con anterioridad, en este supuesto, el problema es cerrado, por cuanto nuestro ordenamiento legal no contempla la cuestión prejudicial a la sentencia, sin que la justicia penal pueda decidir dentro del campo de su competencia por razón de la materia; al respecto, estimamos que el proceso penal debería suspenderse en razón del principio de lógica jurídica, que no es otra cosa que todo lo que es jurídicamente prejudicial, lo es también lógicamente, caso contrario el proceso penal estaría afectado de nulidad, al tenor de lo que prevé el Art. 9 del Código Civil; o adoptar, como en otras legislaciones, el mismo criterio de competencia privativa por razón de la materia.

Hay quienes arremeten vehementemente sobre esta cuestión prejudicial, aseverando equivocadamente que algunos fallos de la Corte

Suprema de Justicia han rechazado la prejudicialidad por no existir juicio civil previo y concomitantemente sentencia, aduciendo que esas resoluciones judiciales son anteriores a la reforma que introdujo la última frase del Art. 184 CPC, que dice: "sin que se pueda iniciarlo antes de tal declaración."

Como reminiscencia, vale revisar el origen de esa reforma.

En la Presidencia de la República de Alfredo Baquerizo Moreno, el 16 de enero de 1917, se promulgó el nuevo cuerpo de leyes con el nombre de "Código de Enjuiciamiento Civil", decretándose la nueva edición el 24 de junio de 1918, arreglada por la Academia de Abogados de Quito, y entró en vigencia el 1° de agosto de 1918; y, siendo Jefe Supremo de la República, el General G. Alberto Enríquez Gallo, el 1° de abril de 1938, entró en vigencia el Código de Procedimiento Civil, denominación que sobrevive.

En concreto, el "Código de Enjuiciamientos en Materia Civil", que empezó a regir desde el 9 de octubre de 1879, en su Art. 375; el nuevo Código de 1881, con la misma denominación, en el Art. 370; y, el "Código de Enjuiciamiento Civil", promulgado el 16 de enero de 1917, en su Art. 188, con el mismo texto, decían:

"Si se demandare la falsedad de un instrumento público, el juez procederá a comparar la copia con el original, y a recibir las declaraciones de los testigos instrumentales."

Practicadas estas diligencias y cualesquiera otras que el juez estime convenientes para el esclarecimiento de la verdad, se correrá traslado de la demanda a quien perjudique la falsedad, y se seguirá el juicio por la vía ordinaria. En caso de declararse falso un instrumento, en la misma sentencia se ordenará el enjuiciamiento del culpable."

El Código de Procedimiento Civil, que rige desde el 1° de abril de 1938, en su Art. 201, tiene el mismo texto del actual Art. 184, que comparando con el texto pretranscrito, se aprecia la supresión de la frase "a quien perjudique la falsedad" y dos añadidos: el uno, entre las palabras "enjuiciamiento" y "del" se agrega la palabra "penal", y, el otro, a continuación

de la palabra "culpable" se coloca la frase "sin que se pueda iniciarlo antes de tal declaración."

Enfatizando, esas modificaciones tienen su origen desde el 1° de abril de 1.938.

Antes de examinar el texto del actual Art. 184 CPC, partamos de premisas básicas.

El Art. 182 del C.P.C., define lo que es un instrumento falso, en los siguientes términos:

"Es instrumento falso el que contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de tercero, por haberse contrahecho la escritura o la suscripción de alguno de los que se supone que la otorgaron, o de los testigos o del notario; por haberse suprimido, alterado o añadido algunas cláusulas o palabras en el cuerpo del instrumento, después de otorgado; y en caso de que hubiere anticipado o postergado la fecha del otorgamiento."

El artículo pretranscrito en forma clara determina dos clases de falsedades: una, la material, y la otra, la intelectual; la primera, se encuentra tipificada en el Art. 337 del Código Penal; y, la segunda, en el Art. 338 del mismo cuerpo legal, respecto de los funcionarios públicos; y, el Art. 339 ibídem, respecto de las personas particulares.

82.1. La falsedad material

La falsedad es material cuando en el instrumento que nació auténtico se aparenta la intervención de los que no lo han hecho, esto es, suplantando personas, atribuyéndoles manifestaciones no formuladas o simulando el otorgamiento por funcionario que no ha tomado parte en él.

El Art. 337 del Código Penal, reprime con reclusión menor extraordinaria de 9 a 12 años:

"...a los funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones hubieren cometido una falsedad que consiste: en

firmas falsas; en alteración de actas, escrituras o firmas; en suposición de personas; en escrituras hechas o intercaladas en registros u otros documentos públicos, en escritos u otras actuaciones judiciales, después de su formación o clausura."

El Art. 339 del mismo código, también se refiere a la falsedad material ejecutada por "cualquier otra persona", que no sea funcionario público.

82.2. La falsedad intelectual

La falsedad es intelectual cuando el instrumento, siendo válido en la forma (Art. 16 C.C.), se altera su contenido, por falsas declaraciones o cláusulas mendaces que se tratan de consolidar con el ropaje jurídico.

Esta figura jurídica se encuentra prevista en el Art. 338 del Código Penal, reprime con la misma pena señala para el caso de la falsedad material, al funcionario público que al redactar piezas correspondientes a su empleo, hubiere desnaturalizado su sustancia o sus pormenores:

"Ya escribiendo estipulaciones distintas de las que hubieren acordado o dictado las partes; ya estableciendo como verdaderos, hechos que no lo eran."

El Art. 339 del mismo código, también se refiere a la falsedad intelectual ejecutada por "cualquier otra persona", que no sea funcionario público.

Algunos interpretan el Art. 184 C.P.C. en forma diminuta, sin importarles la clase de falsedad -material o intelectual- o toman únicamente la última frase y con ello pretenden darle vida al texto íntegro del mencionado Art. 184, prescindiendo del presupuesto establecido en esa disposición legal, es decir, le atribuyen carácter absoluto a esta prejudicialidad.

Los diferentes organismos de la Función Judicial y por los fallos publicados en la Gaceta Judicial y, otros, inéditos, han expedido resoluciones contradictorias sobre un mismo punto de derecho, esto es, en la interpretación del Art. 184 CPC, como señalamos a continuación.

82.3. Resoluciones que rechazan la prejudicialidad civil estimando que sólo existe cuando hay juicio civil

En auto expedido el 15 de enero de 1946¹²³, por consulta y apelación del auto de nulidad dictado por la Corte Superior de Ibarra en el cual se aduce que la falsedad de la escritura pública de compraventa, por suplantación de persona, "el legislador ha establecido que el juzgamiento penal se lleva a cabo con la orden del Juez Civil, para que no resulte el caso anómalo de existir sentencia condenatoria contra los sindicatos y sentencia declarando válido el instrumento público. Por ser un asunto prejudicial,... el juez que inició el juzgamiento no podía aceptar la denuncia, porque antes de instruir el sumario el juez en todo caso, debe examinar si es hecho punible y si es de su competencia".

Frente a esa circunstancia, la Corte Suprema de Justicia ilustra lo siguiente:

"b) El Art. 28 (Art. 16 del actual o Art. 41 del nuevo) del Código de Procedimiento Penal prescribe que si la acción penal dependiese de cuestiones prejudiciales cuya acción compete exclusivamente al fuero civil no puede iniciarse juicio penal antes que haya sentencia ejecutoriada en la cuestión prejudicial, sino en los casos expresamente determinados por la ley, de lo que se desprende que el sistema establecido por este artículo es el de que el enjuiciamiento penal, cuando se ha cometido una infracción, puede iniciarse libremente, quedando limitado a esperar sentencia ejecutoriada en lo civil, únicamente en los casos determinados por la ley. La regla general es por tanto que puede iniciarse enjuiciamiento penal y, la excepción es que se espere el resultado de la acción civil cuando la ley así lo dispone expresamente; c) Se corrobora este alcance dado a dicha disposición con el contenido de la siguiente, o sea del Art. 29 (Art. 17 del actual o Art. 41 del nuevo) el que no reconoce valor de cosa juzgada en lo penal a las sentencias ejecutoriadas en juicio civil, sino por excepción y en los mismos casos expresamente determinados por la ley; d) Entre las cuestiones

¹²³ Gaceta Judicial Serie VII - N° 3, págs. 302-303.

prejudiciales se han contado las falsedades instrumentales, por lo dispuesto en la última parte del Art. 201 (hoy, 184) del C. P. Civil; pero, tal disposición no establece como regla la tesis de lo prejudicial civil para todo caso de falsedad de un instrumento, pues dicha parte se la debe entender y aplicar formando un todo indivisible con las demás, especialmente con los antecedentes establecidos en el mismo artículo para fijar el caso o casos por él reglados. En efecto, dicho artículo se refiere a falsedad material o alteración de un instrumento después de otorgado, ya que principia por establecer como condición la de que se demande la falsedad de ese instrumento público y señala luego el procedimiento verificando la comparación de la copia con el original y ordenando la recepción de las declaraciones de los testigos instrumentales, todo lo que no es posible sino en las enunciadas falsedades materiales; e) Supuesto lo anterior merece considerarse que aún las falsedades materiales deben tomarse como cuestiones prejudiciales, sólo cuando ellas han sido materia de enjuiciamiento civil; circunstancia que cabría únicamente cuando afectasen a intereses particulares, quedando de inmediato en la impunidad las falsedades que atacasen a instrumentos en los cuales prepondera el interés social y propiamente no tiene directos interesados para perseguir la infracción y menos instaurar demanda civil. No es aceptable que falsedades cometidas en actas que contengan la historia de una Ley y otros instrumentos semejantes queden impunes por no existir quien pueda iniciar acción civil previa, cuando los principios que rigen la persecución de las infracciones son igualmente aplicables para el delito cometido en cualquiera clase de instrumentos, sean éstos de interés preferentemente privado o de aquellos que tienen interés social o público" (Arts. 337, 339 y 341 C. P.).

De la misma manera, en auto expedido el 14 de febrero de 1951¹²⁴ por consulta del auto de nulidad dictado por la Corte Superior de Quito, al haberse suplantado la persona del vendedor de un inmueble, enseña:

¹²⁴ Gaceta Judicial Serie VII - N° 15, págs. 1782-1783

"2°. Tratándose de un caso de excepción, es preciso no dar al mandato legal una interpretación extensiva, que vaya más allá del alcance indudable de su tenor literal; y, por lo mismo, no puede decirse en forma genérica y absoluta que el juicio penal, en todo caso de falsedad de un instrumento, no puede iniciarse sin que preceda la sentencia de fuero civil; pues el Art. 201 (hoy, 184) del Código de Procedimiento Civil, si bien termina creando un caso prejudicial, lo hace dentro de los supuestos condicionales que el mismo establece y que son: en primer lugar, que se trate de un caso de **falsedad material** comprendido dentro de la enumeración hecha por el Art. 199 (hoy, 182) del propio Código, que le precede; en segundo lugar, que se **hubiese demandado civilmente la falsedad**, de tal manera que de no esperarse el resultado del juicio civil se tendría dos cuestiones judiciales simultáneas sobre el mismo asunto, que es lo único que quiso evitarse.

3° El dar al Art. 201 (hoy, 184) la interpretación extensiva de que en todo caso de falsedad de un instrumento, la acción penal no puede iniciarse sin sentencia civil que lo declare, es quebrantar la regla de hermenéutica universal que rige la aplicación de los casos de excepción."

Igualmente, mediante sentencia dictada el 10 de diciembre de 1974¹²⁵ por recurso de casación de la sentencia de un Tribunal del Crimen (hoy, Penal) de Pichincha, por forjamiento de sentencia de un supuesto divorcio e inscripción en el Registro Civil, delito previsto en el Art. 339 del Código Penal, establece:

"SEGUNDO.- El Tribunal del Crimen da como probados los siguientes hechos: a) Que el reo forjó la sentencia que asoma como expedida por el Juez 1° Provincial de Pichincha, que declara disuelto el matrimonio de VCG con CFM; b) Que con esa sentencia obtuvo la inscripción en el Registro Civil del falsificado divorcio; y, c) Que las firmas del secretario del Juzgado Provincial...son producto de la imitación por calco.

TERCERO.- Son estos los hechos probados; de ahí que la actividad delictual de CG dio por resultado haberse cometido una verdadera

¹²⁵ Gaceta Judicial Serie XII - N° 7, págs. 1386-1387.

falsedad en instrumento público, como lo es la inscripción del supuesto divorcio en el Registro Civil; fue pues, el reo responsable único de la falsedad constante en el mencionado instrumento público, otorgado por el competente empleado. El caso que el recurso de casación resuelve, tiene fundamentos parecidos al resuelto por la Corte de Casación de Francia, citado por Carrara 3655 en el sentido, de que "el hacer comparecer en un contrato de venta efectuado ante un Notario como esposa propia a una mujer que no es tal, constituye una falsedad en escritura pública". No puede ser otro el delito; pues acudir al funcionario público con sentencia forjada y obtener la inscripción de la disolución matrimonial en la Oficina del Registro Civil, es delito cometido en instrumento público.

CUARTO.- El Tribunal del Crimen al establecer como probados los hechos antes relatados cometió error de derecho, al aplicar al caso los Arts. 348 y 535 del Código Penal; que además de no ser aquellos delitos de competencia del Tribunal, tampoco son aplicables a la especie; no el primero, porque no se trata de ningún certificado; ni el otro, ya que no existe celebración ni terminación del matrimonio; hay falsedad en instrumento público, sancionado por el Art. 339 del citado Código. El Art. 535 sanciona la violencia o el fraude para la celebración o terminación verdadera del matrimonio, alcanzados por los medios antes citados. La falsedad de la inscripción en el Registro Civil, no tuvo el efecto de terminar el matrimonio antes aludido."

En el fallo expedido por la Corte Suprema¹²⁶, el 4 de mayo de 1979, por recurso de apelación del auto de nulidad pronunciado por la Corte Superior de Quito, por cédula falsa, aduciendo que no podía iniciarse juicio penal antes de que exista sentencia ejecutoriada que declare la falsedad documental, corrigiendo ese error, la Corte Suprema de Justicia considerando los actuales Arts. 16 C.P.P. (o Art. 40 del nuevo) y 184 C.P.C., señala lo siguiente:

¹²⁶ Galo Espinosa M. "Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia". Segunda Serie. Tomo II. 1979-1980, págs. 452-453.

"De estas disposiciones legales se deduce lógicamente que el ejercicio de la acción penal depende de una resolución previa de la justicia civil; a) En los casos expresamente determinados por la ley; b) Cuando se ha demandado, antes de iniciar el juicio penal, la falsedad de un instrumento público en el fuero civil; y, c) Cuando las cuestiones prejudiciales competen exclusivamente al fuero civil. En el caso que se juzga, no se trata de un asunto expresamente determinado por la ley, porque no se ha iniciado la acción civil de falsedad antes del enjuiciamiento penal, en cuyo caso obviamente había que esperar la decisión del juez para iniciar el juicio penal, con el objeto de preservar la unidad de la causa; y, por último, la falsedad de un instrumento público, en la especie, de la cédula de identidad y ciudadanía, no es de competencia exclusiva del fuero civil; puede serlo y lo es también de la justicia penal. Por lo expuesto, en el caso que se juzga no hay prejudicialidad, esto es, la acción penal no depende previamente de una resolución civil; y, 3º. La Corte Suprema en numerosos fallos se ha pronunciado sobre la competencia del Juez de lo penal para juzgar de la falsedad de un instrumento público, sin que sea necesario previamente el pronunciamiento del Juez de lo Civil, cuando la acción de falsedad no ha sido deducida con anterioridad en la vía civil. Al respecto, se puede argumentar que hay la posibilidad de que en un momento dado se demande civilmente la falsedad, y que subsistiendo esa posibilidad se debe esperar la decisión del Juez de lo Civil para poder iniciar el correspondiente enjuiciamiento penal; mas, esta argumentación implica una interpretación extensiva de las normas comentadas, y en materia penal esta clase de interpretaciones se halla prohibida, pues el Juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la Ley. Por todo lo expuesto, esto es, porque no se trata de una cuestión prejudicial, los jueces de primera instancia tuvieron competencia para conocer del juzgamiento de la infracción acusada, siendo por lo mismo, válido el proceso."

La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema en sentencia expedida el 14 de enero de 1998, al resolver el recurso de casación interpuesto por el encausado NM de la sentencia expedida por el Tercer

Tribunal Penal de Pichincha, que condena por el Art. 341 del Código Penal, por pasaporte, cédula de identidad y permiso militar falsos, declara improcedente el recurso, considerando lo siguiente:¹²⁷

QUINTA.- *Sobre la prejudicialidad que arguye el encausado como sustento del recurso de casación por falsa aplicación de la Ley, conviene formular estos razonamientos: a). Según el artículo 16 (o Art. 40 del nuevo) del Código Procesal Penal los casos prejudiciales se hallan expresamente determinados en la ley, y el ejercicio de la acción penal depende de una resolución previa de la justicia civil; b). Al tratarse de documentos públicos la prejudicialidad se produce cuando se ha actuado como lo manda el Art. 184 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere de manera casi específica a las escrituras públicas, lo que no ha sucedido en el presente juicio; y, c). Al no haberse iniciado la acción civil de falsedad no existe prejudicialidad tanto más que no es asunto expresamente fijado en la ley como tal. En consecuencia no hubo impedimento para el ejercicio de la pretensión punitiva y al haber dictado sentencia el Tribunal sin considerar la prejudicialidad no ha violado la ley."*

La Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia expedida el 20 de julio de 1999¹²⁸, al conocer por recursos de casación la sentencia del Tribunal Segundo de lo Penal de Tungurahua, no requiere la resolución previa del juez civil frente a la falsificación de cédula de identidad, escrituras públicas de enajenación y demandas judiciales, desestimó los recursos de casación y dispuso que se ejecute la sentencia, estableciendo lo siguiente:

"SEXTA.- *No compete a la Sala, dada la naturaleza del recurso de casación volver sobre el análisis de las pruebas que han sido correctamente valoradas en su conjunto por el Tribunal Penal especialmente con el análisis jurídico del considerando*

¹²⁷ Gaceta Judicial Serie XVI - N° 10, págs. 2636 y 2637.

¹²⁸ Juicio N° 257-98-OR. Falsificación de instrumentos públicos seguido contra Segundo Copo Cevallos.

QUINTO.- sobre los ilícitos tipificados en los Arts. 339 y 341 del Código Penal y en relación con los artículos 168 y 169 del Código de Procedimiento Civil y el 182 ibidem, con los razonamientos congruentes relativos a la prejudicialidad invocada por el procesado Copo Fiallos, aplicando el criterio de la sana crítica y llegando a la conclusión de que en la especie se da la concurrencia de infracciones tipificadas en los artículos 296, 339 y 341 del Código Penal, de las cuales la más grave resulta ser la falsificación de instrumento público en que incurrió C.F., ya se considere la alteración de la cédula de identidad, ya el otorgamiento de escrituras falsas bajo las consideraciones consignadas en el fallo impugnado con el sólo propósito de eliminar del patrimonio de la sociedad conyugal todos los bienes inmuebles adquiridos conjuntamente con su cónyuge, ya a la demanda de nulidad de matrimonio y finalmente el juicio irrito de prescripción adquisitiva de dominio;"

82.4. Presupuestos o requisitos de la prejudicialidad civil para el ejercicio de la acción penal por falsedad de instrumento público

Se entiende por presupuesto toda circunstancia anterior al hecho al que se refiere, en el caso, la existencia de un juicio civil, puesto que el artículo de nuestra referencia está redactado de manera positiva y comienza diciendo: "Si se demandare la falsedad de un instrumento público,...", es decir, es la ley la que exige esa circunstancia, que esté presente, que sea cierto ese juicio civil; en esa circunstancia, no se podría ejercer la acción penal o iniciar el juicio de esa naturaleza.

Decimos que es un requisito, porque es necesario que exista la sentencia del juez civil, en la que declare falso el instrumento y ordene el enjuiciamiento penal del culpable, cumplido dicho requisito podemos ejercer la acción penal o debe iniciarse el juicio penal.

Para la aplicación de la ley debemos tener presente el elemento gramatical o literal que dice: "no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu" (Nº 1º, Art. 18 C.C.) o el elemento lógico y sistemático que enseña hacer uso del contexto de la ley, mismo que sirve para ilustrar el

sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía (Nº 4, Art. 18 C.C.).

Del contexto de las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia pretranscritas, se extraen los siguientes presupuestos o requisitos:

1º. Que para que exista prejudicialidad civil, el Art. 184 establece la existencia de un juicio civil, que sea cierto, al decir: "Si se demandare la falsedad...";

2º. Que se trate de una falsedad material,¹²⁹ lo que significa que la prejudicialidad civil no es para toda clase de falsedades, puesto que el Art. 184 ordena la comparación de la copia con el original y la recepción de las declaraciones de los testigos instrumentales, lo que puede hacerse únicamente en la falsedad material;

3º Que para el ejercicio de la acción penal e iniciar el juicio de esta naturaleza, existiendo el juicio civil previo, se necesita sentencia ejecutoriada en el juicio civil, cumpliendo la exigencia del inciso final del Art. 184 C.P.C., que dice:

"En caso de declararse falso un instrumento, en la misma sentencia se ordenará el enjuiciamiento penal del culpable, sin que se pueda iniciarlo antes de tal declaración."

En conclusión:

a) El Art. 184 admite la prejudicialidad civil "sólo cuando haya sido materia de enjuiciamiento civil" y no establece como regla la impunidad "por no existir quien pueda iniciar acción civil previa"; todo lo contrario, si no existe juicio civil, la persecución de las infracciones por falsedad de instrumentos está sujeta a los principios que rigen para cualquier delito

¹²⁹ Edmundo Durán Díaz. Obra citada. "Que el Art. 184 no establece como regla la tesis de la prejudicialidad civil para todo caso de falsedad de un instrumento" pág. 168; "Que la prejudicialidad sólo es aplicable a los asuntos de falsedad material".

Jorge Zavala Baquerizo. "El Proceso Penal" Tomo I. "Uno de los casos de prejudicialidad civil en materia penal expresamente señalado en la ley es el que se refiere a la falsedad material en un instrumento público" pág. 261. "Por lo tanto, concluimos diciendo que el Art. 184 C. P. C., se refiere a la falsedad material en un instrumento público." pág. 265.

cometido (G. J. Serie VII N° 3, pág. 303), es decir, debe ejercerse la acción penal e iniciar el juicio de esa naturaleza;

b) Que el Art. 184 se refiere exclusivamente a la falsedad material, a más del enjuiciamiento civil, y no para toda clase de falsedades de un instrumento, ya que, supongamos que existe el juicio civil y se trata de una falsedad intelectual o ideológica, en este caso, no es aceptable que estas falsedades requieran de una acción civil previa; y.

c) Que al no existir juicio civil y aunque se trate de falsedades materiales, no procede la prejudicialidad civil; en este supuesto, debe ejercerse la acción penal e iniciar el juicio respectivo mediante auto cabeza de proceso, que puede tener por antecedentes uno cualquiera de los señalados en el Art. 15 C.P.P., con el nuevo Código se inicia con la instrucción fiscal (Art. 217 CPP).

En los demás casos de falsedades de un instrumento público o privado, prevalece la regla general, por la que, necesariamente debe ejercerse la acción penal para perseguir y castigar ese delito, sin que preceda resolución dictada en lo civil, lo contrario sería dejar en la impunidad esos delitos por no existir quien pueda ejercer la acción civil previa.

82.5. Fallos que admiten la prejudicialidad civil cuando no existe declaración de falsedad previa del fuero civil

Como podrá observarse, quienes propugnan esta tesis, que no la compartimos, le dan el carácter de absoluto a este caso de prejudicialidad, inspirados únicamente en la última frase del Art. 184 C.P.C. "sin que se pueda iniciarlo antes de tal declaración", como que los jueces civiles fueran los únicos que tienen competencia para declarar la falsedad de un instrumento público, desconociendo la circunstancia establecida en ese mismo artículo: que exista o esté presente un juicio civil; en otras palabras, si no existe previamente la declaratoria de falsedad emanada del órgano civil, sostienen que no puede iniciarse el juicio penal y si de hecho se ha iniciado se pronuncian por la nulidad o se abstienen de dar trámite a la denuncia o acusación, a lo que cabe formularnos la siguiente reflexión: qué hacer con los delitos de falsedad en instrumentos públicos, si hoy en día están proliferando?.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia expedida el 12 de septiembre de 1988, al conocer por recurso de casación la sentencia pronunciada por un Tribunal de lo Penal de Imbabura, declaró la nulidad del proceso penal desde su auto inicial, estableciendo lo siguiente:¹³⁰

"Y para obtener la declaración de falsedad de esas partidas tenía que aplicarse el Art. 89 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cédulación, y en ese trámite ante un Juez Civil, éste ordenará en la sentencia el enjuiciamiento penal del culpable, sin que pueda iniciarse antes de tal declaración. En la sentencia recurrida no consta que un Juez de lo Civil haya declarado la falsedad de esas partidas, por manera que no podía iniciarse el proceso penal si no había esa declaratoria; así pues, se ha violado el Art. 16 (o Art. 40 del nuevo) del Código de Procedimiento Penal, por lo que en la sentencia se debió declarar la nulidad del proceso penal;"

La Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, en auto de 12 de octubre de 1989, en base a los Arts. 16 C.P.P. (o Art. 40 del nuevo) y 184 C.P.C., (fallo inédito) se abstiene de dar trámite a la denuncia y de iniciar el sumario, relacionada con el cambio de fechas en determinados oficios e informes de Contraloría para la celebración del contrato de asistencia técnica entre el Ministerio de Obras Públicas y un Consorcio, dice:

"...sin que le corresponda al juez penal hacer distinción alguna si la falsedad instrumental afecta a intereses particulares o a intereses públicos, ya que ni la norma civil ni la norma penal que tratan sobre la prejudicialidad distinguen específicamente el ámbito de aplicación, debiendo, por tanto, atenerse al texto literal citado, con mayor razón si le está prohibido interpretar extensivamente la ley penal. El juez penal, en consecuencia, para iniciar sumario por delito de falsedad de un instrumento público debe contar con el antecedente indispensable de una sentencia civil firme que declare falso dicho instrumento."

¹³⁰ Gaceta Judicial Serie XV - N° 3, pág. 623.

Un Tribunal Penal de Pichincha, en el juicio N° 03/96, en auto de 18 de marzo de 1996, por alteración de la ordenanza municipal N° 2406, en el considerando SEXTO hace alarde, sin ser cierto, el hecho de que "La doctrina, la ley y la jurisprudencia en **unidad de criterio** se han pronunciado por la prejudicialidad de la falsedad cometida en instrumentos públicos, indicando que la acción penal no se la puede ejercer sino una vez que haya sentencia ejecutoriada en lo civil", y resuelve:

"No existiendo prueba de que se haya expedido sentencia y que la misma se encuentre ejecutoriada por parte del Juez Civil, (sic, el juez no ejecutoria) en que se declare falso el instrumento público que da origen al presente enjuiciamiento, y habiéndose establecido, que el caso de que se trata en este proceso, es prejudicial, y que por lo tanto no podía iniciarse el mismo, sin que antes se hubiera fallado por el juez civil la existencia de la falsedad del documento de que se trata, SE DECLARA LA NULIDAD de todo el proceso, desde fs. 1, en que consta la presentación de la denuncia. Con costas a cargo de los jueces Primero y Tercero de lo Penal."

Una de las Salas de la Corte Superior de Quito, en auto de 14 de diciembre de 1998, en el juicio N° 23/97, al conocer por recursos de apelación tanto del auto de apertura del plenario dictado contra uno de los sindicados como del sobreseimiento provisional del proceso y definitivo del sindicado NN, expedido por el Juez Quinto de lo Penal de Pichincha, se dice que "hay datos que hacen presumir la existencia de una infracción", teniendo informes periciales que establecen la falsificación de las firmas de MM estampadas tanto en el contrato de compraventa de un vehículo como en el acta de reconocimiento judicial.

Dicha Sala, transcribiendo literalmente los Arts. 16 del C. P. P (o Art. 40 del nuevo) y 184 del C.P.C., sin ningún análisis, declara la nulidad de todo lo actuado a cargo de los ex jueces que han intervenido en esa causa. "Sin honorarios que regular, por no haberse alegado la nulidad que se declara". Es decir, lo hizo de oficio, pero no se conoce ni se expresa cual fue el motivo o razón para adoptar esa decisión, estimamos que quizá se consideró la incompetencia del juez penal, al haber iniciado el juicio de esa índole sin

orden del juez de lo civil, basándose en la última frase del Código Adjetivo Civil, que dice: "...sin que se pueda iniciarlo antes de tal declaración."

Otra de las Salas de la Corte Superior, en auto de 3 de marzo de 1999, al conocer por recurso de apelación la condena en costas impuesta a los jueces Primero y Tercero de lo Penal, en relación al auto antes transcrito, desechó los recursos, indicando lo siguiente:

"CUARTO.- Evidentemente, los jueces Tercero y Primero de lo Penal...en su momento, actuaron en forma incompetente por razón de la materia, ya que la acción penal fue prematura porque el juez civil debía previamente declarar la falsedad del instrumento público, como lo exigen los Artículos 184 del Código de Procedimiento Civil y 16 y 18 del Código de Procedimiento Penal, ya que se trata de una cuestión prejudicial sometida a la resolución previa del fuero civil. Los referidos jueces penales al actuar sin competencia penal en la causa sin pronunciarse sobre la alegada prejudicialidad viciaron de nulidad el proceso como así lo declaró el Tribunal..., siendo condenados en costas de conformidad con lo dispuesto por los Artículos 365 y 366 del Código de Procedimiento Civil."

En el juicio penal N° 1499/98, en el que se acusa la falsedad de escrituras públicas de venta de dos inmuebles, por suposición o suplantación de persona y firmas falsas de la vendedora, sin que exista juicio civil, en el recurso de amparo de libertad N° 17/99, en auto de 9 de abril de 1999, fundado en el criterio del Dr. Jorge Zavala Baquerizo,¹³¹ hace prevalecer la tesis de que "Para evitar los conflictos que, en la realidad, se pueden presentar es que la ley, de manera expresa, dispone que en el caso de falsedad material en instrumento público debe esperarse el pronunciamiento del juez civil para luego, una vez que se declare civilmente falso el documento, el juez penal pueda entrar al conocimiento del delito de falsedad"; agrega que, "no existe prejudicialidad condicionada: o la ley de manera expresa dispone que el juez civil se pronuncie previamente sobre el asunto discutido; o no lo hace."

¹³¹ Jorge Zavala Baquerizo. "Delitos contra la fe pública" - La Falsedad Instrumental. Tomo II, págs. 300-301.

Nuestro comentario: de qué conflictos se habla cuando no existe juicio civil previo, y al decir que "se pueden presentar", esto es interpretar extensivamente, quebrantando la regla de hermenéutica universal y se pone en un compás de espera que puede suceder o no, y lo que el legislador prevé es la presencia del juicio civil, que sea cierta la existencia de ese juicio civil, no se basa en meras expectativas, porque éstas no engendran ni dan derecho (Nº 6, Art. 7 C.C.); las contradicciones surgen desde el momento en que existen dos proposiciones, en la que la una se opone a la otra, eso es lo que el legislador quiere evitar, que simultáneamente o concomitantemente no existan dos cuestiones judiciales sobre el mismo asunto, quiere evitar que se produzcan dos fallos contradictorios, en consecuencia, habiendo el juicio civil se debe esperar el resultado.

Como se ve, los que propugnan esta tesis, sostienen que debe existir el juicio civil y esperar la resolución del juez civil, sin importarles el texto completo del Art. 184 CPC, ante lo cual formulamos las siguientes reflexiones: si no hay quien ejerza la acción civil o simplemente, por falta de recursos o conveniencias de todo orden, los directos interesados no lo hacen, esos delitos quedarían en la impunidad, razón suficiente para que exista auge delictivo, por qué quien puede demandar civilmente la falsedad de un sin número de instrumentos públicos, como cédulas de identidad o ciudadanía, matrículas de vehículos, pasaportes, placas de identificación y licencias de conducción vehicular, o cualesquiera de los que se mencionan en el Art. 169 del C.P.C., "No es aceptable que falsedades cometidas en actas que contengan la historia de una ley y otros instrumentos semejantes queden impunes por no existir quien pueda ejercer la acción civil previa, cuando los principios que rigen la persecución de las infracciones son igualmente aplicables para el delito cometido en cualquier clase de instrumentos, sean éstos de interés preferentemente privados, o de aquellos que tienen interés social o pública" (G. J. Serie VII Nº 3 pág. 303).

82.6. Un caso de prejudicialidad a la sentencia

Enfatizando lo que ya comentamos sobre la prejudicialidad a la sentencia (Nº 68), que fugazmente existió en nuestra legislación, es decir, actualmente no está regulada; pero, en la vida práctica se presentan casos que constituyen un verdadero obstáculo a la prosecución procesal comenzada, su ausencia produce serias dificultades, menoscaba la eficacia del proceso ya

iniciado y conlleva a serios errores judiciales; en consecuencia, en presencia de la prejudicialidad a la sentencia -civil o penal- estimamos que para que sea posible decidir sobre lo que es materia del juicio, por lógica jurídica, éste debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca, como así afirma Edmundo Durán Díaz¹³².

Examinemos el caso siguiente:

Previo sorteo le corresponde al Juzgado Sexto de lo Civil una demanda que se le asigna el N° 18/98, en la que expresamente se dice: "...en juicio ordinario demandando la declaratoria de falsedad y, por tanto, la nulidad absoluta de las siguientes escrituras públicas:" de un poder especial, por falsificación de firma y rúbrica y suplantación de persona; y, de las escrituras de compraventa de dos inmuebles en la que la vendedora es representada con ese poder.

Concomitantemente, por el fuero de Corte que les asiste a los notarios, se presenta una acusación particular a la que se la signa con el N° 85/98, en la que se señala que en el poder especial "no sólo que procedió a la falsificación de mi firma y rúbrica sino que celebró el contrato en sustitución de mi persona, con la presencia, intervención, conocimiento y autorización del referido Notario, quien, por obvias razones, debió cerciorarse de su identidad"; y, agrega, "lo relatado constituyen infracciones púnibles y pesquisables de oficio", y al haber intervenido un notario en la celebración de ese poder y un particular, los acusa, sin lugar a dudas, por los delitos previstos y reprimidos por los Arts. 337 y 339 del Código Penal.

Con ese precedente se inició el juicio penal mediante auto cabeza de proceso en el que se sindicó a dos notarios y tres particulares -supuesta mandataria y cónyuges compradores- quienes, luego de ser citados dan a conocer que por esos mismos hechos existe un juicio civil pendiente, el signado con el N° 18/98, referido anteriormente y desconocido para el Presidente de la Corte, en el que se demanda la falsedad, alegan

¹³² Edmundo Durán Díaz. Obra citada. pág. 154 "La otra alternativa sería la de suspender el trámite del juicio penal y esperar la sentencia del juez civil. Sin duda, ésta es la solución justa y legal".

prejudicialidad y presentan la prueba acreditando que el juicio civil está pendiente de resolución.

Frente a esa circunstancia, en auto expedido el 2 de febrero de 1999, se resalta el hecho de que el Juez Civil ha iniciado el juicio ordinario por falsedad de instrumentos públicos y que aún no existe sentencia que declare falso el instrumento y ordene el enjuiciamiento penal del o los culpables y que el juicio penal no debía iniciarse antes de tal declaración, como preceptúa el Art. 184 CPC., por lo que se suspende la prosecución del juicio penal hasta que se conozca la resolución del fuero civil.

Una de las Salas de la Corte Superior, al conocer por recurso de hecho, en auto expedido el 19 de abril de 1999, desconoció la prejudicialidad a la sentencia, aduciendo los siguientes hechos, que los resumimos en tres:

1° Que la suspensión del trámite de la causa penal la patentiza después de diez meses de haber sustanciado el sumario.

Comentario: Parece que no se consideró que la prejudicialidad civil surgió en el proceso penal como una cuestión extraña al mismo, que fue planteada incidentalmente, en virtud de la existencia de un juicio civil previo; en cuyo caso, la prejudicialidad constituye una excepción, que debe ser propuesta por las partes y en ningún caso procede de oficio, correspondiéndole al juez únicamente "cuidar de que la contestación sea clara y las excepciones contengan los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya,... (N° 3°, inciso tercero, Art. 106 CPC).

2° Que antes de iniciar el sumario el juez tiene la obligación de examinar sobre la inexistencia de la infracción o la cuestión prejudicial, invocando los Arts. 216 y 219 del C.P.P.

Nuestra opinión: Estimamos que se hace una interpretación extensiva de la Ley, lo que en materia penal es prohibido, como prevé el Art. 4 del C. P, por lo siguiente:

El Art. 219 C.P.P., expresa que, "antes de iniciar el sumario, el juez está obligado a examinar si el hecho está previsto como delito en la Ley Penal," sin que ello signifique que debe hacerse un pronunciamiento de

carácter jurídico sobre la infracción, sino un simple examen objetivo sobre la misma.

El delito de falsedad material en instrumento público está previsto en los Arts. 337 y 339 C. P.; en consecuencia, el Art. 19 C. P. P., imperativamente manda que:

"Cuando, de cualquier modo, llegare a conocimiento de un juez la perpetración de un delito que debe perseguirse de oficio, instruirá el sumario correspondiente..."

Entonces, es obligatorio y debe iniciarse "de oficio" el proceso penal para comprobar la existencia del delito y sancionarlo. Al respecto, Jorge Zavala¹³³ dice:

"La oficialidad del proceso penal impone su obligatoriedad. El órgano jurisdiccional está en capacidad de investigar la comisión del delito, sin necesidad de excitación alguna. Pero para investigar la comisión del delito respetando las normas constitucionales y legales (juicio previo derecho de defensa) es necesario el proceso penal y por eso el Estado impone al órgano jurisdiccional la obligación de iniciar el proceso penal tantas veces cuantas se produzca una infracción."

De otra parte, no es exacta la afirmación de que debió examinarse la falsedad en instrumento público como cuestión prejudicial, puesto que el Art. 184 C.P.C., tomándolo en su contexto o de manera indivisible, no establece como regla la tesis de la prejudicialidad civil para todo caso, sino que comienza señalando como presupuesto el que se demande ante el juez civil y que se trate de una falsedad material; en consecuencia, al sindicado o imputado que alegó la cuestión prejudicial, señalando que por esa falsedad existe enjuiciamiento civil, necesariamente debe probarlo en el proceso penal.

Creemos que equivocadamente se consideró que en materia penal el juez es el único obligado por sí a efectuar todas las investigaciones para formar su convicción sobre la existencia de la infracción y de la culpabilidad

¹³³ Jorge Zavala Baquerizo. "El Proceso Penal" Tomo I. 1989. pág. 58.

de quienes intervinieron en ese acto, inclusive de las excepciones deducidas por el sindicado o imputado, sin darle importancia a las reglas de "la carga de la prueba" contempladas en el Art. 117 del C.P.C., norma supletoria según prevé el Art. 453 C.P.P., distribuye la actividad probatoria y señala como obligación, especialmente cuando el reo en su negativa hace una afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada; en cuyo caso, prima el interés del reo que necesariamente debe introducir al proceso los medios de prueba para proporcionarle al juez la certeza de la existencia o inexistencia del hecho alegado, si no lo hace, se perjudica el mismo.

Jorge Zavala ¹³⁴, dice:

"El problema de la carga en materia procesal penal debe ser considerado como la necesidad que tienen las partes procesales para introducir en el proceso penal las pruebas que justifiquen sus respectivas posiciones para llegar a la verdad histórica. La necesidad impone la obligación...El principio de investigación integral de la verdad no excluye la necesidad que tienen las partes procesales activas para probar la existencia del acto adecuadamente típico y la relación de ese acto con su autor."

3º La Sala, autora de la decisión que comentamos, agrega que: la suspensión del trámite de la causa penal, no tiene amparo legal y lo menoscaba, porque debe continuar hasta que concluya dicha etapa; y que sólo agotada la etapa intermedia, el juez puede sobreseer provisionalmente, definitivamente o declarar la nulidad si hubiese incurrido en la omisión de alguna solemnidad de las previstas en los Arts. 360 y 361 C.P.P. (o Art. 330 del nuevo CPP).

Nuestro comentario: De ello se extrae que la Sala de la Corte Superior no tomó en cuenta la cuestión prejudicial a la sentencia ni comparte con la suspensión del trámite, pero establece dos alternativas: una, continuar la sustanciación del proceso hasta resolver lo que corresponde por el mérito de los autos; y, la otra alternativa, declarar la nulidad, nos preguntamos, por qué no lo hizo la misma Sala, puesto que es obligación de los jueces de

¹³⁴ Jorge Zavala Baquerizo. "El Proceso Penal". Tomo II. Cuarta Edición. EDINO -1989. pág. 27.

primera o segunda instancia declararla "aunque las partes no hubieren alegado la omisión" (Art. 358 CPC), al tratarse de las solemnidades relativas a jurisdicción y competencia.

Recordemos que la prejudicialidad civil surgió en el proceso penal incidentalmente, en virtud de la existencia de un juicio civil previo, y para este caso, nuestro ordenamiento legal nada tiene establecido, sin embargo, Edmundo Durán Díaz¹³⁵ y Hernando Devis Echandía¹³⁶ concuerdan en que debe suspenderse el trámite del juicio penal y esperar la sentencia del juez civil, agrega el primero de los nombrados, que: "Sin duda, ésta es la solución justa y legal".

Andrés F. Córdova¹³⁷, expresa:

"Se ha entendido mal, y legislado peor en el país, el delicado aspecto de las cuestiones prejudiciales en el terreno del enjuiciamiento penal. Las legislaciones modernas establecen estas cuestiones, cuando, esencialmente, son prejudiciales, o sea cuando estén en "el sentido de determinarlo en uno o en todos los elementos constitutivos". Son ejemplos típicos de esta clase de prejudicialidad, cuando hay elementos constitutivos de carácter subjetivo, especialmente en todo lo relativo al estado civil de las personas; pero cuando el delito existe, sin necesidad de esta declaratoria de circunstancias, no es técnico, justo, ni lógico subordinar la acción penal a un aspecto de diversa índole, como el de la reclamación y decisión civiles."

El procedimiento judicial no puede ser una encrucijada, una sorpresa, sino un camino claro, preciso, por el que se pueda transitar libre y tranquilamente, sin sorpresas, lo que se puede conseguir sólo cuando los asociados, los que intervienen en un proceso conozcan de antemano, con claridad y precisión, que lo que debe hacerse es lo que manda la ley.

¹³⁵ Edmundo Durán Díaz. Obra citada. pág. 154.

¹³⁶ Hernando Devis Echandía. "Compendio de Derecho Procesal". Teoría General del Proceso". Tomo I. Décimocuarta Edición. 1996. Editorial ABC. Santa fe de Bogotá. pág. 539.

¹³⁷ Andrés F. Córdova. "Derecho Procesal Penal Ecuatoriano". Editora: Fondo de Cultura Ecuatoriana. 1981, págs. 94.

En la práctica se observa que lo que la ley sustantiva promete a los ciudadanos, la ley adjetiva les quita los medios de obtenerlos; los dos aspectos de la ley están en oposición uno contra otro.

Lo que se necesita evitar son las formas, las reglas que colocan al juez en la necesidad de pronunciar una resolución contra su propia convicción, y que hacen del procedimiento el enemigo de la ley sustantiva.

De otra parte, los principios consagrados en los Arts. 192 y 193 de la Constitución Política, de celeridad, eficiencia, economía procesal o eliminación de obstáculos superfluos, queda todo dicho en su solo enunciado.

Si el derecho es el estatuto de la vida, el derecho debe anticiparse a la vida, para orientarla y dirigirla de la mejor manera, en bien del individuo, de la sociedad, de la libertad y sin menoscabar la administración de justicia que está en pos de la verdad.

Este razonamiento debe tener eco en el ánimo del legislador para obligarle a remozar la ley, a ponerla de acuerdo con los requerimientos del tiempo, evitando y no permitiendo que se haga tabla rasa de la ley o volverla anticuada e inaplicable; para ello se necesita habilidad y firmeza extraordinarias, porque en esa función hay que luchar más que en ninguna otra contra seductores intereses. No hay nada de sátira ni nada de exageración en decir que el procedimiento parece haber estado dirigido hacia fines absolutamente contrarios y como con el deseo de multiplicar los gastos judiciales, las dilaciones y las vejaciones, con una ley procesal ininteligible, resultando indiferente sobre la suerte de los litigantes, individuos dispersos que no forman una clase y que no pueden ni siquiera hacer comprender sus quejas más legítimas.

Pero, si el legislador no lo ha hecho, debe actuar el máximo Tribunal de Justicia, adoptando una resolución generalmente obligatoria, en ejercicio de la facultad legislativa delegada por el Estado, consagrada en el Art. 197 de la Constitución Política y Art. 14 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, eliminando la posibilidad de interpretaciones opuestas, en beneficio de un valor indiscutible, como es la seguridad y certeza del procedimiento judicial.

El Art. 184 del C.P.C. establece que mientras esté pendiente el juicio civil no se debe ejercitar la acción penal separadamente, hasta que aquella haya sido resuelta, de tal modo que impide el seguimiento del pleito penal, sobre el mismo hecho, pretendiendo evitar posibles resoluciones contradictorias y opuestas entre la jurisdicción civil y la penal; sin embargo, puede suceder que el juicio civil imposibilite la efectividad de la acción penal, por la transacción, el desistimiento o el abandono (Art. 382 CPC) en beneficio del actor civil, que no admite el juicio penal (Art. 94 C. P.), esto produciría la suspensión indefinida de la causa penal, inclusive hasta alcanzar la prescripción en beneficio del presunto reo y así quedaría burlada la acción de la justicia.

Debemos tener presente que de todo delito nacen dos acciones, conforme a lo previsto en el Art. 52 C.P., una penal, para el castigo del culpable, que afecta al orden social y, por regla general, es pública, al tenor de lo que dispone el Art. 15 del actual C.P.P. o según el Art. 32 de ese nuevo Código; y, otra civil, de interés particular (Art. 331 C.P.P. o N° 1 del Art. 31 del nuevo, que determina reglas de la competencia), para la reparación del daño e indemnización de los perjuicios causados por el acto punible. Ambas acciones pueden entablarse juntas o separadamente.

Creemos que debe independizarse o desprenderse la acción penal, y de esa manera, la civil que asiste al perjudicado por el delito de falsedad, entre de lleno, en cuanto a su ejercicio y duración, en la esfera privada del derecho civil, como ocurre, según el inciso final del Art. 57 de la Ley de Cheques, "la acción civil intentada para el pago de un cheque, no perjudica la acción penal correspondiente", aunque guardan cierta analogía como expresiones ambas de un principio de responsabilidad, se rigen, sin embargo, por preceptos diferentes y deben someterse al conocimiento de jurisdicciones distintas; puede suceder que el hecho no constituya delito o que, aún constituyéndolo, se halle excepto de responsabilidad penal el procesado, no impide a la parte perjudicada por ese mismo acto el ejercicio de la acción civil de que se crea asistido.

83. EL PERJURIO NO ES UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL

En la práctica, se cree también que es una cuestión prejudicial el perjurio o falso testimonio, según los Arts. 213 y 219 del C.P.C., cuyo texto es el siguiente:

"Art. 213. En todo caso en que el juez llegue al convencimiento de que se trata de una declaración falsa, suspenderá la diligencia, sin perjuicio de ordenar el enjuiciamiento penal correspondiente."

"Art. 219. Los jueces que al pronunciar auto o sentencia, observaren que los testigos o las partes han incurrido en manifiesto perjurio o falso testimonio, dispondrán que se saquen copias de las piezas necesarias y se remitan al juez competente para que siga el correspondiente juicio penal."

En el contexto de dichos preceptos no consta la exigencia prevista en el Art. 16 C.P.P. (o Art. 40 del nuevo CPP), esto es, que no se pueda iniciar el juicio penal mientras no ordene el juez civil en auto o sentencia ejecutoriados; pero, los referidos preceptos del C.P.C. sí determinan la obligación jurídica que tienen los jueces de ordenar se saquen copias de las piezas necesarias y se remitan al juez competente para que siga el correspondiente juicio penal, por razones de interés público, sin perjuicio de que el que tenga interés o el que se considere agraviado con esas declaraciones, libremente, pueda ejercer la acción penal tan pronto como el declarante falta a la verdad con juramento, sin esperar la decisión que adopte el juez civil.

La Corte Suprema de Justicia¹³⁸ establece que no es cuestión prejudicial:

"Según el Art. 28 (Art. 16 actual o Art. 40 del nuevo) Código de Procedimiento Penal), el juez debe abstenerse de iniciar juicio en las cuestiones prejudiciales mientras no haya sentencia ejecutoriada que las resuelva. Mas la incompetencia del juez en

¹³⁸ Gaceta Judicial Serie VIII- N° 1, págs. 36-37.

este caso ocurre conforme al mismo artículo, en las cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente al fuero civil y en aquellas que están expresamente determinadas por la ley. Al tratarse del perjurio, el Art. 236 (hoy 219) del Código de Procedimiento Civil se contrae a imponer al juez la obligación de ordenar, en el auto o sentencia que deba pronunciar, el enjuiciamiento penal de los testigos o las partes que hubieren incurrido en manifiesto perjurio o falso testimonio, pero esta obligación, que se la hace extensiva a cualquier otro delito cuando aparezca de los autos habérselo cometido, no puede ser considerada como una cuestión prejudicial, pues dada la generalidad con que dicha obligación se impone no habría delito en el cual no ocurriesen esas cuestiones. El deber que existe, por razones de interés público, para ordenar la iniciación del sumario si ha llegado a constatare la perpetración de una infracción punible, como el perjurio, no impide al juez (penal, o al Fiscal según el nuevo C.P.P.) iniciar enseguida el juicio por tal delito, como puede iniciarlo por cualquier otro medio que no sea el indicado en el citado Art. 236 (hoy, 219). Para ello no es obstáculo este precepto legal cuyo alcance y significado quedan ya expuestos, pues que en el perjurio no hay asunto alguno que competa al fuero civil y que deba ser resuelto previamente para que entonces se origine la competencia del juez en materia penal. En el juicio que sigue el doctor Alberto Sarmiento contra Manuel María León, por perjurio, la Segunda Sala de la Corte Superior de Quito ha declarado la nulidad del proceso, a costa del Comisario Quinto Nacional de Quito y del Juez Segundo del Crimen (hoy, penal) de Pichincha, fundándose en que estos jueces han intervenido sin competencia en el juicio, por tratarse de una cuestión prejudicial, de acuerdo con el Art. 28 (Art. 16 actual o Art. 40 del nuevo) del Código de Procedimiento Penal. La nulidad así declarada no tiene fundamento legal, por lo que se la revoca, ordenándose devolver el proceso a la referida Corte Superior a fin de que falle sobre lo principal." (Art. 354 y ss. C. P.).

Nuestro comentario. El Art. 219 del C.P.C. impone al juez la obligación de ordenar en el auto o sentencia que expida, el enjuiciamiento

penal de los testigos o las partes que hubiesen incurrido en perjurio o falso testimonio; pero esa obligación no puede ser considerada como una cuestión prejudicial, si se ha llegado a comprobar la perpetración de una infracción punible, como el perjurio, el Juez Penal (con el nuevo Código, el Fiscal) puede iniciar enseguida la investigación por tal delito.

84. LA FALSEDAD EN INSTRUMENTO PRIVADO NO ES CUESTIÓN PREJUDICIAL

Al tratarse de instrumentos privados, tampoco existe cuestión prejudicial, como establecen múltiples fallos de la Corte Suprema de Justicia¹³⁹, uno de ellos dice:

"Consta de la denuncia de fs. 1, que la falsificación se ha cometido en un recibo; esto es, en un instrumento privado, El Art. 201 (hoy, 184) del Código de Procedimiento Civil considera solamente la falsedad de instrumentos públicos; por lo mismo no es aplicable el Art. 28 (actual Art. 16 o Art. 40 del nuevo) del Código de Procedimiento Penal, por no tratarse en este juicio de un caso especialmente determinado por la ley. En consecuencia, se revoca el auto venido en consulta de la Corte Superior de Quito, y se manda devolver el proceso para que se continúe el trámite legal". (Art. 340 CP).

LA FALSEDAD DE UN PAGARE A LA ORDEN NO ES CUESTIÓN PREJUDICIAL

En el Repertorio de Jurisprudencia preparado por el Dr. Juan Larrea Holguín¹⁴⁰, consta la sentencia pronunciada por una Sala de lo Penal, el 17 de diciembre de 1996, en un juicio seguido por falsedad de un pagaré a la orden, resuelve lo siguiente:

"SEGUNDO.- Según a lo establecido en el Art. 16 (actual) del C.P.Pen. (o Art. 40 del nuevo), en las cuestiones prejudiciales,

¹³⁹ Gaceta Judicial Serie VII - N° 2, pág. 170.

¹⁴⁰ Dr. Juan Larrea Holguín. Repertorio de Jurisprudencia. Tomo XLII. julio-diciembre 1996. Edición de 1998. pág. 273

su resolución es de competencia exclusiva del fuero civil para aquellos casos expresamente señalados en la ley, lo cual no puede ser aplicado a otros ni aún en razón de su analogía; y, el Art. 184 del C.P.C., considera cuestión prejudicial la falsedad cometida en instrumento público, o sea el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado; como así lo determina el Art. 168 del cuerpo de leyes últimamente citado; y, al tratarse de un instrumento privado, definido como tal en el Art. 195 del C.P.C., el pagaré pertenece a esta categoría; lo contrario, considerarle como instrumento público, equivaldría a una interpretación extensiva, prohibida por el Art. 4 del C. Pen.;... **QUINTO.-** En el caso, el Primer Tribunal Penal del Azuay, al haber dictado sentencia condenatoria en contra de la recurrente, imponiéndole la pena modificada de tres meses de prisión correccional y condenarle al pago de costas, daños y perjuicios, en aplicación del Art. 340 del C. Pen., como consecuencia de la acusación particular deducida por Castro, no ha violado ley alguna, ni ha realizado una falsa aplicación o errónea interpretación de la misma; pues, la existencia del delito y responsabilidad de la procesada, presupuestos indispensables para el establecimiento de la condena, se hallan ajustados a derecho."

LA FALSEDAD DE UN CHEQUE NO ES CUESTION PREJUDICIAL

Si bien el cheque se encuentra comprendido entre los delitos contra la fe pública, Art. 368 C. P. (Título IV, Capítulo VI, del Libro Segundo), o en el Art. 326 de ese mismo cuerpo de leyes, en el que, al cheque, lo asimila a los instrumentos públicos para el único efecto de la pena, particular que no significa que sea instrumento público, puesto que no cumple las exigencias determinadas por el Art. 168 del C.P.C., por cuanto, para que sea cheque, no se requiere la autorización de funcionario público, en consecuencia, el cheque es un instrumento privado, y como tal, no requiere de la decisión del órgano civil para iniciar el juicio penal, por lo que no es cuestión prejudicial, como así lo tiene establecido la Corte Suprema de Justicia, en múltiples fallos, como los que transcribimos a continuación:

"VISTOS: por consulta del sobreseimiento definitivo dictado por el Juez Tercero del Crimen (hoy, Penal) de Pichincha en favor de Alfonso Bueno S., sindicado de falsificación de la firma de Gabriel Jarrín en el cheque que giró a la orden de éste, Jesús Luna, ha subido el proceso a la Corte Superior, la cual lo anula fundándose en la falta de competencia del juez que ha instruido el sumario, por cuanto a la causa penal debió preceder el correspondiente juicio civil en que se declara la indicada falsedad. Y para resolver la consulta del auto de nulidad, se considera: 1° Según el Art. 28 (Art. 16 del actual o Art. 40 del nuevo) del Código de Procedimiento Penal, las cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente al fuero civil, no pueden tener lugar sino en los casos expresamente determinados por la ley, la que, por tanto, no puede aplicarse a otros ni aún por razones de analogía; 2° El Art. 201 (hoy, Art. 184) del Código de Procedimiento Civil considera como cuestión prejudicial tan sólo la falsedad cometida en un instrumento público, esto es, en el autorizado, con las solemnidades legales, por el competente empleado, conforme a la definición del Art. 166 (hoy, 168) del propio Código; y, 3° Aun cuando por consideración a su importancia en las relaciones comerciales, el Art. 314 (hoy, 326) del Código Penal, para el único efecto de la pena, asimila a los instrumentos públicos el cheque, no por ello deja este de ser mero instrumento privado, ya que la ley no requiere para su otorgamiento la intervención de notario ni de otra persona legalmente autorizada. Por lo expuesto, revocando sin costas el auto de nulidad expedido por la Primera Sala de la Corte Superior de Quito, se dispone que resuelva el punto que le ha ido en grado." 141

En otro fallo de la misma Corte Suprema de Justicia, se determina que el cheque no tiene carácter de instrumento público y categóricamente se afirma que se trata de un instrumento privado, por lo que no requiere, de previa declaración de falsedad del órgano civil para la iniciación del juicio penal, por no tratarse de una cuestión prejudicial, cuyo texto es el siguiente¹⁴²:

¹⁴¹ Gaceta Judicial Serie VII, N° 4, págs. 378-379.

¹⁴² Gaceta Judicial Serie VIII, N° 10, pág. 1007

"Vistos: Este proceso criminal se ha iniciado por falsificación de la firma del girador del cheque,... Que el Juez Primero del Crimen (hoy, Penal) de Chimborazo, dictó sentencia condenatoria contra el sindicado Jorge Brito, quien apeló de dicho fallo. La Corte Superior de Riobamba considera que no se ha demandado judicialmente el pago del mencionado cheque en la vía civil, ni que en ésta se hubiese declarado falsa la firma del girador, declaración que la cree necesaria para la iniciación del proceso penal, por tratarse de un caso prejudicial, atento el Art. 28 (Art. 16 del actual o 40 del nuevo) del Código de Procedimiento Penal, por cuya consideración declara la nulidad de todo lo actuado, por resolución dictada el 7 de febrero de 1955, la que ha sido consultada al Tribunal Supremo. Para resolver, se considera: Para el caso de falsedad de instrumentos, el artículo citado se relaciona con el Art. 201 (hoy, Art. 184) del Código de Procedimiento Civil, el cual se refiere expresamente a la falsedad de un instrumento público, carácter que no tiene el cheque, pues sólo es un instrumento privado y, por consiguiente, no se requiere de previa declaración civil de falsedad para la iniciación del juicio penal. Por estos fundamentos, se revoca el auto de nulidad consultado y se dispone que la Corte Superior de Riobamba falle sobre lo principal."

Si bien el cheque no es un instrumento público, sino un instrumento privado, no se requiere de previa declaración civil de falsedad para la iniciación del juicio penal, por no tratarse de un caso prejudicial, como lo es en el caso de un instrumento público, y como tal, no requiere de la decisión del órgano civil para iniciar el proceso penal, por lo que no es cuestión prejudicial, como así lo tiene establecido la Corte Suprema de Justicia, en múltiples fallos, como los que transcribo a continuación.

¹¹ Gaceta Judicial Sete VII, N° 4, págs. 378-379.

¹² Gaceta Judicial Sete VIII, N° 10, pág. 1007.

CAPÍTULO VI

ACTOS PREPARATORIOS

85. Generalidades.

Respecto de este tema hemos expuesto algunos conceptos al referirnos a la etapa preliminar del proceso (53), tomando en cuenta lo que dispone el Art. 68 del C.P.C., que como regla general señala que todo juicio principia por demanda; sin embargo, hay actos que pueden practicarse antes de formular la demanda, para asegurar la prueba o el éxito de la contienda, como elemento necesario para su eficacia o complementario de su estructura procesal; a esos actos se los denomina preparatorios, distinguiéndolos de las diligencias previas o cautelares, como dejamos puntualizado en los s 54 y 55.

No debemos confundir el acto preparatorio con lo que constituye la cuestión prejudicial.

Las cuestiones prejudiciales, como ya se dijo anteriormente, son cuestiones de previo pronunciamiento o resolución de un juez, mientras que los actos preparatorios tienden a proteger el derecho o el interés de la parte que lo ejerce.

En términos generales, la prejudicialidad es obstáculo procesal que impide la iniciación de un nuevo juicio, mientras no haya un auto o sentencia ejecutoriados que constituya un presupuesto para la decisión de la controversia principal, en los casos expresamente determinados por la Ley; en tanto que las diligencias preparatorias son facultativas y como tal pueden preceder a todo juicio, siendo el objetivo fundamental el de asegurar los resultados de la contienda judicial.

86. Forma de presentación de los actos preparatorios

Las diligencias o actos preparatorios respecto de su ejercicio o forma de presentar la petición inicial no tienen un esquema expresamente

determinado, como sucede con la demanda, que en el Art. 71 del C.P.C. se determina los requisitos que debe contener.

El procedimiento de los actos preparatorios está especificado en la misma ley, según la naturaleza del acto que se desea practicar; existen diferencias entre unos y otros, hay casos en que necesariamente debe citarse a la parte contra quien se pide para que tenga valor, como sucede en la confesión, en el reconocimiento de instrumentos privados y en la exhibición de la cosa o de documentos.

El Art. 1066 del C.P.C., dispone que:

"En todo asunto de jurisdicción voluntaria o contenciosa, inclusive en los actos preparatorios, presentada la demanda o solicitud inicial, el juez examinará y declarará si ésta reúne o no los requisitos legales para calificarla de clara y precisa."

"En caso negativo, ordenará el juez que las partes, respectivamente, rectifiquen las faltas anotadas y llenen los requisitos necesarios para que se trabé la litis o pueda conocer sobre puntos determinados con claridad y precisión".

De ese precepto se desprende que los actos preparatorios deben cumplir con los requisitos puntualizados en el Art. 71 del C.P.C., existiendo casos de diligencias preparatorias en los que no necesariamente debe cumplirse con todos esos requisitos, basta con la designación del juez, los nombres y apellidos completos del peticionario, su edad y profesión, así como los nombres y apellidos de la persona contra quien se pide, resaltando el objeto de la petición; en la exhibición de libros o documentos en general debe concretarse y determinarse la relación que tenga con lo que ha de ser materia de la acción que se trata de preparar (Art. 69 y 836 y ss C.P.C.); en ciertos casos, debe hacerse la designación del lugar donde debe ser citada la persona contra quien se pide, excepto en los casos de informaciones sumarias, según prevé el inc. final del Art. 123 del C.P.C.; además, debe estar firmada por el peticionario o su representante legal o procurador con poder suficiente; y, cuando se trata de la confesión que pida el hijo a los supuestos padre o madre, según el Art. 150 del C.P.C., la solicitud inicial deberá cumplir con todos los requisitos del Art. 71 del referido Cuerpo Legal, ya que, si el padre confiesa

expresamente o lo reconoce como tal, este caso termina con sentencia; pues, el Juez no debe aceptar a trámite la petición que no reúna los requisitos esenciales; para el evento de que una persona no supiere o no pudiese firmar debe concurrir ante el respectivo actuario, como dispone el Art. 1063 C.P.C., para estampar la huella digital del pulgar derecho, quien tiene la obligación de dejar constancia de esos particulares, así como el número de la cédula de ciudadanía o identidad, según el caso, la fecha de su expedición y la oficina que la expidió.

El Art. 1060 del C.P.C. dispone que la demanda, solicitud, pedimento, etc. debe estar firmada por la parte y por el abogado que la patrocina, lo que guarda relación con lo que preceptúan los Arts. 148 de la Ley Orgánica de la Función Judicial y 50 de la Ley de Federación de Abogados.

El inc. final del Art. 1063 del C.P.C. permite al abogado que firme a ruego o autorización de los comparecientes que no puedan o no sepan firmar, ya sea que intervenga como defensor o esté interviniendo en tal calidad y a los que intervengan por primera vez.

Si se omite este requisito, hay dos criterios: uno, el de mayoría, que dice: que toda petición inicial o demanda debe cumplir con los requisitos legales y la omisión de uno de ellos, acarrea la nulidad; y, el otro criterio, que sostiene que al faltar ese requisito debe rechazarse el escrito de demanda, ya que el juez está en la obligación de calificar la demanda y disponer que se complete o aclare, al incumplir esa obligación, el Superior debe imponerle una multa de un mil a cinco mil sucres (inc. final, Art. 73 C.P.C.).

En cambio, si faltare la firma de la parte, habría nulidad de lo actuado como consecuencia de la omisión de solemnidad sustancial que influye o puede influir en la decisión de la causa (Arts. 355 y 1067 C.P.C.).

Solamente cuando se haya cumplido con estos requisitos, la ley considera como auténtica y legalmente presentada la demanda o solicitud inicial, caso contrario, si no reúne con ellos el juez está facultado a ordenar que se complete o aclare dentro de tres días, si no se cumple con ese mandato judicial, dicho juez se abstendrá de dar trámite, de cuya resolución puede apelar únicamente el actor (inc. 2º Art. 73 C.P.C.).

La Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia, al conocer por recurso de tercera instancia una sentencia pronunciada por una de las Salas de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, sobre la exigencia de las firmas del compareciente y de su abogado defensor tiene establecido lo siguiente:¹⁴³

"SEGUNDO.- La alegación del Tnte. Crnel. (s.p.) E. D. M. radica en que el escrito del folio 355, por el que consigna la cantidad que le correspondía pagar al actor para que el proceso suba de grado, en virtud del recurso de tercera instancia, propuesto por el Dr. V. N., no tiene valor legal alguno, en razón de que se ha contravenido a lo prescrito en el último inciso del Art. 1131 (hoy, Art. 1063) del Código de Proceder en lo Civil, inciso que, textualmente dice: "No se admitirán escritos en los que se firmen por ruego o autorización del compareciente que sepa firmar. Se exceptúa de esta disposición a los abogados que hayan intervenido como defensores o estén interviniendo en tal calidad". El texto de este inciso dio lugar a varias interpretaciones, adoptadas por las diferentes Salas de la Corte Suprema, por cuyo motivo ese Alto Tribunal de Justicia se vio obligado a pronunciar una resolución, la misma que fue expedida el 25 de octubre de 1967, por mayoría de catorce votos contra ocho, que en la parte esencial dispone: "que pueden firmar por ruego o autorización del compareciente que sabe firmar, tanto los abogados que hubieren intervenido en calidad de defensores, como los que al efecto se presentaren por primera vez..." **TERCERO.-** El Art. 50 de la Ley de Federación de Abogados, corroborado por el Art. 148 de la Ley Orgánica de la Función Judicial y Art. 1060 C.P.C., exigen las firmas del compareciente y del abogado. **CUARTO.-** Con los antecedentes que se relatan hay que concretar cuales son los resultados de la prescindencia de las reglas legales anotadas y transcritas en los considerandos que anteceden. En efecto, si el escrito de fs. 355, impugnado, no contiene la firma del compareciente, Dr. T. V. N, ni suscribe el abogado defensor de éste, ni el firmante, que no se sabe quien es, puesto que no es la firma del Dr. VN, lo ha hecho a ruego o por autorización del compareciente y como su defensor, ya que no

¹⁴³ Gaceta Judicial Serie XIV - N° 4, págs. 833-834.

existe aquella frase que el Dr. J.V.P., el cual asoma como defensor del Dr. V. N., ha acostumbrado poner al pie de los diferentes escritos presentados en el juicio, ya "Autorizado por el peticionario y como su defensor", ya "a ruego del peticionario y legalmente autorizado", en el supuesto de que dicho firmante fuera doctor en jurisprudencia o abogado..., no aparece que interviene como abogado defensor, ni asoma de autos que haya intervenido, tal firmante, en la causa, como defensor del Dr. V. N., no puede tomarse en cuenta el escrito de fs. 355, por las razones legales arriba puntualizadas, pues, "Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención", según establece el Art. 9 del Código Civil, aplicable al presente caso, toda vez que en las normas legales mencionadas, que hablan de la exigencia de las firmas del compareciente y de su abogado defensor, en la forma explicada, no contempla otra sanción que no fuese la nulidad."

87. Casos de actos preparatorios

El Art. 68 del C.P.C. determina los siguientes actos preparatorios:

- 1º. Confesión Judicial;
- 2º. Exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción;
- 3º. Exhibición y reconocimiento de documentos;
- 4º. Información sumaria o de nudo hecho, en los juicios de posesión efectiva, apertura de testamentos y en los demás expresamente determinados por Ley; y,
- 5º. La inspección judicial.

Cada caso amerita una ligera distinción para mejor comprensión de esta materia, para lo cual es indispensable estudiarlos en capítulos independientes.

CAPITULO VII

1º La confesión judicial

88. Concepto.

En la doctrina existen varias definiciones, con intensa discusión y crítica, acordes con la tesis que se propugna sobre su naturaleza, introducen los elementos que la caracterizan, incluyen sus clases, su objetivo, por no decir más, señalan las consecuencias jurídicas que produce, como la idea del perjuicio que ocasiona al confesante al reconocer en todo o en parte un derecho ajeno o una obligación o un hecho, dando entrada a la capacidad del confesante, de ahí la inexactitud de la definición.

Carlos Lessona¹⁴⁴, sostiene:

"La confesión es la declaración, judicial o extrajudicial (espontánea o provocada por interrogatorio de la parte contraria o por el juez directamente), mediante la cual una parte, capaz de obligarse y con ánimo de proporcionar a la otra una prueba en perjuicio propio, reconoce total o parcialmente la verdad de una obligación o de un hecho que se refiere a ella y es susceptible de efectos jurídicos."

En esa definición, al decir "con ánimo de proporcionarle a la otra una prueba en perjuicio propio", se exige que el confesante conozca los efectos jurídicos que sobre sus derechos sustanciales puede producir la confesión y que, además, los desee y persiga. Es decir, se incluye el *animus confitendi*, entendido como intención de renunciar al propio derecho.

¹⁴⁴ Carlos Lessona. "Teoría General de la Prueba en Derecho Civil". Traducida por Enrique Aguilera de Paz. Instituto Editorial REUS. Madrid. 1983. pág. 389.

En los códigos modernos y doctrina contemporánea no se habla de *animus confitendi*, nuestro Código Procesal Civil sólo exige que sea explícita, libre, pura y simple, es decir, basta que se tenga voluntad consciente de declarar y que el confesante tenga capacidad, sin que tenga relevancia jurídica el hecho de que el confesante ignore el efecto jurídico consiguiente.

Nuestro ordenamiento legal establece que la confesión "judicial", es un medio de prueba judicial, que consiste en la declaración o reconocimiento que hace una persona, contra sí misma, de la verdad de un hecho o de la existencia de un derecho (Art. 126 C.P.C.) o también se puede declarar sobre el conocimiento de otros hechos perjudiciales a quien la hace o a su representado (Art. 145 C.P.C.).

Con esta teoría se ubica el instituto de la confesión en el lugar que le corresponde, se precisa su naturaleza y se prescinde de exigir el requisito de determinada intención o voluntad.

89. Naturaleza jurídica de la confesión

Doctrinariamente existen diferentes criterios sobre la naturaleza jurídica de la confesión, con tesis que discrepan entre unas y otras, como afirma Hernando Devis Echandía¹⁴⁵, señalando nueve tesis, de las cuales tomamos las siguientes:

Tesis 1. Hay autores que sostienen que ella contiene un elemento convencional, un acuerdo entre el confesante y su adversario, de naturaleza sustancial y de derecho privado, para la renuncia de un derecho del primero o el reconocimiento de una obligación, en beneficio del segundo, quien aporta su consentimiento mediante la aceptación de tal efecto jurídico favorable.

Los Arts. 1742 del C.C. y 125 del C.P.C., incluyen a la confesión de parte entre los medios de prueba; en consecuencia, le está negando el carácter contractual, tanto más que, si la persona que debe rendir la confesión no comparece al segundo señalamiento y el interesado insiste en que rinda la confesión, el juez le hará comparecer aplicándole una multa de cien a

¹⁴⁵ Hernando Devis Echandía. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Librería Jurídica DIKE. Medellín. Cuarta Edición. 1993. págs. 649-667

quinientos sucres diarios, hasta que se presente a rendirla, sin perjuicio de hacerla comparecer por medio de los agentes de justicia o aplicando todas las medidas que considere apropiadas para obtener la comparecencia (Arts. 135 y 136 C.P.C.), es decir, hay una situación coactiva, en la cual un litigante, por lo general el actor, conmina a su adversario, aun en contra de sus naturales deseos, por lo que resulta incompatible que en la confesión exista el elemento convencional o acuerdo entre el confesante y su adversario, no tiene lugar, la concepción de la confesión como contrato ha perdido en el derecho moderno toda significación.

Tesis 2. Otros procesalistas le asignan a la confesión judicial una naturaleza procesal y no sustancial, excluyen la prueba del hecho y le niegan a la confesión el carácter de medio de prueba, aduciendo la necesidad de aportar otras pruebas.

Respecto de la naturaleza procesal, así lo establece el Art. 1757 del Código Civil, la confesión hecha en juicio y relativa a un hecho personal de la misma parte produce plena fe contra ella, sin necesidad de que haya un principio de prueba por escrito; sin embargo, la confesión que se realiza como acto preparatorio, que según el Art. 68 del C.P.C., en concordancia con el Art. 130 del mismo Código, precede al juicio, es indudable que se trata de un acto fuera del proceso, y en los términos del Código Civil no haría fe, la misma que, además, debe rendirse ante un juez competente, pero de competencia no cabe tratarse sino dentro de un proceso determinado, y el acto preparatorio precede al proceso.

Como conclusión podemos decir que la confesión en calidad de diligencia preparatoria ocurre fuera del proceso y, para que pueda servir de medio de prueba en ese proceso debe ser presentada conjuntamente con la demanda (Nº 4, Art. 72 C.P.C.) o al contestar la demanda (segundo inciso, Nº 3, Art. 106 C. P.C.) o dentro del término de prueba y previa notificación a la parte contraria, para que pueda ser considerada por el juez como ordena el Art. 128 del C.P.C., es decir, como un acto cuyo valor queda sujeto a la sana crítica del juez, sin considerar la exigencia prevista en el Art. 1757 del Código Civil.

En cuanto a la necesidad de aportar otras pruebas, es cierto, el mismo Art. 1757 C.C., expresa "salvo los casos comprendidos en el Art. 1745, inciso

primero, y los demás que las leyes exceptúan.", es decir, cuando la ley exige un medio de prueba distinto para un hecho concreto necesariamente se debe aportar esa prueba; por ejemplo: la compraventa de bienes raíces (Art. 1767 C.C.), para que se repunte perfecta ante la ley, debe celebrarse por escritura pública; la falta de ese instrumento público no puede suplirse por otra prueba (Art. 1745 C.C.); en consecuencia, la confesión es ineficaz e inútil para probar ese contrato, por más que el confesante admita la verdad real.

En términos generales, podemos afirmar que la confesión sirve para justificar todo hecho, acto o contrato, y excluye la necesidad de aportar otras pruebas, por ello, el Art. 147 del C.P.C. señala que "La confesión legítimamente hecha sobre la verdad de la demanda termina el juicio civil"; excepto para los casos en los cuales la ley exige prueba instrumental (Arts. 1745 y 1757 C.C.).

Tesis 3. Los tratadistas clásicos y modernos le asignan a la confesión el carácter de declaración de verdad y medio de prueba, como única función de comunicar al juez la verdad de los hechos, como un acto puramente procesal, declarativo y no dispositivo.

Se entiende como declaración de verdad al reconocimiento de la verdad de un hecho; sin embargo, puede suceder que la parte declare sobre un hecho perjudicial que no es cierto, su acto es una confesión, con todos los efectos correspondientes, por lo que no es exacto que la confesión sea considerada como declaración de verdad.

Tesis 4. En la doctrina procesal moderna, la tesis que tiene mayor aceptación es la que considera a la confesión como una declaración de ciencia o conocimiento, de naturaleza procesal y un medio de prueba.

Los propugnadores de esta tesis consideran a la confesión como la declaración de ciencia o conocimiento y no una declaración de verdad; aseveran que es una declaración de ciencia sujeta a los requisitos especiales que se exigen para su existencia, validez y eficacia, que tendremos la oportunidad de analizarlos.

Esta tesis se encuentra consagrada en el Art. 126 del C.P.C., expresa que la confesión es "la declaración o reconocimiento que hace una persona,

contra sí misma, de la verdad de un hecho o de la existencia de un derecho"; advertimos que la confesión es un acto de parte y recae siempre sobre un hecho perjudicial a ésta o favorable a la parte contraria, particulares que le diferencian del testimonio, que es obra de un tercero (procesalmente considerado) y el hecho puede serle indiferente, favorable o perjudicial; en la confesión, la parte se limita a declarar sobre el conocimiento de ciertos hechos y su función es la de comunicarle al juez la verdad del hecho para que forme su convencimiento, ya que esa declaración puede corresponder a la verdad o no.

Respecto de la naturaleza procesal, nos remitimos al comentario expuesto sobre la tesis dos, haciendo hincapié en la exigencia prevista por el Art. 1757 del Código Civil, la confesión **hecha en juicio**, esto es, la ocurrida dentro de un proceso y relativa a un hecho personal de la misma parte produce plena fe contra ella; en cambio, la confesión practicada como diligencia preparatoria, ocurre fuera del proceso; pero, creemos que adquiere naturaleza procesal cuando ingresa al proceso, mediante actos procesales del juez o de las partes, acompañándola a la demanda (Nº 4, Art. 72 C.P.C.) o al contestar la demanda (segundo inciso, Nº 3, Art. 106 C. P.C.) o dentro del término de prueba y previa notificación a la parte contraria, para producir efectos en el proceso, como prueba judicial, sujeta a la sana crítica del juez, como prevé el Art. 128 del C.P.C.

Por otra parte, la confesión practicada como diligencia preparatoria no pierde su naturaleza jurídica de medio de prueba, ya que la diferente eficacia como medio de convicción, sujeta a la sana crítica del juez, esto es, las reglas del correcto entendimiento humano, con arreglo a la lógica y experiencia, o a la sana razón y a un entendimiento experimental de las cosas, no puede alterar su naturaleza, por lo que estimamos que no debe existir diferencia con la ocurrida dentro de un proceso o confesión judicial; puede carecer de mérito probatorio, empero, por esto no pierde su naturaleza de tal.

90. Requisitos de la confesión

Hernando Devis Echandía¹⁴⁶, estudia esta materia haciendo una distinción entre requisitos necesarios para su existencia, para su validez y

¹⁴⁶ Hernando Devis Echandía. Obra citada, págs. 579 a 635

eficacia probatoria, su diferente importancia y los diversos efectos jurídicos que su ausencia produce.

91. Requisitos para la existencia de la confesión

1º Debe ser una declaración de parte

Nuestro ordenamiento legal, al referirse a los medios de prueba, considera a la "confesión de parte" (Arts. 125 C.P.C. y 1742 C.C.); en consecuencia, la declaración de parte debe ser entendida en un sentido formal procesal, es decir, como sujeto de la relación jurídica procesal, debe provenir de quienes están reconocidas como partes en el proceso, como el actor, el demandado, los sucesores procesales o intervinientes ocasionales en incidentes o para cuestiones específicas, siempre que sean parte inicial o posterior en el proceso; si declara un tercero que no haya intervenido en alguna de las calidades antes referidas, estamos en presencia de un testimonio y no tendrá mérito probatorio alguno.

2º Debe ser declaración personal

Se ha discutido mucho acerca de este requisito, pues, mientras unos autores limitan la confesión a los hechos personales, como así lo expresan tanto el Art. 126 C.P.C. "... declaración de una persona, contra sí misma,...", como el Art. 1756 del C.C., "...relativa a un hecho personal de la misma parte", esto es, que emane directamente de la misma parte, no de su apoderado o representante legal; sin embargo, otros la extienden a los hechos conocidos por el confesante, como consagra nuestra ley (Arts. 145 y 151 C.P.C.), que admite como prueba la confesión prestada en juicio por medio de apoderado legítimamente constituido o de su representante legal. En realidad, en este último caso, lo confesado constituye un conocimiento personal que tiene del hecho ajeno, pero la aceptación que de éste hace la parte tiene el valor de confesión.

En principio y como norma general, es requisito para que exista confesión que ésta emane directamente de la misma persona, no de su apoderado, como exige el Art. 43 del C.P.C.; sin embargo, los incapaces y las personas jurídicas pueden confesar por medio de sus representantes legales (Art. 145 C.P.C.), pero, los representantes legales o apoderados pueden

confesar no sólo hechos de sus representados, sino hechos personales suyos, ejecutados en ejercicio de su representación; consecuentemente, nuestro Código Procesal Civil debe exigir que los hechos versen sobre "la actuación personal del absolvente" y no permitir la confesión de un mandatario investido de esa facultad exclusivamente para que absuelva posiciones; pero, creemos que esto no impide preguntar a un representante legal o mandatario sobre su conocimiento personal de otros hechos, porque esto es una especie de actuación personal, la que le llevó al conocimiento de los hechos.

Examinemos algunos ejemplos:

Diga usted, cómo es verdad, que el día jueves 23 de septiembre de 1999 le entregué a usted a título de préstamo o mutuo la cantidad de seis millones de sucres y los recibió a su entera satisfacción?. Contiene un hecho personal.

Sobre ese mismo hecho no podría preguntarse a una tercera persona, porque la pregunta se referiría a hechos ajenos o aún cuando tenga conocimiento de ese hecho no tendría facultad para disponer del derecho del mandante o representado.

En la declaración de paternidad de un hijo, la pregunta debe formularse de la siguiente manera:

¿Si es verdad y le consta que usted es el padre del hijo habido el día 23 de septiembre de 1999 con MM?. Es un hecho personal y aparece la expresa declaración de ser el padre de tal niño, esta confesión servirá de prueba para la declaración judicial de la paternidad en juicio ordinario.

Sobre ese hecho, si se le pregunta al apoderado o representante legal, por más que conozca personalmente sobre las relaciones sexuales habidas entre el padre y madre, por ser un hecho ajeno, puede existir un indicio, pero jamás una confesión, es una mera investigación, tratando de obtener pruebas favorables.

Existen diversas opiniones de los más autorizados expositores, unos, que exigen el animus confitendi, entendido como la intención de "renunciar al propio derecho" o como la intención de "suministrar una prueba al adversario", otros, como la intención de renunciar al derecho o facultad de

3º Debe tener por objeto hechos

Para mejor comprensión y con fines didácticos para los estudiantes, es necesario distinguir entre lo que es el medio de prueba y la fuente mediante la cual se manifiesta.

El medio de prueba está determinado y aceptado en la ley, constituyen los elementos personales o materiales, como son: el testigo, el confesante, el perito, la inspección, la cosa litigiosa, el instrumento público o privado, etc., en los que existe actividad del juez o de las partes; en cambio, la fuente proporciona al juez el conocimiento de los hechos que prueban, de ella se extrae los motivos o argumentos para lograr su convicción sobre los hechos en discordia, es decir, la declaración del testigo, la confesión de la parte, el dictamen del perito, la percepción u observación del juez, la narración contenida en el instrumento, y, por lo tanto, de ellos se infiere el hecho que debe probarse.

En otras palabras, el testigo o el confesante o el instrumento son medios de prueba y la narración contenida en ellos, de la que se extrae los argumentos para formar la convicción del juez sobre los hechos discutidos, constituye la fuente.

El objeto de la prueba judicial en general y de la confesión en particular, son los hechos y no las normas de derecho, ni las alegaciones o razones jurídicas. Según el Art. 126 C.P.C. se confiesan los hechos generadores de tales derechos o relaciones jurídicas.

Como podemos observar en los procesos sobre posesión notaria del estado de hijo (Art. 357 C.C.), la confesión del padre es prueba valiosa, que sumada a la testimonial y documental, de haberlas, contribuye a la decisión favorable; y, en los procesos de investigación de paternidad (Nº 1, Art. 267 C.C.) o maternidad (Art. 272 C.C.) es por sí sola, prueba suficiente, al tenor de lo que prevé el Art. 150 del C.P.C.

4º Los hechos sobre que versa deben ser favorables a la parte contraria

Algunos autores consideran que este es un requisito para la existencia de la confesión, otros, para determinar su valor probatorio e inclusive, sostienen que hay confesión cuando los hechos son favorables al declarante.

La gran mayoría de los autores están de acuerdo en que sólo existe confesión cuando el hecho reconocido es desfavorable al declarante, y si no lo acepta dicen que hay denegación; quienes concluyen que, no es indispensable que el hecho confesado sea realmente perjudicial al confesante, lo que importa es que resulte favorable a la contraparte, como prevé el Art. 144 del C.P.C. "hace prueba contra el confesante".

5º Debe tener siempre una significación probatoria

Sobre este requisito existe una intensa discusión en la doctrina, que todavía perdura, puesto que si la declaración no tiene contenido probatorio alguno, se dice que no existe confesión, al no favorecer a la contraparte ni perjudicar al confesante.

Por lo general, en nuestro sistema legal, por ser el resultado de un interrogatorio (Art. 134 C.P.C.) su significación probatoria aparece claramente desde el momento de producirse, siendo apta para desempeñar esa función. Pero esa significación probatoria no siempre es igual, ya que la confesión ocurrida como diligencia preparatoria varía de la confesión judicial, puesto que la primera, según el Art. 128 del C.P.C., "será apreciada por el juez en el grado de veracidad que éste le conceda, de acuerdo con las reglas de la sana crítica"; y, la judicial, está sujeta al sistema de la prueba legal o prueba tasada (Arts. 127 C.P.C. y 1757 C.C.), por lo que tiene mayor significación probatoria, es decir, nuestro ordenamiento legal hace esa distinción entre las dos clases de confesiones -judicial y extrajudicial-.

6º Debe ser consciente

Existen diversas opiniones de los más autorizados expositores, unos, que exigen el *animus confitendi*, entendido como la intención de "renunciar al propio derecho" o como la intención de "suministrar una prueba al adversario"; otros, como la intención de renunciar al derecho o facultad de

defenderse probando el hecho contrario; otros autores, suprimen el animus confitendi, y exigen solamente la conciencia del carácter favorable para la parte contraria, con o sin la voluntad de reconocer la verdad del hecho, y se traduce en la simple voluntad de declarar de manera consciente, es decir, sabiendo qué es lo que se hace.

La mayoría de los autores sostienen que es suficiente que el confesante obre con voluntad de declarar y con conocimiento de causa, esto es, sabiendo qué es lo que declara, aunque no tenga conciencia de que le es perjudicial, basta su voluntad de manifestar la verdad o realidad del hecho, aun cuando falte la conciencia de que con ello se favorece a la contraparte o se recibe un perjuicio, o como sostienen Couture¹⁴⁷ y Prieto Castro¹⁴⁸ que es indiferente que el confesante conozca o no las consecuencias de su declaración.

Antonio Rocha¹⁴⁹, por su parte, dice que "la voluntariedad de la confesión sólo significa que debe ser "reflexiva", es decir, que el confesante ha de darse cuenta de lo que dice:

Es importante resaltar que en los códigos modernos no se habla de animus confitendi, nuestro código procesal sólo exige que sea "explicita, pura y llana" (Art. 127 C.P.C.), libre (Art. 143 C.P.C.), es decir, que sea un acto consciente, que el confesante se encuentre en condiciones de saber lo que hace, tal como se exige para todo acto jurídico procesal o extraprocesal, sin que tenga relevancia el hecho de que conozca los efectos jurídicos que le ocasionen, ni el carácter desfavorable del hecho declarado o favorable a su adversario.

7º Capacidad jurídica del confesante

La doctrina está de acuerdo en exigir la capacidad como requisito de la confesión, excepto en los casos determinados por la ley, y por unanimidad señala que la confesión de un incapaz carece de valor probatorio,

¹⁴⁷ Eduardo J. Couture. Estudios de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, 1949. Tomo II, pág. 286.

¹⁴⁸ Pietro Castro. Derecho Procesal Civil. Madrid, 1964. Tomo I, págs. 400-418.

¹⁴⁹ Antonio Rocha. Derecho Probatorio. Bogotá. Edición de la Facultad del Rosario. 1962-1963, pág. 128.

El Art. 1490 del C.C. hace una distinción entre la capacidad absoluta y la relativa. La primera, impide que los actos de los dementes, los impúberes (Art. 142 C.P.C.) y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, no surtan ni aun obligaciones naturales, por no tener conciencia de lo que hacen o dicen, lo que, según el Art. 1726 del C.C., produce como efecto la nulidad absoluta o su inexistencia y carecen de eficacia probatoria.

En cambio, los actos de los incapaces relativos, como el menor adulto (Art. 21 C.C.) puede tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Advertimos que la capacidad plena es requisito para la validez y eficacia de la confesión, como veremos más adelante. En consecuencia, la capacidad relativa es requisito para la existencia de la confesión. La distinción de las dos clases de incapacidad tiene importancia práctica en un sistema de libre valoración de las pruebas, como establece el Art. 142 del C.P.C. que le autoriza al juez para apreciar la confesión del incapaz relativo y concederle mérito probatorio, según las circunstancias procesales.

8º La declaración no debe ser el resultado de métodos violentos

El Art. 143 del C.P.C. le resta crédito o valor probatorio a la confesión prestada por "la fuerza", aclaramos que ese vocablo "fuerza" recae sobre las cosas, como señala el Art. 597 del Código Penal, por lo que estimamos que el legislador pretende referirse a la violencia que consiste en la coacción física, moral o psicológica, como preceptúa el Art. 596 del Código Penal, que se ejerce sobre las personas.

Este requisito es consecuencia lógica de la llamada voluntariedad o libertad de la confesión y cuando es obtenida por medio de apremio físico o amenazas o tormento, que pueden ser ejercidos por el juez, la parte contraria o por terceros, destruyen la voluntad, aunque no produzcan un estado de absoluta inconsciencia, eliminan la voluntad y destruyen la libertad de elección; en cuyo caso, jurídicamente no existe confesión y tampoco puede ser considerada como medio de prueba, por ser el resultado de un medio ilícito y antijurídico.

9º La confesión debe ser seria

Es uno de los elementos necesarios para valorar la confesión y establecer su existencia. Este requisito es importante para la confesión practicada como diligencia previa puesto que puede darse el caso de que alguien se preste para engañar al juez, al adversario o terceros, aunque la judicial o procesal también puede ser falsa; tiene que ver con la confesión que es formulada a sabiendas de que tal hecho no es cierto; es una confesión fraudulenta o falsa y dolosa. Persigue obtener una declaración que reconozca como cierto y real un hecho que no ha existido, por lo cual hay una finalidad ilícita, como es engañar al juez, faltar al deber de veracidad y lealtad en el proceso, perturbar el orden jurídico, y generalmente, perjudica a terceros.

Si el juez encuentra prueba de que la confesión recae sobre hechos falsos, sea que la haya aportado el confesante mismo u otra de las partes, al tenor del Art. 143 del C.P.C., debe negarle valor probatorio; en otras palabras, debe probarse la falsedad de la confesión hecha a sabiendas, debe establecerse su ilicitud y por consiguiente su ineficacia jurídica.

Ese desacuerdo entre la declaración y verdad puede ocurrir involuntariamente o en forma intencional. Si el confesante considera que sufrió error de hecho, que debe probarlo, puede pedir la revocación, como dispone el Art. 149 del C.P.C., no de la confesión sino de los efectos probatorios.

Si la confesión recae sobre hechos falsos y se produce intencionalmente, por dolo del confesante, por ejemplo, cuando hay acuerdo fraudulento con la otra parte en perjuicio de terceros o se trata de obtener una sentencia que ambas partes desean, sin que con ello se perjudique a terceros, como en los procesos de divorcio o nulidad del matrimonio, también existe confesión; pero esa conducta se encuadra en el delito de perjurio, si se comete en una causa civil, será sancionado con reclusión menor de tres a seis años (Art. 355 C. P.), y si ocurre en una causa penal, la sanción será de ocho a doce años de reclusión mayor (Art. 356 C.P.).

En conclusión, cuando faltan los requisitos necesarios para su existencia, el acto procesal o preparatorio no es confesión, puesto que el acto

jurídico nulo, absoluta o relativamente, nace a la vida jurídica y existe mientras no se declare la nulidad, advirtiendo que en materia de confesiones no se requiere una declaración previa de su nulidad para que el juez pueda desestimarla por esta causa al momento de valorarla.

92. Requisitos para la validez de la confesión

1. La plena capacidad del confesante, excepto los casos previstos en la ley

La capacidad, al igual que en el derecho civil, es la regla; la incapacidad, la excepción (Arts. 1489, 1761 C.C.); el Art. 34 del C.P.C., expresa que no pueden comparecer a juicio como actores ni como demandados: los menores de edad, los que se hallan bajo tutela o curaduría y las personas jurídicas, a no ser que lo hagan por medio de su representante legal.

La plena capacidad para confesar es la misma capacidad civil general o la procesal para demandar y ejecutar actos procesales válidamente.

Jaime Guasp¹⁵⁰, dice: "la capacidad procesal es la aptitud jurídica para ser titular de los derechos o de las obligaciones de carácter procesal que se refieren a las partes. El goce de esa capacidad hace de una persona sujeto del proceso. Mas, lo que se exige es la capacidad de ejercicio, los que tienen sólo capacidad de goce pueden ser partes, pero deben comparecer representados, para la validez del acto procesal"; en otras palabras, ser titular de derechos procesales, ya a nombre propio o representando a otro, es someterse a las cargas del proceso y asumir las responsabilidades derivadas del mismo.

La capacidad especial se refiere a los casos en que la ley le reconoce valor a la confesión de los incapaces relativos, como es el caso del menor adulto (Art. 142 C.P.C.), o sea, el varón que ha cumplido catorce y la mujer que ha cumplido doce, en ambos casos, no llegan a los dieciocho años (Art. 21 C.C.); en consecuencia, esa condición es necesaria para que la confesión

¹⁵⁰ Jaime Guasp. Citado por Alfonso Troya Cevallos. "Elementos de Derecho Procesal Civil". Tomo I. Ediciones Universidad Católica. Quito. 1976. pág. 121.

tenga validez y su falta vicia de nulidad el acto y si la incapacidad es absoluta la confesión sería inexistente.

Los representantes legales y mandatarios pueden confesar válidamente a nombre de sus representados, como prevé el Art. 145 del C.P.C., sin embargo, debe entenderse, mientras estén en ejercicio de sus funciones y respecto a los actos realizados por ellos en ejercicio de sus facultades, puesto que el Art. 144 del invocado cuerpo legal, estatuye que la confesión hace prueba solamente en contra de quien la rinde.

En cuanto al procurador judicial, puede confesar por su mandante, si tiene facultades para ello, como así preceptúa el N° 4° del Art. 48 C.P.C., esa confesión hace prueba, según el Art. 145 del mismo código; advirtiendo que debe tener relación con hechos anteriores o concomitantes con su mandato, que se encuadren dentro del ejercicio de su cargo, puesto que si sólo se le concede la facultad para absolver posiciones o simplemente confesar, como así ocurre en la práctica, en cuyo caso la contraparte no debe consentir o debe exigir que se obligue al mandante a comparecer, haciendo uso de lo que dispone el Art. 43 C.P.C., esa confesión resultará ineficaz o carente de mérito probatorio por falta de disponibilidad del derecho sobre el cual versa la confesión, que debe emanar directamente de la misma parte.

2. Libre voluntad del confesante

En la práctica cotidiana suele usarse la frase sacramental de que comparece "en forma libre y voluntaria", para darle el significado que es libre de coacción física o moral; no obstante, el Art. 143 del C.P.C. le resta crédito o valor probatorio a la confesión prestada por "la fuerza"; respecto del vocablo "fuerza" nos remitimos a la aclaración realizada anteriormente (N° 91, punto 8); en otros términos, se refiere a la ausencia de coacción, esto es, que sea libre.

Lessona¹⁵¹ dice que: "Todo negocio jurídico supone la libertad de la voluntad; sin ésta, el hecho jurídico no es válido" y más adelante agrega "se entiende que la voluntad determinada por error, violencia, dolo o insania de la

¹⁵¹ Carlos Lessona. "Teoría General de la Prueba en Derecho Civil". Traducida por Enrique Aguilera de Paz. Cuarta Edición. Tomo I. Editorial REUS. Madrid. 1983. pág. 578.

mente, no son capaces de producir obligaciones jurídicas" agrega que "...estas ideas, acogidas por todas las escuelas filosóficas, aunque explicadas de muy diversos modos por cada una de ellas, se aplican a la confesión".

La confesión obtenida por actos de apremio físico ejercidos sobre las personas o por apremio moral que infundan el temor de un mal inminente o por los modernos medios de coacción psicológica, con o sin la ayuda de drogas especiales, es una prueba ilícita que afecta su eficacia o validez.

3. Deben cumplirse las formalidades procesales de tiempo, modo y lugar

La confesión realizada en calidad de diligencia preparatoria puede ocurrir en cualquier momento (Arts. 68 y 130 C.P.C.) y lugar; pero la que se solicita dentro del trámite de un proceso debe reunir con estas formalidades, especialmente si es provocada; la confesión espontánea puede ocurrir en cualquier momento del proceso, por escrito u oralmente, sin sujeción a requisitos especiales de forma (presentación de escrito, interrogatorio, etc.), como por ejemplo, cuando el padre quiere reconocer a su hijo, él se presenta ante el juez y así lo expresa, en este caso, el juez tiene la obligación de reducir a escrito esa confesión (Inc. 1º, Art. 137 C.P.C.), surte efectos jurídicos, es válida, dicho juez mandará a inscribir en el Registro Civil dicho reconocimiento (Art. 150 C.P.C.).

El requisito del lugar significa que debe realizarse en el despacho del juez, considerando la materia aun cuando no lo sea por razón del territorio, o en casos especiales fuera del despacho, cuando se trate de recibir la confesión al Presidente de la República o a quien le subroga legalmente, al Vicepresidente de la República, los Ministros de Estado, los miembros del Congreso Nacional, los Magistrados de los tribunales de Justicia, entre otros (Arts. 131, inciso 2º, 141 y 230 C.P.C.), en cuyo caso se trasladará el juzgado a la oficina del funcionario que deba confesar; así mismo, el juez puede trasladarse al domicilio del confesante, cuando encontrare justo motivo para hacerlo así (Art. 229 C.P.C.).

Si la confesión se recibiera fuera del despacho del Juez, excepto en los casos antes señalados, carecerá de valor e impedirá que produzca sus efectos jurídicos probatorios.

El requisito de tiempo se refiere a que debe presentarse oportunamente, dentro de los términos que la ley procesal determina para cada caso, so pena de ineficacia e inclusive de nulidad en cuanto a los actos del juez.

El Art. 121 del C.P.C., establece que: "Sólo la prueba debidamente actuada, esto es, aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio.", lo que armoniza con lo que dispone el Art. 319 de ese mismo código, que preceptúa: "Las pruebas deben presentarse y practicarse dentro de los respectivos términos probatorios, salvo los casos expresamente autorizados por la Ley."

En consecuencia, la prueba aducida inoportunamente no puede ser considerada por el juez. Advirtiéndose que en la práctica hay pruebas que se piden y decretan dentro del término de prueba, como la inspección, la exhibición de documentos o cosas materia de la acción, la confesión, pero se practican fuera del término especial establecido por la ley, lo que no impide que el juez las considere en todo su valor, porque se satisfacen los requisitos de publicidad y contradicción (Art. 123 C.P.C.).

En el caso concreto de la confesión, debemos tomar en cuenta lo que dispone el Art. 130 del Código de Procedimiento Civil, que dice:

"La confesión sólo podrá pedirse como diligencia preparatoria o, dentro de primera o segunda instancia, antes de vencerse el término de pronunciar sentencia o auto definitivo".

Es conveniente señalar los términos que la ley establece para que se pronuncie sentencia o auto definitivo.

En el juicio verbal sumario, el término de prueba es de seis días, según el Art. 851 C.P.C.; y, concluido ese término de prueba, el juez debe dictar sentencia, dentro de cinco días, como preceptúa el Art. 852 del mismo cuerpo legal; entonces, la confesión se la puede solicitar ya sea dentro del término de prueba o dentro del término que el juez tiene para dictar sentencia; si se solicita luego de fenecido el término que la ley indica para que se dicte sentencia, resulta extemporánea la solicitud, así lo establece la Primera Sala de

lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema, al resolver el recurso de casación:

152

"QUINTO.- El recurrente formula contra la sentencia el cargo de haber infringido el Art. 1067 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con los artículos 852 y 130 del mismo Código, al no haber aplicado estas normas en relación con la denegación por extemporánea, de la solicitud dirigida por él a la Jueza de Inquilinato para que el demandante rinda confesión judicial. Al respecto se considera: Según el Art. 130 del Código de Procedimiento Civil la confesión sólo podrá pedirse como diligencia preparatoria o, dentro de primera o segunda instancia, antes de vencerse el término de pronunciar sentencia o auto definitivo. A su vez, en el juicio verbal sumario, el Art. 852 ibídem dispone que, concluido el término de prueba, el juez dictará sentencia dentro de cinco días. Examinados los autos se encuentra que en la audiencia de conciliación diligenciada el 22 de noviembre de 1993, se recibió la causa a prueba por el término de seis días que concluyó el día 30 de los mismos mes y año, por lo cual el término para dictar sentencia y solicitar confesión judicial feneció el día 8 de diciembre del mismo año. La solicitud de confesión con el sobre cerrado dentro del cual el solicitante declaró que se contienen las preguntas o posiciones para ser absueltas, fue presentada el 10 de marzo de 1994, y, por consiguiente, extemporáneamente."

En el juicio ejecutivo, si las excepciones propuestas por el demandado versan sobre hechos que deben justificarse, se abre la causa a prueba por el término de seis días (Art. 443 C.P.C.); vencido ese término de prueba, el juez concede cuatro días para que las partes aleguen y vencido el cual pronunciará sentencia (Art. 444 C.P.C.); en este caso, el término para dictar sentencia no está determinado expresamente, simplemente sabemos que una vez vencido el término para formular alegatos el juez debe dictar sentencia, pero no se especifica dentro de que término; por lo que debemos regimos por las normas de carácter general previstas en el Art. 292 del C.P.C., que dice: "las

¹⁵² Registro Oficial N° 222-S, de 24 de diciembre de 1.997. Fallo de casación de 11 de septiembre de 1997, dentro del juicio de inquilinato N° 200-96, págs. 6 y 7.

sentencias se expedirán dentro de doce días; los autos dentro de tres; los decretos, dentro de dos; pero si el proceso tuviere más de cien fojas, al término dentro del cual se debe pronunciar la sentencia, se agregará un día por cada cien fojas."

En el juicio ordinario, el término de prueba es de diez días (Art. 414 C.P.C.); concluido el término probatorio, el juez pedirá autos y pronunciará sentencia (Art. 415 C.P.C.), en este caso, tampoco se especifica el término que el juez tiene para dictar sentencia, simplemente se dice que concluido el término de prueba, el juez dictará sentencia; entonces, debemos tomar en cuenta las normas generales y aplicar lo que dispone el Art. 292 del C.P.C..

En resumen, la confesión debe rendirse en el día y hora señalados por el juez y dentro de los términos que la ley señala, si el juez procede a recibir la confesión judicial en otra oportunidad que la ley procesal no contempla, afecta a la validez de la confesión, salvo el caso de que las partes, de común acuerdo, hayan convenido en que se reciba extemporáneamente (Art. 138 C.P.C.).

El requisito de modo se refiere a que se cumplan las formalidades procesales requeridas para el interrogatorio: tales como, que cada pregunta debe contener un solo hecho; requisito que es calificado por el Juez, que sea ceñido a la Constitución y Leyes de la República, que se presente por escrito, etc.

En definitiva, la falta de los requisitos antes señalados vicia de nulidad la confesión, sin que sea necesario que el juez declare esa nulidad, pues le basta negarle valor como medio de prueba en el momento de valorarla. Al faltar esos requisitos, la confesión existe, pero será nula e inválida, lo cual impedirá que produzca sus efectos jurídicos probatorios.

93. Requisitos especiales de la confesión

1. Debe realizarse ante juez competente.

El Art. 20 del C.P.C. dispone lo siguiente:

"Principia el ejercicio de la jurisdicción legal y la convencional, desde que los jueces toman posesión de su empleo o cargo y entran al desempeño efectivo del mismo."

La confesión judicial debe ocurrir ante un juez en ejercicio de sus funciones, puede ser en el curso de un proceso, como prevé el Art. 1757 C. C., al decir "en juicio", es decir, no exige que se trate de proceso actual o en el mismo proceso; o como diligencia preparatoria (Arts. 68, N° 1, y 130 C.P.C.), en este caso, es indispensable que se haga ante el juez competente (Art. 127 C.P.C.), no se exige ante el juez de la misma causa, debiéndose tomar en cuenta la materia aun cuando no lo sea en razón del territorio.

Si se lleva a cabo ante un funcionario administrativo o ante un subalterno del Juez (Secretario o auxiliar) será extrajudicial; tampoco es judicial la confesión rendida ante un agente de policía con facultades de juez instructor; la ocurrida ante un inspector del trabajo tiene valor probatorio si el confesante firma el acta y la resolución que expida "sólo tendrá valor de informe que lo apreciará el Juez del Trabajo con criterio judicial, en relación con las pruebas rendidas en el juicio" (inciso final, Art. 183 C. del Trabajo), pero en este caso se trata más bien de un documento auténtico y no de confesión judicial, porque el inspector del trabajo no tiene la calidad de juez sino simple conciliador o funcionario administrativo.

2. Aptitud legal para probar el hecho confesado

Este requisito guarda relación con la forma de probar prevista por la ley para casos concretos; cierto es que la confesión sirve para justificar todo hecho, acto o contrato, sin embargo, el Art. 1757 C.C., al decir "salvo los casos comprendidos en el Art. 1745, inciso primero, y los demás que las leyes exceptúan.", está limitándola, puesto que cuando la misma ley establece un medio de prueba distinto para un hecho concreto necesariamente se debe aportar esa prueba; por ejemplo: la compraventa de bienes raíces (Art. 1767 C.C.), la hipoteca (Art. 2335 C.C.), para que se reputen perfectas ante la ley, deben celebrarse por escritura pública; la falta de ese instrumento público no puede suplirse por otra prueba (Art. 1745 C.C.); en consecuencia, la confesión es ineficaz e inútil para probar esos contratos, por más que el confesante admita la verdad real.

Las excepciones establecidas por la ley, en las que no se admite la confesión como medio de prueba son varias: así, el Art. 170 del Código Civil, dispone que:

"Ni la declaración de uno de los cónyuges que afirme ser suya o debérsele una cosa, ni la confesión del otro, ni ambas juntas, se estimarán suficiente prueba, aunque se hagan con juramento"

Es decir, la confesión judicial es ineficaz e inútil para destruir la presunción establecida en el inciso primero del Art. 170 C.C., respecto de toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones, que estén en poder de los cónyuges, se entiende que pertenecen a la sociedad conyugal.

El inciso final del Art. 248 del C.C., señala que:

"No se admitirá el testimonio de la madre que, en el juicio sobre la paternidad del hijo, declare haberle concebido en adulterio."

En términos generales, ratificamos que la confesión sirve para justificar todo hecho, acto o contrato, y excluye la necesidad de aportar otras pruebas, por ello, el Art. 147 del C.P.C. señala que "La confesión legitimamente hecha sobre la verdad de la demanda termina el juicio civil"; excepto para los casos en los cuales la ley determina el modo y forma para acreditarlos, como son los contratos que deben constar en instrumentos públicos o privados (Arts. 1745 y 1757 C.C.).

3. La legitimación para el acto, si es representante o apoderado

Por principio general, para que exista confesión, debe emanar de quien es parte en sentido procesal y relativa a un hecho personal de la misma parte, como preveen los Arts. 1757 C.C. y 126 del C.P.C.; en consecuencia, el que solicita la confesión debe advertir que el interrogatorio debe ser absuelto personalmente por la persona que expresamente se determina, y de esa manera se evita que esa persona autorice a su procurador judicial para que lo haga en su lugar; si proviene de otra persona, puede valer como testimonio, mas no como confesión.

Sin embargo, tanto el Art. 1757 del C.C. como el Art. 145 del C.P.C. dan el valor de prueba a las confesiones de los apoderados legítimamente constituidos, o de los representantes legales, debiéndose entender que sus declaraciones deben versar sobre hechos o actos relacionados con el desempeño de sus funciones mientras ejercen el cargo y la de los procuradores judiciales a nombre del mandante, siempre que estén autorizados para ello por la ley o el poder. Si las declaraciones versan sobre hechos ajenos al desempeño de sus funciones, o las del procurador judicial sobre hechos ajenos al proceso, no constituye confesión; por ello, el Art. 43 del C.P.C., prevé: "Aun cuando hubiere procurador en el juicio, se obligará al mandante a comparecer, siempre que tuviere que practicar personalmente alguna diligencia, como absolver posiciones, reconocer documentos, y otros actos semejantes...." el legislador ha querido que concurra el absolvente sin consejeros ni asesores, por lo que no es admisible que las absuelva el mandatario.

Para que las confesiones del procurador judicial o de los representantes legales tengan mérito probatorio es indispensable que tengan facultades para obligarle al representado o poderdante o para disponer del derecho que del hecho confesado se deduce, así se desprende de lo que dispone el Art. 1757 del C.C. "relativa a un hecho personal de la misma parte"; si el representante legal declara sobre un hecho sin tener facultad legal para ejecutar el acto, supongamos que omite la autorización judicial que requiere la ley (Arts. 314 C.C. y 790 C.P.C.) para la venta o hipoteca de los bienes de menores, su confesión será ineficaz o carecerá de valor probatorio como tal; igualmente, si el procurador judicial se excede de los límites de su mandato (Art. 2085 C.C.), lo que exceda no tendrá mérito probatorio; en definitiva, los representantes legales o mandatarios tienen legitimación para confesar dentro de los límites de la autorización que se les haya conferido.

En el caso de investigación de paternidad, según el Art. 269 del Código Civil, el ejercicio de la acción pertenece al hijo, quien puede comparecer por sí o por medio de su representante legal, que puede ser: la madre, cuando el hijo es incapaz y la madre sea capaz; o, de acuerdo con el Art. 270 del mismo Código, a falta de madre o si ésta hubiere fallecido, estuviere en interdicción o demente, si el hijo fuere impúber, por el tutor, un curador especial o un curador ad-litem. Si fuere adulto menor de dieciocho

años, la acción podrá intentarla el curador general, un curador especial o un curador ad-litem, los que procederán con asentimiento del hijo.

Para la eficacia de la confesión prevista en el Art. 150 del C.P.C., en concordancia con el N° 1 del Art. 267 del C.C., es necesario que el hijo comparezca ante el juez por sí o a través de su representante legal solicitando la confesión al supuesto padre o madre, por ser parte legítima o como preceptúan los Arts. 363 del C.C. 731 del C.P.C.:

"Legítimo contradictor, en el juicio de paternidad, es el padre contra el hijo o el hijo contra el padre; y en el de maternidad, la madre contra el hijo o el hijo contra la madre."

Si en el juicio se trata de la paternidad el padre debe intervenir en él, so pena de nulidad"

En el caso referido, si la confesión se solicita como diligencia preparatoria, la petición inicial debe cumplir con los requisitos determinados por el Art. 71 del C.P.C., en concordancia con el Art. 1066 del invocado cuerpo legal, determinando los fundamentos de hecho y de derecho relacionados con la acción de paternidad o declaración de la maternidad, puesto que, si el confesante reconoce ese hecho, "el juez la declarará en sentencia, que se inscribirá en el Registro Civil" (Art. 150 C.P.C.); resolución que pasa en autoridad de cosa juzgada, como dispone el Art. 729 del C.P.C., que dice:

"El fallo judicial que declara verdadera o falsa la calidad de padres, o la maternidad que se disputa, vale no sólo respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los efectos que causan dicha paternidad o maternidad."

94. Clases de confesión

De lo expuesto anteriormente y según la doctrina analizaremos las principales clases de confesiones.

1. Confesión judicial

Es aquella que ocurre ante el juez competente, en ejercicio de sus funciones, puede ser en el curso de un proceso o como diligencia preparatoria, particulares que le dan el carácter de judicial a la confesión, como así lo consagra nuestra legislación, que exige la competencia del juez (Art. 127 C.P.C.), dentro de un proceso (Art. 1757 C.C.) o como diligencia preparatoria (Art. 68, N° 1 y Art. 130 C.P.C.), debiendo tomarse en cuenta lo manifestado en el 89, tesis 2 y 4.

2. Confesión extrajudicial

La incompetencia del funcionario que recibe la confesión, sea en razón de la materia o naturaleza del litigio, como un funcionario administrativo o un subalterno del juez o ante un juez que no se encuentra en ejercicio de sus funciones, o según nuestra legislación, la hecha en otra oportunidad como diligencia preparatoria (Art. 128 C.P.C.) o ante distintas personas, afecta la eficacia de la confesión, convirtiéndola en extrajudicial, así como la que se la rinde extemporáneamente (Art. 138 C.P.C.).

Si la confesión se realiza ante un juez que no se encuentra en ejercicio de sus funciones afecta la eficacia de la confesión, le resta valor probatorio.

3. Confesión espontánea

Es aquella que surge por iniciativa del confesante, tiene el carácter de judicial si es dirigida a un juez, sin que sea necesario que ocurra ante él, como sucede en la demanda, que por mandato de la ley, el actor debe afirmar de que es imposible determinar la individualidad o residencia de quien debe ser citado, bajo juramento, sin el cumplimiento de este requisito, el juez no admitirá la solicitud (Art. 86, inc. 3°, C.P.C.).

Hernando Devis Echandía¹⁵³, enseña que:

¹⁵³ Hernando Devis Echandía. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Cuarta Edición. Biblioteca Jurídica Diké - Medellín. 1993. pág. 620.

"La confesión judicial espontánea puede ocurrir en cualquier momento del proceso, por escrito u oralmente, sin sujeción a requisitos especiales de forma (presentación personal del escrito, ante el juez o secretario, es necesaria cuando la ley lo exija para el caso particular, por ejemplo, para la demanda, el desistimiento, la transacción formalizada en memorial y la suspensión del proceso; pero aun en este caso es válida la confesión espontánea que en esos escritos se contenga...)"

Pero también el confesante puede presentarse ante el juez competente, por escrito o verbalmente, según el medio de expresión utilizado, mediante una petición dirigida al juez o presentándose personalmente a reconocer la verdad de un hecho o la existencia de un derecho.

Por ejemplo: cuando el padre quiere reconocer a su hijo, aquél se presenta ante el Juez y así lo expresa, ese juez tiene la obligación de reducir a escrito esa confesión (inc. 1º Art. 137 C.P.C.) y surtirá todos los efectos legales, y mandará a inscribir en el Registro Civil dicho reconocimiento (Art. 150 C.P.C.), debiendo observarse lo que dejamos expuesto anteriormente (Nº 93, punto 3).

4. Confesión provocada

Es aquella que se realiza mediante requerimiento de parte interesada, o de oficio, cuando el juez considere necesaria para el esclarecimiento de la verdad, haciendo uso de la facultad concedida por los Arts. 122 y 129 C.P.C., a fin de que comparezca ante el juez y responda sobre los hechos constantes en interrogatorio.

Cuando el hijo requiere a su padre o madre para que manifiesten él o ella si lo reconocen como hijo (Art. 150 C.P.C.); si quedan ciertas dudas o no lo reconocen hay denegación de la paternidad o maternidad (Art. 266 y siguientes del Código Civil).

La confesión provocada, a su vez, se subdivide en expresa y tácita, ficta o presunta.

5. Confesión provocada expresa

El deponente o confesante rinde ante el Juez y afirma o niega sobre los hechos definitivamente fijados por la parte interesada o colitigante, como base de la litis, en la forma que prevé el Art. 129 del C.P.C., es decir, debe ser categórica, que no genere dudas acerca de la declaración misma y de su contenido, caso contrario, sólo produciría a lo más un principio de prueba, que debería completarse por otros medios de demostración.

El Art. 127 del C.P.C. exige que sea "explícita", no admite las confesiones implícitas, esto es, que sólo resultan por razonamientos inductivos o deductivos de la interpretación de las declaraciones de la parte.

En ese sentido dice Lessona¹⁵⁴, con sobrada razón, que "no son confesiones las admisiones vagas y genéricas, las admisiones condicionales, porque no existe entonces intención de confesar."

6. Confesión provocada ficta, tácita o presunta

Es aquella que se infiere o se supone por la conducta y proceder del que debía confesar o por mandato de la ley, por la incomparecencia (ficta) o por no haber impugnado o negado (tácita) y se la considera, salvo prueba en contrario, como admisión o reconocimiento de los hechos propuestos (presuntiva).

El Art. 135 del C.P.C. se refiere a los casos en que la persona llamada a confesar se abstiene de comparecer, no obstante el apercibimiento de que trata el Art. 131 C.P.C., luego del segundo señalamiento en el que se le advierte que su incomparecencia hará que se le tenga confeso; el incumplimiento de ese mandato judicial trae como consecuencia de que se presuman ciertos los hechos preguntados; o puede comparecer y da respuestas evasivas, equívocas u oscuras, por turbación en unos casos, por premeditadas evasivas en otros o por torpeza de expresión, el confesante no siempre contesta con claridad, frente a esas imprecisiones, previo apercibimiento del juez para las aclaraciones pertinentes (Art. 129 C.P.C.),

¹⁵⁴ Carlos Lessona. Teoría General de la Prueba en Derecho Civil. Madrid. Editorial REUS, 1928. Tomo I. N° 395, pág. 409.

puede conducir a tener por confeso al que se exprese con obscuridad; o puede comparecer, pero, puede suceder lo siguiente:

- 1º. Si comparece, se negare a prestar la confesión;
- 2º. Si comparece, no quisiere responder;
- 3º. Si comparece, responde de modo equívoco u obscuro, resistiéndose a explicar con claridad.

Carlos Lessona¹⁵⁵ afirma que:

"El no comparecer viene a probar que se carece de valor para presentarse y admitir un hecho; y el no querer responder, cuando no se cuestiona sobre la admisión del interrogatorio o cuando fue negado, significa un pretexto de no querer decir una verdad que redundaría en propio daño".

El Art. 131 del C.P.C. y nuestro sistema judicial, frente al silencio de la persona que debía confesar o su negativa expresa, admiten la eficacia jurídica de esta clase de confesión, quedando a su libre criterio el darle el valor de prueba, según las circunstancias que haya rodeado al acto. Las circunstancias a las que alude la ley tienen relación con las actuaciones dentro de un proceso determinado; de lo dicho se deduce que la confesión tácita o ficta es una verdadera presunción legal, de ahí su denominación de confesión presunta.

La Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia¹⁵⁶, en sentencia expedida el 16 de diciembre de 1982, establece lo siguiente:

"CUARTO. Por parte del actor se ha pedido que la demandada absuelva, pero ésta, sin embargo de las prevenciones legales hechas por el juez de origen, no comparece a confesar, por cuyo motivo legal, el juez la declara confesa....instrumentos públicos que, al no ser desvirtuados en forma alguna, legal y jurídicamente, hacen prueba plena a su favor, como lo hace la

¹⁵⁵ Carlos Lessona. Teoría General de la Prueba en Derecho Civil. Traducida por Enrique Aguilera de Paz. Tomo I. Editorial REUS. Madrid. 1983, pág. 537.

¹⁵⁶ Gaceta Judicial Serie XIV - N° 1, págs. 72-73.

confesión ficta de la accionada, por cuanto no ha justificado, de modo alguno, su no comparecencia a confesar, por alguna causa razonable....Se confirma la orden para la rendición de cuentas."

7. Confesión pura o lisa y llana

Es el reconocimiento de la verdad del hecho o de la existencia de un derecho, contesta con certeza el hecho preguntado por el adversario o por el juez y se circunscribe a un solo hecho o no agrega los motivos, es decir, hay aceptación. Ejem. si es mi hijo, si le debo, etc.

8. Confesión compleja

Es el reconocimiento del hecho preguntado pero con añadiduras y en forma coetánea (al mismo tiempo) agrega modificaciones, aclaraciones y explicaciones relacionadas con el mismo hecho. Por ejemplo: admite la deuda, sí recibí el dinero, y agrega, pero sin intereses, o a dos años de plazo y no a tres meses; recibí los dos millones quinientos mil sucres (hoy, cien dólares) y no diez millones (o 400 dólares), etc.; esas modificaciones o aclaraciones requieren comprobación.

En estos casos, no se trata de otorgarle valor probatorio de confesión a lo favorable de la declaración sino que queda determinada y limitada por esas aclaraciones o modificaciones que no es posible separarlas, por estas razones la confesión es indivisible, debe hacerse uso de toda la declaración o de ninguna de sus partes (Art. 146 C.P.C.), pero en juicio, hay la excepción que contempla la misma disposición legal invocada, debe tomarse en cuenta las circunstancias que rodean a dicha confesión y a base de otras pruebas puede darse valor de prueba a la confesión tomando la parte favorable o desfavorable al confesante.

9. Confesión compuesta

Doctrinariamente también se la denomina confesión calificada, por cuanto contiene dos partes diferentes. Cuando el declarante acepta la verdad del hecho perjudicial, pero alega otro hecho, distinto y separado, que no constituye una unidad jurídica para aquél sino que es independiente, puesto que en el primer acto, se acepta un hecho y, en el segundo, se formula una

alegación, en cuyo caso, resulta plenamente aplicable la regla de la indivisibilidad prevista en el Art. 146 del Código de Procedimiento Civil, y como tal le impone la carga de la prueba del hecho favorable que refiere el confesante.

Por ejemplo: cuando se acepta lo adeudado, pero se agrega haberle hecho donaciones a su acreedor o haberle prestado servicios en otras ocasiones; cuando se acepta haber adquirido la obligación o celebrado el contrato, y se agrega que existe cualquiera de los modos de extinguir las obligaciones, previstos en el Art. 1610 del Código Civil; la confesión se califica tomando en cuenta los modos de extinguir las obligaciones, excepto el de la compensación, porque ésta extingue ambas deudas, en los casos previstos por el Art. 1699 del Código Civil, según el cual, desde que una y otra reúnen las calidades siguientes:

- 1º. Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas, de igual género o calidad;
- 2º. Que ambas deudas sean líquidas;
- 3º. Que ambas sean actualmente exigibles.

Hernando Devis Echandía¹⁵⁷ afirma que: *"la confesión es indivisible, siempre que la agregación sea una simple modalidad del hecho, o se trata de otro hecho posterior, pero originado en aquél, o que sea consecuencia o constituya el modo natural para la extinción del efecto jurídico del primero, como sucede precisamente con el pago, e igualmente cuando hay unidad jurídica entre los varios hechos, como entre el contrato y el vicio que lo invalida o el hecho impeditivo de sus normales efectos jurídicos."*

"Si existe prueba en contrario de la negación o modificación, favorable al confesante, queda ésta desvirtuada, y, por lo tanto, la confesión calificada o compleja resulta divisible, porque

¹⁵⁷ Hernando Devis Echandía. Obra citada. pág. 705.

conserva su valor probatorio únicamente respecto del hecho desfavorable a aquél."

"Si en el proceso existe otra prueba del hecho confesado, tal como lo alega la parte contraria, es decir, sin las adiciones que le introduce la confesión, aquella prueba conserva su valor normal y corresponde al confesante la de los hechos que agrega en su beneficio. Lo contrario equivaldría a otorgarle a la confesión el valor de prueba en favor del confesante y en contra de la convicción plena que de los otros medios se deduzca, lo cual sería absurdo."

95. La indivisibilidad de la confesión

El principio de la indivisibilidad de la confesión lo expresa el Art. 146 del C.P.C., que dice:

"La confesión prestada en un acto en los juicios civiles, es indivisible; debe hacerse uso de toda la declaración o de ninguna de sus partes, excepto cuando haya graves presunciones u otra prueba contra la parte favorable al confesante."

En la doctrina existe controversia acerca de la divisibilidad o indivisibilidad de la confesión; distingue generalmente las clases de confesiones, reconociendo a cada una distintos efectos.

Carlos Lessona¹⁵⁸, expresa que:

"El que quiere invocar como única prueba de la veracidad de su aserto la declaración del contrario, debe invocarla en su integridad, sin que pueda utilizar, sin más, lo que le parezca útil, y rechazar, sin más, lo que le perjudique."

¹⁵⁸ Carlos Lessona. Obra citada, pág. 589.

Hernando Devis Echandía¹⁵⁹, enseña:

"Entiéndese por divisibilidad de la confesión, la idea de que ésta debe probar contra el confesante, en lo que es desfavorable y éste debe probar lo favorable que adiciona; y por indivisibilidad el que la confesión debe aceptarse en su conjunto, tanto en lo desfavorable como en lo favorable....si por virtud de tales adiciones o condiciones el hecho es menos desfavorable a esa parte, lo confesado es ese hecho así calificado o adicionado y no se lo puede tomar aislado de aquellas circunstancias. Por consiguiente, lo divisible es la declaración de parte, y no la confesión, se determina el verdadero contenido de aquella."

La doctrina se pronuncia en el sentido de que es divisible la declaración cuando se refiere a hechos diferentes e indivisible "siempre que la declaración accesoria que encierra, se refiera directamente al hecho principal alegado por la contraparte".

El Art. 146 del C.P.C. autoriza al juez para obtener argumentos de prueba, de la conducta general que las partes hayan observado en el proceso; valoración que debe ser razonada, lógica y jurídica, en base a la regla de la carga de la prueba; además, le permite al juez una apreciación global de la declaración, relacionándola con las demás pruebas y con el comportamiento general de las partes en el proceso.

La Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia,¹⁶⁰ en sentencia expedida el 11 de noviembre de 1974, señala lo siguiente:

"CUARTO. De lo anterior cabe también deducir que en cuanto se refiere a la confesión ficta no es plenamente aplicable la regla de indivisibilidad del Art. 145 (hoy, 146) del Código de Procedimiento Civil, por cuanto queda a la discreción del Juez y al relacionamiento con las circunstancias que hubiesen rodeado al caso propuesto su valoración como determina el Art. 133 (hoy,

¹⁵⁹ Hernando Devis Echandía. Obra citada. pág. 691 y 697

¹⁶⁰ Gaceta Judicial Serie XII - N° 7, págs. 1390-1391.

135) del Código de Procedimiento Civil. **QUINTO.-** Las circunstancias a las que alude la ley, con relación a este juicio, aparecen de manifiesto las siguientes: ya en la persistencia del actor en el juicio; la rebeldía del demandado en la audiencia, la renuencia del mismo en orden a rendir la confesión solicitada, la ninguna prueba vertida a su favor en el juicio, la poca concentración de la defensa en lo que es materia de la litis con relación a los escritos presentados en este juicio".

Si la confesión tácita o ficta es una presunción legal que atribuye el valor probatorio de la confesión al dicho, hecho, silencio o ausencia de la persona que debió declarar, mientras no la contradigan pruebas existentes, está sujeta a la libre apreciación del juez; en ese sentido, es correcto el pronunciamiento de la Sala respecto de la regla de la indivisibilidad, que requiere que en la declaración existan hechos favorables y desfavorables al confesante, no solo mirar sus efectos jurídicos, debe atenderse la voluntad del confesante, para saber que quiso decir, lo que no sucede o no puede darse en las confesiones fictas o tácitas.

96. Trámite de la confesión

Nuestro ordenamiento legal señala que la confesión de parte puede solicitarse como diligencia preparatoria (Arts. 68, N° 1, y 130 C.P.C.) o dentro de juicio (Arts. 130 C.P.C. y 1757 C.C.) y su trámite es el siguiente:

1º. A la solicitud se debe acompañar el interrogatorio sobre el cual ha de versar la confesión. Si se pide dentro de juicio, simplemente se solicita al juez el señalamiento de día y hora en que tenga lugar la diligencia; pero, si es como acto preparatorio, la solicitud inicial debe ceñirse a lo que dispone el Art. 1066 del C.P.C., en concordancia con el Art. 71 del mismo cuerpo de leyes, advirtiendo que no está sujeta a todos los requisitos determinados en este último precepto, a menos que se trate de la confesión que pida el hijo a los supuestos padre o madre, para que lo reconozcan como tal, en cuyo caso, tomando en cuenta la calidad de legítimo contradictor (Arts. 363 C.C. y 731 C.P.C.) y si el confesante reconoce el hecho de la paternidad o de la maternidad, termina con sentencia y surte los efectos de cosa juzgada, según el Art. 729 del C.P.C.; en consecuencia, se debe cumplir todos los requisitos previstos en el Art. 71 del C.P.C.

2°. Si se solicita como diligencia preparatoria, el primer señalamiento de día y hora se hará saber al que debe confesar en la forma de citación (Art. 139 C.P.C.), y si es dentro de juicio, simplemente se notifica en la casilla judicial designada para el efecto, de un abogado que se encuentre legalmente inscrito en uno de los Colegios de Abogados del país (79 C.P.C.).

3°. En la providencia que expida el juez señalará el día y la hora en los que deba comparecer la persona para rendir la confesión;

4°. Tanto la citación como la notificación al confesante debe preceder por lo menos un día al fijado para la diligencia (Art. 131 C.P.C.);

5°. Si no compareciere, se volverá a notificarle con la indicación de ser el segundo señalamiento de día y hora, previniéndole de que su incomparecencia puede traerle consigo la posibilidad de declararle confeso (Art. 131 C.P.C.).

6°. Si la persona llamada a confesar no comparece, luego de advertido por el juez, procederá a declararla confesa; y si la parte interesada insiste en que rinda la confesión, el juez puede aplicarle una multa de cien a quinientos sucres diarios, hasta que se presente a rendirla; o también hacerla comparecer con auxilio de los agentes de justicia (Arts. 135 y 136 C.P.C.).

7°. Si comparece en el día y hora fijados por el Juez, éste le recibirá el juramento o la promesa de decir la verdad por su honor, en el último caso, si se tratare de persona sin religión, le advertirá de la obligación que tiene de contestar con claridad, cifiéndose a la verdad, le pondrá de manifiesto las penas consignadas en el Código Penal para el caso de perjurio (Art. 355, reclusión menor de 3 a 6 años).

Hernando Devis Echandía¹⁶¹, respecto del juramento dice:

"La falta de juramento de la parte, por ejemplo, no priva de validez y eficacia a la confesión, porque tiene por única finalidad imponer la sanción penal por perjurio, en el caso de comprobarse falsedad en la declaración. Si tiene valor la

¹⁶¹ Hernando Devis Echandía. Obra citada. pág. 620

confesión espontánea sin juramento, hecha en memorial o verbalmente cuando el proceso es oral, resulta absurdo negarla cuando es provocada por interrogatorio sin juramento, aun cuando la ley lo exija."

8°. El juez debe explicar suficientemente las preguntas y exigirle contestaciones categóricas, -afirmativas o negativas-, con el objeto de que el absolvente comprenda que es lo preguntado; pero, el juez no aceptará respuestas ambiguas o evasivas, es decir, que no permita entenderse de varios modos o dar diferentes interpretaciones o generar dudas (Art. 129 C.P.C.).

9°. El interrogatorio debe presentarse por escrito, siendo facultativo presentarlo en sobre cerrado o no (Art. 134 C.P.C.). Del texto de dicho precepto se desprende que las preguntas del interrogatorio a que ha de ser sometido el confesante, deben ser consignadas por escrito para mayor solemnidad y fijeza; el juez lo conservará en reserva, previa calificación y volverá a cerrar el pliego.

10°. El interrogatorio debe contener preguntas arregladas a la Constitución y leyes de la República, ya que a nadie se le puede obligar a declarar sobre hechos que le puedan acarrear responsabilidad penal, como así lo consagra nuestra Constitución Política en el ordinal N° 9, del Art. 24.

La Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia expedida el 27 de octubre de 1.977¹⁶², tiene establecido lo siguiente:

"CUARTA. Tampoco aparece el adulterio de la confesión de la Mediavilla que se halla a fs. 44, en la que responde negativamente a un cuestionario que debió ser rechazado en varias de sus partes por inconstitucional e ilegal, al compeler a la demandada a declarar contra sí misma en un asunto que podría acarrearle responsabilidad penal, contravieniéndose a lo preceptuado en la garantía del segundo inciso del numeral tercero del Art. 141 (actualmente, N° 9, Art. 24) de la Constitución Política de la República, lo cual es tanto más grave, cuanto que el Juez o autoridad que obligare a una persona a

¹⁶² Gaceta Judicial. Serie XIII - N° 1, pág. 88.

declarar contra sí misma en esta clase de asuntos, puede ser inculpada del delito previsto y reprimido por el Art. 203 del Código Penal."

Advertimos que el adulterio como delito fue despenalizado por el artículo final de la Ley 134, al expedirse el nuevo Código de Procedimiento Penal, que suprime los Arts. 503 y 504 del Código Penal, publicada en el Registro Oficial N° 511, de 10 de junio de 1983; sin embargo, el adulterio se conserva como causal de divorcio (N°1, Art. 109 C.C.).

Cuando se trata de posibles hechos penales del absolvente, está bien que se rechace la pregunta en todos los casos, lo mismo sucede, si tales hechos se imputan a los parientes de que trata el precitado texto constitucional.

11°. Cada pregunta contendrá un sólo hecho y será pertinente. Es prohibido hacer preguntas capciosas o sugestivas, mismas que serán rechazadas por impertinentes (Art. 137 inc. final, C.P.C.).

En la confesión no hay límite de preguntas como acontece en la declaración testimonial que no pueden exceder de treinta (Art. 225, inc. 2° C.P.C.).

Si la pregunta comprende varios hechos, el juez debe dividirla en forma que cada parte cumpla este requisito. No obstante, pueden formularse varias preguntas sobre un mismo hecho si en cada una se refieren a circunstancias distintas.

Son inadmisibles las preguntas capciosas o sugestivas. Las capciosas pretenden arrancar al contrincante una respuesta que pueda comprometerlo, o que favorezca propósitos de quien los formula; las sugestivas, hacen entrar en el ánimo de alguna idea, insinuándosela, haciéndole caer en ella.

La intención de nuestro legislador, según el precepto que analizamos, es la de que la confesión sea espontánea y no el resultado de trampas ni de posteriores interpretaciones del sentido o alcance de preguntas elaboradas sin lealtad procesal.

12°. El confesante debe contestar por sí mismo a las preguntas que le fueren hechas sin que nadie le interrumpa ni hacerle indicaciones u observaciones (Art. 239 C.P.C.) ni consultar apuntes, aunque le es permitido consultar notas relacionadas con asuntos contables u otros semejantes (Arts. 141 y 237 C.P.C.); pues de otro modo la declaración adolecería del defecto de no ser libre y espontánea, y no conduciría al descubrimiento de la verdad.

Por principio constitucional (N° 5, Art. 24), como garantía del confesante, permite la asistencia del abogado defensor, aunque su asistencia queda reducida a presenciar el acto para que en él sean cumplidas las prescripciones legales (cuando las preguntas son capciosas o sugestivas o puedan ocasionar su responsabilidad penal), y a llamar, en su caso, la atención del juez que solemniza el acto, sin que le sea permitido el uso de la palabra ni promover discusiones o incidentes de ninguna clase, y mucho menos aconsejar ni indicar a su cliente la respuesta que haya de dar.

13°. El confesante podrá solicitar al Juez que le permita redactar sus contestaciones (Arts. 141 e inc. 1° del 237 C.P.C.) y tiene derecho a que se le lea el acta levantada y el interrogatorio, a fin de que tenga conocimiento perfecto de lo que consta en el acta y de las contestaciones que ha dado, pudiendo también, antes de concluirse la diligencia y suscribirla, llevar a cabo cualquier corrección o modificación (Arts. 141 y 236 C.P.C.).

Al permitir la ley los particulares consignados anteriormente se ha inspirado en el deseo de evitar los abusos que en otro caso pudieran cometerse, procurando revestir la mayor veracidad y exactitud a la declaración, impidiendo que con el transcurso del tiempo pudiera falsearse o tergiversarse la verdad de los hechos.

14°. Concluye la diligencia con la firma del confesante, la del Juez y el secretario (Arts. 141 y 236 C.P.C.).

La firma, a parte del aspecto grafológico, que es materia que aquí no cabe tratar, el concepto académico de firma está valorado por las definiciones dadas por la doctrina. De su detenido análisis se distingue una noción común, según la cual podemos decir que la firma es un requisito vital de ineludible empleo en la vida civil, reviste un interés particular y general, entraña un elemento de identificación del sujeto que la traza porque establece la

individualización de quien suscribe, da validez al escrito que la precede, e importa una garantía jurídica.

En opinión de SALVAT, la firma debe emanar de la persona misma interesada; expresa la conformidad de la voluntad del firmante con el contenido del documento, y comunica al acto toda su fuerza y vigor.

Guillermo Cabanellas¹⁶³ dice:

"Firma. Nombre y apellido, o título, que se pone al pie de un escrito, para acreditar que procede de quien lo escribe, para autorizar lo allí manifestado u obligarse a lo declarado en el documento."

La doctrina se pronuncia indistintamente, estableciendo como la manera habitual con que una persona escribe su nombre y apellido, otros, sólo su apellido, y si es mujer casada, el de su marido o añadido al suyo.

La firma acredita la comparecencia de la persona y la conformidad con los hechos y declaraciones que suscribe; la firma significa firmeza y seguridad a los interesados, cuando de su puño y letra escribe la representación gráfica que usan, en la manera peculiar que habitualmente lo hacen en la totalidad de los actos de su vida públicos o privados, salvo haber sido obtenida por sorpresa, engaño, error, violencia o dolo, como prevé el Art. 143 del C.P. C.; en cuyo caso, no merece crédito la confesión.

97. Valor probatorio de la confesión

Nuestra legislación contempla la confesión judicial (Arts. 1757 C.C. y 130 C.P. C.) y la confesión como diligencia preparatoria o extrajudicial (Arts. 68, N° 1, y Art. 130 C.P. C.). El valor probatorio de esas dos confesiones se encuentra reglado de distinta manera, a la judicial se le reconoce el carácter de prueba o "produce plena fe", mientras que la diligencia preparatoria está sujeta a la libre valoración o sana crítica del Juez.

¹⁶³ Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta, 1994. Tomo IV F - I.
23ª Edición.

El Art. 1757 del Código Civil dispone que la confesión "**hecha en juicio**" y relativa a un hecho personal de la misma parte produce plena fe contra ella, sin necesidad de que haya un principio de prueba por escrito; y, la confesión que se realiza como acto preparatorio, que según el Art. 68 del C.P.C. en concordancia con el Art. 130 del mismo Código, precede al juicio, es indudable que se trata de un acto fuera del proceso, y en los términos del Código Civil no produce prueba, la misma que, además, debe rendirse ante un juez competente, pero de competencia no cabe tratarse sino dentro de un proceso determinado, y el acto preparatorio precede al proceso.

Como conclusión, podemos decir que la confesión en calidad de diligencia preparatoria estaría cuando más, al haber sido presentada dentro del término de prueba y previa notificación a la parte contraria, incluida en el Art. 128 del C.P.C., es decir, como un acto cuyo valor queda sujeto a la sana crítica del juez, sin considerar la exigencia prevista en el Art. 1757 del Código Civil. Sobre estos particulares nos remitimos al estudio que sobre la materia hicimos en el 89, tesis 2 y 4 y 93 puntos 1 y 2.

En el derecho contemporáneo prima la tendencia a someter a ambas confesiones a la libre valoración del juez, sin que por ello se desconozca la menor fuerza probatoria de la ocurrida como diligencia preparatoria o extrajudicial.

Para la valoración o apreciación de los medios de prueba en general, y de la confesión en particular, nuestra legislación contempla varios sistemas de apreciación, estos son: a). El sistema de la prueba legal o prueba tasada; b) El sistema de la sana crítica; c). El sistema de la íntima o libre convicción; y, d). El sistema de equidad.

98. a) El sistema de la prueba legal o prueba tasada

El sistema de la **prueba legal o prueba tasada** es el que valora la prueba según lo haya previsto la ley; este sistema fue reformado mediante decreto N° 3070, publicado en el Registro Oficial N° 735, de 20 de diciembre de 1978, antes de cuyas reformas existía la clasificación de la prueba en plena y semiplena, como sucedía con la confesión tácita, según el Art. 133 del anterior Código de Procedimiento Civil; por esa razón, en la actual

codificación ya no aparece esa clasificación, como se observa en el Art. 135 del invocado cuerpo legal.

Sin embargo, para que la confesión surta el valor de prueba debe reunir las calidades enunciadas en los Arts. 127 del C.P.C., 1757 y 1745 del Código Civil, es decir:

1°. Que sea rendida ante juez competente;

2°. Que responda de manera explícita, esto es, que no haya dudas acerca de la declaración misma y de su contenido; en otras palabras, las contestaciones deben ser puras y llanas del hecho preguntado;

Carlos Lessona¹⁶⁴, al respecto dice:

"no son confesiones las admisiones vagas y genéricas, las admisiones condicionales, porque no existe entonces intención de confesar"

3°. Que se trate de hechos personales del confesante;

4°. Que se rinda dentro de juicio, en el día y hora señalados para el efecto;

5°. Que la ley no exija otro medio de prueba para el hecho que con ella se pretende demostrar.

La prueba plena recae contra el confesante; la confesión no hace prueba en contra de terceros (Art. 144 C.P.C.).

Hernando Devis Echandía¹⁶⁵ sobre este sistema opina:

"Es indispensable abolir radicalmente el viejo sistema de la tarifa legal para el proceso civil, que si bien prestó valiosos

¹⁶⁴ Carlos Lessona. Obra citada. pág. 603

¹⁶⁵ Hernando Devis Echandía. Obra citada. pág. 289.

servicios en un momento histórico, desde hace un siglo está convertido en un fósil jurídico, que sólo perjuicios puede ofrecer a la imponderable función de administrar justicia. Para obtener los fines de interés público que ya nadie desconoce al proceso, a la acción y a la jurisdicción civiles, lo mismo que para impedir que el primero sea una aventura incierta cuyo resultado dependa de la habilidad de los litigantes y la impotencia del juez para buscar la verdad, es indispensable, además de darle a éste facultades inquisitivas para producir las pruebas que considere útiles a la formación de su convencimiento, el dejarlo en libertad para apreciar las que lleguen al proceso por cualquier conducto, conforme a los principios de la sana crítica, la lógica, la sicología jurídica, es decir, con un criterio científico y sobre la ineludible presunción de su honestidad."

Sin embargo, aún existen preceptos que establecen este sistema, mediante el cual el juez debe valorar en la forma que dispone la ley. En el caso previsto en el Art. 62 del Código Civil, reformado por el Art. 3 de la Ley N° 43 (R. O. S. 256, de 18 de agosto de 1989):

"De la fecha del nacimiento se colige la época de la concepción, según la regla siguiente:

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento."

99. b) El sistema de la sana crítica

La sana crítica son las reglas del correcto entendimiento humano, esto es, con arreglo a la lógica y la experiencia, o a la sana razón y a un entendimiento experimental de las cosas. Este conjunto de elementos permite al juez valorar con buen margen de seguridad y sin mayor abstracción de orden intelectual los medios de prueba, particularmente la confesión de parte y prueba testimonial.

En la confesión de parte tenemos los siguientes casos que están sujetos a este sistema de valoración:

- a) El Art. 128 del C.P.C., así preceptúa. Si la confesión no tuviera alguna de las calidades enunciadas en el Art. 127 del C.P.C., esto es, cuando no se haya rendido ante juez competente, que las contestaciones no sean explícitas, o que no sean puras ni llanas sobre los hechos preguntados; en este caso, la confesión será apreciada por el juez en el grado de veracidad que éste le conceda, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.
- b) Si hubiese sido declarado confeso o se tratase de confesión ficta o tácita, queda al libre criterio del juez, lo mismo que a los jueces de segunda instancia, dar a esa confesión el valor de prueba, según las circunstancias que hayan rodeado al acto (Art. 135 C.P.C.), como lo explicamos en el 94 punto 6.

La Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia expedida el 29 de mayo de 1991¹⁶⁶, señala:

"CUARTO....y lo expresado en las posiciones contenidas en el pliego presentado para la confesión judicial del demandado A. W. F, especialmente las denominadas c), d), e), g), j) y k), que, por habérselo declarado confeso, se les da el valor de prueba, atento a lo normado en el Art. 135 del Código de Procedimiento Civil."

- c) Por regla general, la confesión es indivisible, pero la confesión admite prueba en contrario en lo que le favorece al confesante.

El Art. 146 del C.P.C. autoriza al juez para obtener argumentos de prueba, de la conducta general que las partes hayan observado en el proceso; valoración que debe ser razonada, lógica y jurídica, en base a la regla de la carga de la prueba; además, le permite al juez una apreciación global de la declaración, relacionándola con las demás pruebas y con el comportamiento general de las partes en el proceso, como señalamos en el 95.

¹⁶⁶ Gaceta Judicial Serie XV -Nº 11, pág. 3241.

Está claro que la carga de la prueba recae en el peticionario (Art. 117 C.P.C.). Ejemplo: es verdad que me prestó para viajar a Guayaquil, pero no el Toyota Land Cruiser sino un Jeep Vitara. Es una confesión calificada, en la que no se ha dado contestación pura y llana.

Si se establece de la manera indicada en el Art. 149 C.P.C., que sea el resultado de un error de hecho, el error en que ha incurrido el confesante o el deseo de engañar, rompe la indivisibilidad; es decir, cuando se confiesa sobre un hecho que nunca existió, o se asigna una naturaleza o especie distinta a la que realmente corresponde, o se acepta una cantidad diversa a la verdadera que modifica su precio o valor, o se otorga una cualidad de la que recae o se niega otra que sí le pertenece.

Hernando Devis Echandía¹⁶⁷ enseña:

"Naturalmente, el error secundario o accesorio irrelevante no puede causar el retracto de la confesión, por ausencia de interés jurídico. Ejemplos: cuando recae sobre la denominación del hecho sin que impida determinar su identidad o naturaleza; cuando versa sobre los motivos que tuvieron para ejecutarlo, si no son de aquellos que por norma expresa se tuvieron en cuenta como determinantes del acto o contrato."

En cambio, la confesión por error esencial de hecho, una vez probado, debe perder sus efectos probatorios, porque en el fondo no hay confesión, como lo reconocían los juristas romanos: non fatetur qui errat."

Nuestro Código Civil en los Arts. 1496 y 1497 señala algunos ejemplos de error esencial.

d).. La confesión del menor adulto será apreciada libremente por el juez, atento a lo que dispone el Art. 142 del C.P.C.; entendiéndose por menor adulto al varón que ha cumplido catorce años y no los dieciocho; y, a la mujer que ha cumplido doce años y no llega a los dieciocho (Art. 21 C.C.).

¹⁶⁷ Hernando Devis Echandía. Obra citada. pág. 718.

100. c) El sistema de la íntima o libre convicción

Por este sistema el juez no está sujeto a reglas impuestas por la ley para la valoración de la prueba, pudiendo dar a los distintos medios de prueba el valor que estime justo con amplio criterio y libertad para fallar.

Carlos Lessona¹⁶⁸, enseña:

"El sistema de la libre apreciación exige jueces mejor preparados, pero la obligación de motivar la sentencia y explicar los motivos que llevan a la formación del convencimiento sobre la base de ciertas pruebas, unida a la exigencia de estudios universitarios de derecho para el desempeño del cargo y a la revisión por tribunales superiores, son garantías suficientes para una correcta justicia".

Luis Álvarez Juliá¹⁶⁹, indica que:

"El sistema de las libres convicciones es diametralmente opuesto al de la prueba legal; quien resuelve la controversia no está sujeto obligatoriamente a ninguna regla indicada directa o indirectamente por la ley; en consecuencia, no tiene el deber de fundar por cual razón concede o no eficacia a una prueba. Los sistemas de la sana crítica y de las libres convicciones se oponen al de la prueba legal en cuanto ambos conceden al juez la facultad de determinar la eficacia de la prueba. En el de la sana crítica, la libertad del juez es relativa; en el de las libres convicciones, es absoluta. La prueba de que en el sistema de la sana crítica no está quebrado totalmente el vínculo con los esquemas trazados por la ley como garantía de igualdad, lo da el hecho de que donde él rige es propio del juez valorar la prueba, salvo el supuesto de exceso en el ejercicio de esa facultad, si existiere exceso la sentencia es arbitraria."

¹⁶⁸ Carlos Lessona, Teoría General de la prueba en Derecho Civil. Madrid. Editorial REUS. Tomo I. N° 331. pág. 356.

¹⁶⁹ Luis Álvarez Juliá. Manual de Derecho Procesal. Segunda Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires - Argentina. 1990. págs. 228 y 229.

101. d) El sistema de equidad

El Diccionario de la Real Academia Española inserta algunas acepciones, la más apropiada dice: "propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley."

En la técnica de nuestros tiempos, la equidad se la considera como la legítima corrección del derecho, aquilata el valor de la justicia, la afianza, le da vida.

Nuestro Código de Procedimiento Civil la contempla en el Art. 1062, cuyo texto dice:

"Los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, en las sentencias y autos con fuerza de sentencia, tendrán la facultad de aplicar el criterio judicial de equidad, en todos aquellos casos en que consideren necesaria dicha aplicación, para que no queden sacrificados los intereses de la justicia por sólo la falta de formalidades legales."

Ese precepto -tal como está redactado- permite únicamente a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia o Corte Suprema aplicar el criterio de equidad, cuando existía la tercera instancia o última instancia, puesto que hoy actúa como Corte de Casación, a través de Salas Especializadas (Art. 200 Constitución Política); en esa virtud, le correspondería aplicarlo a las cortes superiores, que actualmente resuelven en última instancia, al encontrarse derogada la tercera instancia (Art. 21 Ley de Casación); para lo cual debe reformarse el mencionado Art. 1062, dándoles esa facultad a las Cortes Superiores; en definitiva, el sistema de equidad le restringe ese privilegio con respecto a la aplicación "a todos aquellos casos en que considere necesaria....", esto significa, que queda a criterio del juez observar la conveniencia o inconveniencia de aplicarlo.

La Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia expedida el 23 de enero de 1976¹⁷⁰, establece:

¹⁷⁰ Gaceta Judicial Serie XII - N° 11, págs. 2.339-2.342

5) Ahora bien, la prueba instrumental que justifica tal convenio consta de autos agregada al cuaderno de primera instancia y si bien ha sido presentada una vez concluido el término de prueba, se la acepta en virtud del criterio judicial de equidad consagrado en el Art. 1130 (hoy, 1062) del Código de Procedimiento Civil, a fin de que no queden sacrificados los intereses de la justicia por sólo la falta de dicha formalidad legal, tomando además en cuenta que el actor solicitó y fue ordenada oportunamente dicha prueba."

La precitada Sala de la Corte Suprema de Justicia, en auto expedido el 28 de octubre de 1981¹⁷¹, señala:

"PRIMERO. El Código de Procedimiento Civil en su Art. 1130 (hoy, 1062), faculta a la Corte Suprema de Justicia aplicar el criterio judicial de equidad para que no queden sacrificados los intereses de la justicia por la sola falta de formalidades legales, en todos los casos en los que considere necesaria dicha aplicación. Esta norma que se remite a la facultad discrecional de los Ministros de la Corte Suprema, concediéndoles el privilegio legal para diferenciar entre las omisiones que no vulneran los principios fundamentales de la validez procesal ni los relativos a la correcta administración de justicia cuya diferencia o ausencia determinan la inexistencia del juicio civil definido en el Art. 63 (hoy, 61) del citado Cuerpo de Leyes, la atribución para aplicar el criterio judicial de equidad al igual que el de la valoración de la prueba en el juicio colusorio queda a la convicción de los jueces del Máximo Tribunal de Justicia e impone severa restricción y profundo discernimiento para ejercitarlas con la mayor prudencia y acierto."

La Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia expedida el 29 de agosto de 1983, también aplica el criterio de equidad:

¹⁷¹ Gaceta Judicial Serie XIII - N° 14, págs. 3.341-3.345

"SEXTA: Aceptado el vínculo jurídico entre las partes, era obligación del demandado justificar que había satisfecho las prestaciones reclamadas. Empero, en el caso se observa que una posición inexplicable, durante las dos primeras instancias no lo hace legalmente y que apenas en la tercera presenta los originales, según su afirmación, de ciertos comprobantes en los que constan pagos efectuados y que definitivamente al rigor legal no podrían ni deberían ser tomados en cuenta porque no hay más prueba válida que la llevada a cabo dentro de la estación correspondiente, es decir, que haya sido pedida, practicada en el tiempo y con las condiciones previstas; y si de otro lado no se ha corrido traslado a que puedan ser impugnadas, por cuanto la actora reiteradamente y en la instancia insiste que se "ha conformado con el fallo dictado por la Tercera Sala de la Corte Superior, por cuanto, en lo medular indudablemente refiriéndose a los efectos reconocidos del despido intempestivo se acepta mi acción propuesta"; y de otro lado hay muchos documentos que llevan el sello de la Inspección de Trabajo, que les da características de seriedad y autenticidad, como los referentes a pago de décimo tercero, décimo cuarto sueldos, la Sala por un principio de equidad, estima indispensable que se consideren tales comprobantes en la liquidación pericial que debe hacerse, reconociendo desde luego, como base el derecho que ha devenido a favor de la actora, sobre vacaciones, compensación salarial y lo correspondiente a décimo tercero, décimo cuarto y décimo quinto sueldos, en lo que hubiere lugar..."

Ese privilegio que la Ley concede a los magistrados que resuelven en última instancia, antes la Corte Suprema de Justicia, actualmente las Cortes superiores, para hacer uso del criterio de equidad advirtiendo que debe reformarse el Art. 1062 del C.P.C., para que apliquen las Cortes superiores, no puede ser el enfoque jurídico personal por momentáneas conveniencias, parcialidad o favoritismo, fundado en aisladas interpretaciones y en argumentaciones sofisticadas, sino que le impone una severa restricción y previsión para encontrar la verdad, para darle vida a la justicia.

CAPITULO VIII

2º. Exhibición de cosas

102. Introducción

Esta materia forma parte fundamental de nuestro Derecho Procesal Civil. Se alude a ella en el ordinal 2º del Art. 68, como acto preparatorio, o, en el Art. 836, "....para fundar una demanda o para contestarla....", es decir, esta diligencia puede ser útil bien sea para sustentar los hechos constitutivos, convalidatorios o extintivos de la relación procesal o, en su caso, de las afirmaciones o negaciones de las partes; pueden encontrarse en poder de ellas, de terceros o de instituciones públicas o privadas.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han analizado este instituto procesal con detenimiento, determinando las distintas modalidades que existen, con la finalidad de que los litigantes no incurran dentro del proceso en omisiones que, en definitiva, se traducirían en graves perjuicios a las pretensiones que impetran en las contiendas judiciales.

103. Concepto

Para Cabanellas¹⁷² exhibir quiere decir:

"Probanza en que el documento que se ha solicitado examinar o la cosa que se pretende ver, para identificación o verificar su contenido, es objeto de reconocimiento personal directo en diligencia de la que se levanta acta; pero sin que se agregue a los autos lo exhibido, que retira con ella la parte que comparezca o el tercero citado al efecto. Las partes son testigos más bien; y de lo actuado da fe el secretario judicial."

¹⁷²

Guillermo Cabanellas. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III. 23ª Edición. Editorial Heliasta. pág. 629.

Peñaherrera¹⁷³ concordando con ese criterio, dice:

"Exhibir es presentar, poner de manifiesto una cosa, no es entregarla al juez ni ponerla a disposición de éste. Por consiguiente, el que hace una exhibición, en virtud de una orden judicial, continúa en la condición de poseedor de la cosa, y tiene derecho de guardarla en su poder, en seguida de terminada la diligencia."

Sin embargo, debemos tomar en cuenta el caso contemplado en el Art. 965 del Código Civil, que prevé:

"Si reivindicándose una cosa corporal mueble, hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor, podrá el actor pedir el secuestro; y el poseedor estará obligado a consentir en él, o a dar seguridad suficiente de restitución, para el caso de ser condenado a restituir."

En este caso, se debe solicitar la exhibición, antes del secuestro, a fin de constatar su estado y circunstancias en que se encuentra la cosa corporal mueble materia de la discusión.

104. Naturaleza jurídica de la exhibición

En esta diligencia predomina la presentación de la cosa, ya sea espontáneamente o a requerimiento de otra parte, y la actividad perceptora del juez, mediante la cual conoce directamente el hecho que se quiere probar con ella; esa prueba consiste en la verificación por el juez, mediante sus sentidos, identificar y calificar el hecho percibido, le permite verificar su existencia, estado y circunstancias, en definitiva, es un medio de prueba, por cuanto existe certeza de la cosa exhibida, al haber sido observada por el juez, existe una verdadera evidencia física.

105. Objeto de la exhibición

El Art. 836 del C.P.C. dice: "Si se solicita la exhibición de cosas muebles,...para fundar una demanda o para contestarla...", en consecuencia, esta diligencia tiene como finalidad la verificación o examen de cosas materiales o muebles de toda clase, además, para impedir que los mismos puedan mudarse, transportarse de un lugar a otro, ocultarse, perderse o destruirse.

Juan Isaac Lovato¹⁷⁴, enseña:

"Esta acción se limita a las cosas muebles, pues respecto a los inmuebles, como no pueden ocultarse, no es necesaria."

La exhibición de cosas tiene uso práctico en las acciones de dominio y posesorias, especialmente para quien pretenda reivindicar o en los varios tipos de prendas y en la venta con reserva de dominio para pedir el remate de una cosa mueble contra quien tenga en su poder esa cosa.

El Art. 574 del Código Penal regula sobre las prendas agrícola, industrial y la especial de comercio, contempla la exhibición por parte de los deudores prendarios, quienes asumen esa obligación en el contrato; entre los efectos principales figuran no sólo los de carácter comercial, el remate de los objetos prendados que está sujeto al trámite previsto en los Arts. 836 y siguientes del C.P.C., sino también los de carácter penal, ante el incumplimiento de la exhibición dentro del término que le señalare el juez civil, da lugar para que dicho juez ordene la iniciación del juicio penal, como así lo expresa el inciso final del precepto invocado:

"Estos juicios se iniciarán por orden del juez en lo civil, quien remitirá todo lo actuado al Juez del Crimen (hoy, Penal) para la correspondiente sustanciación del proceso penal. Si hasta rendir la indagatoria (hoy, testimonio indagatorio) se pusiere a disposición del juez la prenda, quedará terminado el juicio penal y se la devolverá al Juez Civil con los antecedentes que envió, para la continuación del remate."

¹⁷⁴ Juan Isaac Lovato. Obra citada. Cuarto Tomo pág. 194.

El Decreto Supremo 548-CH, publicado en el Registro Oficial N° 68, de 30 de septiembre de 1963, introdujo en el Código de Comercio las normas reguladoras de las cosas muebles vendidas con reserva de dominio; y, al tratarse de la exhibición, en el segundo inciso del artículo octavo de los innumerados señala que:

"En caso de que el comprador violare las presentes disposiciones quedará sujeto a la pena de dos meses a tres años de prisión, que se la aplicará mediante enjuiciamiento penal en la forma prevista en el inciso tercero del artículo que se agrega después del 549 del Código Penal..."

Advertimos que el Art. 549 actualmente es el Art. 574 del Código Penal, relacionado con las prendas; es decir, ante el incumplimiento de la exhibición dentro del término que le señalare el juez civil, éste debe ordenar la iniciación del juicio penal, allí radica la cuestión prejudicial, como se dejó expuesto en los s 76 y 77.

106. Trámite de la exhibición de cosas

El ordinal 2° del Art. 68 del C.P.C. se refiere a la exhibición de cosas como acto preparatorio, y el Art. 836, dice "para fundar una demanda o para contestarla"; empero, también puede solicitarse la exhibición dentro de juicio "...durante el término probatorio concedido en la causa principal...", como preceptúa el Art. 841 del mismo Código.

1° Si se pide como acto o diligencia preparatoria debemos tomar en cuenta lo que prevé el Art. 1066 del C.P.C., que manda expresamente que los actos preparatorios o solicitud inicial debe reunir los requisitos legales para calificarla de clara y precisa; al respecto, nos remitimos a lo comentado en el 86, relacionado con la forma de presentación de los actos preparatorios.

Resaltamos que, en la práctica, este acto preparatorio por lo general se convierte en contencioso, siendo aconsejable cumplir los requisitos puntualizados en el Art. 71 del C.P.C., que guardan relación con la demanda, ya que intervienen dos personas, el que solicita la exhibición y la que tiene en su poder la cosa, por lo que debemos determinar sus nombres y apellidos, el lugar donde debe ser citado; lo que se pide, debe especificarse con claridad y

distinción, tanto para instrucción del juez como de la persona que debe exhibir, y no solamente para el juez que conoce de la diligencia preparatoria sino que el juez que debe conocer el juicio propiamente dicho también debe entender, por lo que debemos expresar su naturaleza y las demás señales que le caractericen, por ejemplo: al tratarse de un vehículo, se deberá indicar la marca, año de fabricación, clase (automóvil, jeep, camioneta, bus), modelo, color, número de motor y chasis, placa actual, etc.; la importancia de este requisito radica en que es la base y norma de la decisión del juez, el cual tiene que sujetarse a lo pedido por el interesado.

Si es dentro de juicio la petición se limita en determinar o singularizar la cosa, en la forma antes indicada, puesto que si se deduce contra otra persona resultaría de imposible cumplimiento.

La Corte Suprema de Justicia¹⁷⁵, establece:

"Esta acción por su misma naturaleza, no puede ser intentada sino contra el tenedor de las cosas o documentos que vayan a exhibirse. A deducirse contra otra persona, sobre dictarse disposiciones judiciales hasta de imposible cumplimiento, se tendría que ejecutarlas, tal vez en la mayor parte de los casos, mediante apremios ordenados respecto de personas que no estén ni pueden estar en capacidad de hacer la exhibición. La obligación de exhibir, del todo distinta de la de entregar es obligación estrictamente personal, y, como tal, intransmisible a los herederos de quien hubiese sido tenedor de las cosas o documento acerca de los cuales verse la demanda."

2° El juez en su primera providencia dispondrá que la persona indicada realice la exhibición dentro de tres días, como prevé el Art. 836 del C.P.C., a menos que se trate de prenda especial de comercio, en cuyo caso, el término es de cuarenta y ocho horas para exhibir, como dispone el Art. IV del Decreto Supremo 548-E, publicado en el Registro Oficial N° 99, de 8 de noviembre de 1963, agregado a continuación del Art. 575 del Código de Comercio.

3° Si se pide como acto preparatorio el primer señalamiento de día y hora se hará saber en la misma forma de citación de la demanda; y, si es dentro de juicio y el que debe exhibir la cosa es la parte contraria se le hará saber mediante la notificación.

4° Si la persona que se presume tenedor de la cosa confiesa que se encuentra en su poder y realiza la exhibición de la cosa (Art. 837 C.P.C.), el juez, si lo considerare conveniente designará un perito (Art. 247 C.P.C.), en la persona que él escoja (Art. 256 C.P.C.), y el interesado, observarán la cosa y dejarán constancia en acta de su estado y circunstancias, acta que será firmada por el Secretario, con lo que concluye la diligencia.

5° La diligencia de exhibición puede ocurrir en el despacho del juez o en el lugar en que se encuentre.

6° Puede suceder que la persona indicada para que exhiba, dentro del término concedido para el efecto, se oponga a la exhibición, basándose en asuntos de puro derecho o en hechos que no necesitan justificación, en este supuesto, el juez mandará a oír a la otra parte, concediéndole un término prudencial y vencido el cual dictará la respectiva resolución (Art. 840 C.P.C.).

7° Si la persona a quien se mandó a exhibir se opone dentro del término concedido para ello (tres días o cuarenta y ocho horas, en caso de las prendas), alegando motivos razonables para no hacerlo, como por ejemplo: que no es poseedor de la cosa, o que la tiene en su poder pero no le pertenece, etc., en cuyo caso, el juez apreciará los motivos de la oposición y recibirá la causa a prueba por el término de seis días (Art. 839 C.P.C.).

8° Si la exhibición se pide dentro de un juicio determinado, durante el término probatorio concedido en la causa principal, no se suspenderá ese término, debiendo sustanciarse la exhibición como incidente en la forma antes especificada (Art. 841 C.P.C.).

9° Vencido el término de prueba el juez dictará la resolución correspondiente, mediante auto, el cual es susceptible del recurso de apelación o de hecho, toda vez que las normas que regulan el procedimiento de la exhibición (Arts. 836 al 842 C.P.C.) no deniegan expresamente esos recursos, siendo aplicable lo que dispone el Art. 325 del C.P.C.

10° Si el juez ordena la exhibición puede presentarse las siguientes alternativas:

10°.1. Que se exhiba la cosa, en este supuesto, se deja constancia de este particular en la respectiva acta, cumpliendo lo expresado en el punto 4° que antecede.

10°.2. Que no se exhiba dentro del término señalado por el juez, en este caso, se le impondrá una multa de mil a cuatro mil sucres (o U.S.A. \$ 0,04 a 0,16) por cada día de retardo, según la cuantía del asunto. Esta multa no podrá exceder del valor equivalente a noventa días, como prevé el Art. 842 del C.P.C.

Supongamos que el juez le imponga el máximo de la multa, esto es, cuatro mil sucres (U.S.A. \$ 0,16) diarios, sin que pueda exceder del valor equivalente a noventa días, ascendería al valor tope de trescientos sesenta mil sucres (U.S.A. \$ 14.4). De lo que se infiere que nuestra ley es benigna, puesto que en los momentos actuales toda cosa supera el valor de un millón de sucres (U. S. A. \$ 40), en consecuencia, el obligado a exhibir optaría por pagar la multa antes determinada.

10°.3. Que el deudor de una prenda (especial de comercio o de prenda agrícola o industrial) o de un bien mueble con reserva de dominio no exhibiera dentro del término señalado por la ley (48 horas o tres días), el juez de lo civil ordenará el enjuiciamiento penal, para lo cual remitirá todo lo actuado a la Oficina de Sorteos a fin de que se radique la competencia del Juez Penal que deberá sustanciar el proceso penal, como prevé el inciso final del Art. 574 del Código Penal. (referencia: s 76 y 77).

CAPITULO IX

3º Exhibición de documentos

107. Generalidades.

A menudo, a cada paso de la vida jurídica, existe la tendencia generalizada a identificar los conceptos de "documento" e "instrumento" como si fueran términos sinónimos; esto es consecuencia de que nuestro Código de Procedimiento Civil los usa indistintamente, como puede observarse en el ordinal 3º del Art. 68, que habla de "documentos"; los párrafos 2º y 3º, Sección 7ª, Título I del Libro Segundo, se refieren a "los instrumentos" tanto públicos como privados (Arts. 168 y 195, en su orden); el ordinal 6º del Art. 197, ordinal 2º del Art. 198 y Art. 199, por no citar más, emplean la palabra "documento", cuando el distingo conceptual ha sido bien señalado por la doctrina.

108. Concepto

Hernando Devis Echandía¹⁷⁶, enseña:

"En sentido estricto, es documento toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera. Puede ser declarativo representativo, cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como es el caso de los escritos públicos o privados; pero puede ser únicamente representativo (no declarativo), cuando no contenga ninguna declaración, como ocurre en los planos, cuadros o fotografías. Por lo tanto, el documento no es siempre un escrito. Su carácter representativo

¹⁷⁶ Hernando Devis Echandía. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II. 4ª Edición. 1993. Biblioteca Jurídica DIKE. pag. 486.

aparece en su etimología, porque la voz documento deriva de *docere* (enseñar, hacer conocer) y lo distingue siempre de las cosas u objetos que sin ser documentos pueden servir de prueba indiciaria, como una huella, un arma, una herida, etc.; el carácter declarativo es también una diferencia que puede existir con esa otra clase de cosas, cuando se trate de esta clase de documentos, pues éstos contienen una declaración de ciencia de significado testimonial o confesorio."

Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva, con la opinión del procesalista alemán Kisch,¹⁷⁷ dicen:

"documentos" son todas las cosas donde se expresa, por medio de signos, una manifestación del pensamiento. Es indiferente el material sobre el que los signos están escritos. También lo es la clase de escritura (pueden ser letras, números, signos taquigráficos, grabados en madera, etc.). No son, en cambio, documentos los medios que, aún empleándose para expresar un pensamiento, no llevan signo de escritura alguno, como por ejemplo, los hitos de las lindes".

Guillermo Cabanellas,¹⁷⁸ al referirse al "instrumento", dice:

"...es aquel elemento que atestigua algún hecho o acto. En sentido riguroso, sólo se entiende por instrumento aquel papel escrito en el cual consta un determinado hecho o acto que debe surtir efectos jurídicos."

¹⁷⁷ Elementos de Derecho Procesal Civil, traducción castellana, Madrid-España. 1.940. pág. 230. Cita de Arturo Alessandri R., y Manuel Somarriva U, Parte General y los Sujetos de Derecho, Segunda Parte. Cuarta Edición. Editorial Nascimento, Santiago - Chile. 1971, pág. 26.

¹⁷⁸ Guillermo Cabanellas. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV, 23ª Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires-Argentina. 1.994. palabra instrumento. pág. 448.

Argentino I. Neri¹⁷⁹ opina:

"En orden general, instrumento es el escrito con que se justifica o se prueba un hecho o un derecho. En sentido jurídico es todo lo que sirve para instruir una causa, o lo que conduce a la averiguación de la verdad. Según la acepción académica, instrumento proviene de instrumentum, que significa escritura, papel o documento con que se justifica o prueba una cosa. Además, este autor agrega que, "instrumento" dimana de las voces latinas instruens y menten, porque instruye al entendimiento; por eso se llama instrumento a cierta escritura que prueba cualquier negocio realizado."

Escriche¹⁸⁰ sostiene que:

"...la voz "instrumento" se deriva del verbo latino instruere, que significa instruir; de ahí que "instrumento" se aplique a todo escrito que instruye o informa sobre lo que ha pasado. Empero, en sentido propio y riguroso no se entiende por instrumento sino el escrito en que se perpetúa la memoria de un hecho, el papel o documento con que se justifica o prueba alguna cosa, la descripción, la memoria o nota de lo que uno ha dispuesto o ejecutado o de lo que ha sido convenido entre dos o más personas".

Argentino I. Neri,¹⁸¹ afirma que:

"...la palabra "documento" puede ser definida como toda forma permanente bajo la cual se supone expresada o manifestada una declaración personal, y tal concepto no sólo abarca la escritura, sino también aquellas formas del testimonio personal que tienen por objeto perpetuar un hecho, tales como: monumentos, las tumbas, los mojones, etc.."

¹⁷⁹ Argentino I. Neri. Obra citada, INSTRUMENTOS, págs. 4 y 5.

¹⁸⁰ ESCRICHE, "Diccionario Razonado de Jurisprudencia y Legislación", pág 885, palabra "Instrumento".

¹⁸¹ ARGENTINO I. NERI, Obra citada, pág. 5

El doctor Wladimiro Villalba Vega¹⁸² refiriéndose al "documento e instrumento" manifiesta que:

"La necesidad de que las relaciones jurídicas, los actos que generan derechos y, en general, los hechos de trascendencia, perduren en el tiempo y puedan, en cualquier momento, recrearse o desarrollarse, ha sido la causa para que se las preserve por medio de signos externos, o en soportes materiales fácilmente reconocibles.

El documento, según su etimología, enseña o conduce a un hecho realizado.

En un sentido amplio, el documento es toda forma permanente bajo la que se suponga expresada o manifiesta la voluntad personal. El documento no siempre nace ni es creado con la intención de preservar un hecho o un acto jurídico. Una fotografía, una grabación para televisión, una pieza literaria, una estatua, son documentos que pueden algún momento, servir al Derecho.

Dentro de este género amplio de documento, el más importante es el instrumento que, así mismo, por su etimología, construye o crea algo.

El instrumento es creado con el propósito de preservar un acto jurídico o una situación jurídica".

Grille González,¹⁸³ opina:

"... la palabra "documento" puede ser definida como toda forma permanente bajo la cual se supone expresada o manifiesta una

¹⁸² WLADIMIRO VILLALBA VEGA, "Fundamentos de Práctica Forense, sin editorial. Quito, 1987, pág. 136.

¹⁸³ Grille González, Revista Internacional del Notariado, El documento Notarial, año 1959, N°s 42 y 43, pág 219.

declaración personal, y tal concepto no sólo abarca la escritura, sino también "aquellas formas del testimonio personal que tienen por objeto perpetrar un hecho, tales como los monumentos, las tumbas, los mojones; sin embargo, este mismo autor seguidamente anota que el documento escrito es la manera de "dejar constancia en forma permanente y perfecta de las manifestaciones del pensamiento humano".

Luis Alvarez Juliá,¹⁸⁴ manifiesta que:

"...documento en sentido genérico o amplio es, como lo definiera Chiovenda, toda representación material destinada e idónea para reproducir una determinada manifestación del pensamiento; son tales, actas notariales, contratos, la fotografía, las películas cinematográficas, los discos, cassettes, etcétera".

Benavente Dario,¹⁸⁵ define al instrumento:

"...como todo escrito que da testimonio de un hecho. No es preciso que el instrumento aparezca firmado por la o las partes o que sea manuscrito. El instrumento es, simplemente, como ya lo expresamos, todo escrito que da testimonio de un hecho. En consecuencia, pueden ser instrumentos una carta escrita a máquina, un impreso, un papel firmado por una sola de las partes, un instrumento sin fecha o lugar de expedición, etcétera".

Nuestro comentario: conceptualmente, los vocablos "documento" e "instrumento" difieren uno de otro, pese a que en el lenguaje utilizado por nuestro legislador se los usa indistintamente. El distingo conceptual ha sido bien señalado por la doctrina. En tal sentido documento sería el género y el instrumento, una especie de aquél. Por ende, en su amplia acepción debe entenderse por documento todo objeto susceptible de representación material de hechos y cosas, es de la esencia del documento. En cambio, instrumento sería el documento en sentido literal, es decir, en el que la representación se

¹⁸⁴ Luis Alvarez Juliá, "Manual de Derecho Procesal", 2a Edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires - Argentina. 1990. pág.239

¹⁸⁵ Benavente Dario, Derecho Procesal, Editorial Jurídica de Chile, 1984, págs.45 y 46.

hace a través de la escritura; lo dicho, confirmamos con la norma contenida en el Art. 199 del Código de Procedimiento Civil, que preceptúa:

"El reconocimiento de los "documentos" privados debe hacerse expresando que la firma y rúbrica son del que lo reconoce, sin que sea necesario que se declare ser verdadera la obligación o cierto el contenido del documento."

Pese a que ese precepto utiliza el vocablo "documento", sin propiedad, debemos entender que se refiere a un instrumento, puesto que la firma, se la estampa o suscribe en escritos y no en cosas u objetos, para identificarse como autor jurídico de ese escrito o para adherirse a él o para dar fe de su otorgamiento o para autorizarlo o autenticarlo como funcionario público.

La firma del funcionario público es indispensable para que exista el instrumento público, como prevé el N° 5°, Art. 173 C.P.C., pues sin ella no se considera autorizado por él; al tratarse de la escritura pública (N° 11, Art. 29 Ley Notarial), si faltare la firma del Notario, "pero estuviere firmada por las partes, valdrá como instrumento privado", preceptúa el Art. 34 de la Ley Notarial.

Tanto el "documento" como el "instrumento" son el producto de la creación humana, hechos con el fin de representar objetivamente algo o perpetrar un hecho, que puede ser material o literal.

El documento es el género y el instrumento constituye la especie; los documentos materiales representan una cosa u objeto (las marcas, signos, contraseñas, radiografías, planos, mapas, fotografías, cuadros, monumentos, tumbas, dibujos, etc.) que representan a otro hecho u objeto; y, los documentos literales, instruyen o informan el entendimiento que consta por escrito, como son los instrumentos públicos o privados, de los que trataremos en su debida oportunidad.

109. Importancia del instrumento

Dentro del campo del Derecho, los instrumentos tienen gran trascendencia, no sólo por los requisitos a que están sometidos por las leyes,

sino por la finalidad que cumplen dentro del campo judicial o extrajudicial como medio de prueba, por las declaraciones humanas que en ellos se contienen.

El instrumento confiere una representación permanente y segura de los hechos, por lo que constituye un medio de prueba preconstituído, esto es, fijado o determinado antes de que sobrevenga el litigio entre las partes contratantes o interesadas en el instrumento mismo; suministra certeza jurídica, por lo que es conveniente proveerse de un instrumento como prueba de ciertos actos jurídicos, especialmente cuando son unilaterales, como medida de prevención de los litigios y es más fácil justificar en el caso de afrontar un proceso, porque los hechos y manifestaciones de voluntad se perpetúan con fidelidad y es más seguro que la memoria del hombre.

No es necesario señalar la superioridad de la prueba instrumental sobre la testimonial, cuando es clara, completa y hay certeza de su legitimidad.

Al respecto, Argentino I. Neri,¹⁸⁶ dice:

"Por más respeto que inspire una declaración verbal, vox viva del testigo, nunca será superior a la documentación escrita, vox mortua, porque ésta equivale a la reproducción de "una determinada manifestación del pensamiento". El testimonio puede ser influido por agentes extraños al interés en juego, en tanto que el documento, tomado por su valor escrito, y claro está, debidamente suscrito, condensa de antemano -salvo su falsedad o nulidad- los hechos o declaraciones que en él se expresan."

Nuestro ordenamiento legal prevé la prueba instrumental, como se desprende de lo que disponen los Arts. 1752 y 1753 del Código Civil, preceptos que limitan la prueba testimonial para demostrar obligaciones cuyo valor exceda de dos mil sucres (U.S.A. \$ 0,08), exigiendo, en su lugar, la prueba por escrito; de esa manera se demuestra una tendencia cada vez más marcada a admitir medios de prueba seguros.

Los Arts. 1752 y 1753 disponen:

"Art. 1752. No se aceptará prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito."

"Art. 1753. Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos mil sucres."

Los fines principales que conlleva el instrumento son los de perpetuar los hechos y las manifestaciones de voluntad; y, servir de prueba, ya sea dentro de juicio o fuera de él. Este punto de vista implica el valor probatorio del instrumento, pues, la formación del instrumento se realiza con el objeto de que las declaraciones verbales que hacen los interesados sean permanentes, y justificar así que el acto o contrato se ha llevado a cabo, sin lugar a dudas, y que sirve en previsión de las contingencias que podrían sobrevenir por una demanda imprevista, sea justa o mal intencionada.

Pero, en el orden científico, según **BOLLINI**:¹⁸⁷

"...cabe una observación más en punto a contenido, o sea, respecto a la declaración que encierra, puesto que todo documento está fatalmente condicionado a las circunstancias de las declaraciones. De consiguiente, si todo documento se origina en el seno de las declaraciones que contiene, es forzoso reconocer que todo documento entraña la integridad material de la voluntad que lo determina. En mérito a estas apreciaciones corresponde hacer un distingo entre "documento" y "declaración". Así, la declaración es un acto, es la razón que le da vida al documento; en tanto que el documento es una cosa que contiene la expresión de la voluntad de ese acto; el documento es el continente, la declaración es el contenido."

Lo importante para la eficacia de la declaración contenida en un instrumento, es que conste por escrito y que sea auténtico, especialmente el privado, ya que puede ser creado de mala fe o puede no ser veraz; actualmente ni los instrumentos públicos gozan de esa garantía, están expuestos a la adulteración, particular que cada día aumenta considerablemente, es decir, los instrumentos ofrecen peligros sobre su autenticidad y legitimidad.

En definitiva, el instrumento sirve para prevenir y estar en postura favorable en caso de contienda, respecto de las declaraciones en él contenidas. En la compraventa, por ejemplo, el contrato tiene lugar cuando ambas partes expresan el propósito de celebrarlo y convienen sobre la cosa, el precio y las demás modalidades (Art. 1767 Código Civil); sin embargo, cuando la declaración se hace constar en el instrumento, se ejecuta el otorgamiento y la suscripción, el contrato adquiere forma y valor representativo, y, en esa virtud, se convierte en prueba instrumental puramente objetiva; adquiere fijeza jurídica sólo a partir del instante en que se autorizó por funcionario público (Inc. 2º Art. 1767 C.C.).

110. Disponibilidad del instrumento

Qué se entiende por disponibilidad. Guillermo Cabanellas¹⁸⁸ define de la siguiente manera:

"Condición o calidad de lo que cabe emplear o adjudicar con libertad; y, disponible, lo susceptible de libre empleo o atribución."

Hernando Devis Echandía¹⁸⁹ refiriéndose a la disponibilidad del instrumento, dice:

"Es la posibilidad jurídica de aducirlo como prueba en los procesos de cualquier clase, bien sea presentándolo original o

¹⁸⁸ Guillermo Cabanellas. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", Tomo III, 23ª Edición. Editorial Hellsta. 1994, pág. 280.

¹⁸⁹ Hernando Devis Echandía. "Teoría General de la Prueba Judicial". Tomo II. 4ª Edición. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín-Colombia. 1993, pág. 569.

en copia, o verificando su existencia y contenido mediante una diligencia judicial (exhibición e inspección)".

En principio, todo documento está a disposición de las partes y del juez, como medio de prueba, ya porque les asiste el derecho, a las primeras, de comprobar sus pretensiones (Arts. 117 y 118 C.P.C.), y al juez (Art. 122 C.P.C.), sin embargo, es necesario considerar los siguientes supuestos:

1º. Si el instrumento pertenece a la parte que tiene interés de presentarlo como prueba y se encuentra en su poder, su disponibilidad no presenta ninguna dificultad, por que depende exclusivamente de la voluntad del propio interesado.

2º. Si el instrumento se encuentra en poder de un tercero o de la parte contraria, pero le pertenece a la parte que desea presentarlo como prueba, también depende de la voluntad de aquéllos, pero, si se niegan a presentarlo, se hace necesario utilizar el procedimiento judicial de la exhibición, en calidad de diligencia previa (Nº 3 Art. 68 C.P.C.) o dentro de juicio en el término de prueba o en cualquier estado de la causa antes de dictarse sentencia (Art. 841 C.P.C.).

3º. Si la parte interesada en presentarlo como prueba a su favor, lo tiene en su poder, pero no le pertenece, tampoco puede disponerlo, más aun si existe alguna reserva legal o secreto profesional, en cuyo caso, deberá solicitar autorización de la persona a la que le pertenece el instrumento.

4º. Si el instrumento pertenece a terceros y se encuentra en su poder, se debe obtener el consentimiento de ellos o solicitar la exhibición como diligencia previa o dentro de juicio, siempre que no exista secreto profesional o reserva legal, en esos casos, su exhibición es relativa.

5º. Igualmente, es relativa la exhibición cuando el instrumento se encuentra en poder de la parte contraria y a ella le pertenece, porque depende de que no tenga reserva legal o profesional, de existir oposición necesariamente debe justificarse los motivos de la oposición ya sea que se haya pedido como diligencia previa o dentro de juicio, justificando su negativa; el hecho de que el instrumento le cause perjuicio no puede ser motivo para justificar su negativa a exhibirlo, porque como con él se busca

precisamente una prueba contra ella, es lógico que ese instrumento le va a causar un perjuicio.

El problema fundamental radica cuando el instrumento se encuentra en poder de terceros y a ellos les pertenece; por cuanto no genera contra ellos ninguna consecuencia probatoria.

De acuerdo con el Art. 837 del C.P.C. en forma clara se establece que si la persona acepta que tiene el instrumento tiene la obligación de exhibirlo; y en caso de no cumplir se le impondrá una multa de mil a cuatro mil sucres (U.S.A. \$ 0,04 a 0,16) por cada día de retardo, según la cuantía del asunto, sin que su monto total deba exceder del equivalente a noventa días (Art. 842 C.P.C.).

Doctrinariamente se ha podido establecer que en la generalidad de los países se impone una carga procesal de exhibir el instrumento, cumpliendo cierto trámite procesal y garantizado con la imposición de consecuencias adversas a quien no lo cumpla; pero, en nuestro país es fácil eludir el mandato judicial de exhibición, ya que la multa diaria que estipula el Art. 842 del C.P.C. no puede exceder del valor equivalente a noventa días, que multiplicado por el valor máximo de la multa diaria de cuatro mil sucres (U.S.A. \$ 0,16), a lo mucho ascendería dicha multa a la cantidad de trescientos sesenta mil sucres (U.S.A. \$ 14,4), y supongamos que el instrumento contiene una obligación que acredita un millón de sucres (U. S. A. \$ 40), la parte contraria optaría por pagar la multa antes señalada; sobre este aspecto nuestra ley debe ser más rigurosa y en caso de incumplimiento a la orden del juez de exhibir el instrumento se lo debe considerar como una aceptación tácita, ciñéndose para su valoración a las mismas reglas que se establecen para la confesión judicial.

111. Manera de llegar el instrumento al proceso

El instrumento -público o privado- siendo uno más de los medios de prueba que reconoce nuestro ordenamiento legal (Arts. 125 C.P.C. y 1742 C.C.), su presentación está sujeta a las formalidades de tiempo, modo y lugar, y se lo puede llevar al proceso por una cualquiera de las siguientes alternativas:

1º. Presentando directamente la parte interesada. La parte actora debe presentar el instrumento acompañando a su demanda, como preceptúa el numeral 4º del Art. 72 del C.P.C., cuyo texto es el siguiente:

"Art. 72. A la demanda se debe acompañar:

"Los documentos y las pruebas de carácter preparatorio que se pretendiere hacer valer en el juicio y que se encontraren en poder del actor;..."

Para el caso del demandado, al momento de dar contestación a la demanda, como determina el inc. 2º ordinal 3º del Art. 106 del mismo cuerpo legal.

Ambas partes, actor y demandado, también pueden presentar dentro del respectivo término de prueba.

2º. Presentando copias o compulsas ordenadas por el juez de la causa, a petición de parte. Puede ser instrumento público o privado, si se encuentran en los protocolos de un notario, en una dependencia pública o en cualquier otro juzgado, la parte interesada puede solicitar al juez dentro del respectivo término de prueba que remita atento oficio al funcionario o empleado bajo cuya custodia se encuentren, con el objeto de obtener una copia o compulsa de ellos, y para que surtan efecto probatorio debe observarse lo que disponen los Arts. 169, 177, 178 y 179 del C.P.C., esto es, deben ser dadas por el secretario respectivo con orden del superior o juez, con citación o notificación a la parte contraria o contra quien se quiere hacer valer la copia o compulsa, en las que debe insertarse las actuaciones que el juez señalare.

3º. Agregándolos en inspecciones o en exhibiciones. En la diligencia de inspección judicial, según el inc. 2º del Art. 248 del C.P.C., se puede presentar documentos y el juez está en el deber de agregarlos a los autos a continuación del acta relacionada con esta diligencia; el instrumento público o privado tiene valor probatorio si fue solicitado como prueba en el término correspondiente, entonces puede presentarse durante la inspección o si esta diligencia es practicada para examinar ese instrumento, para establecer

su existencia y obtener una copia y agregarla al acta de esa diligencia; salvo que se estuviera discutiendo su autenticidad o adulteración.

El precepto legal antes invocado (inc. 2º del Art. 248 del C.P.C.), al decir: "...y si hubieren sido presentados dentro del término correspondiente, surtirán los respectivos efectos probatorios", nos invita a tener en cuenta lo que disponen los Arts. 121 y 319 del C.P.C., esto es, sobre la prueba debidamente actuada, aquella que se ha pedido, presentado y practicado dentro del respectivo término probatorio.

El problema surge cuando el instrumento se lo presenta como prueba nueva en la inspección, entonces resulta mal agregado y no surtirá efecto probatorio alguno si no guarda relación con el objeto de la inspección.

El Art. 69 del C.P.C. faculta solicitar "como diligencia preparatorio o dentro de término probatorio" la exhibición de libros, títulos, escrituras, vales, cuentas-y, "en general, de documentos de cualquier clase que fueren..."; sin embargo, como analizaremos a continuación, ese mismo precepto señala como excepción que no cabe la exhibición de instrumentos públicos cuando se puede obtener copias, tampoco cabe los libros del comerciante (Art. 55 C. Comercio), en esos casos, el juez debe trasladarse al lugar donde se encuentren para examinarlos y obtener su copia o compulsu.

4º. Por orden oficiosa del juez. El Art. 122 del C.P.C. faculta a los jueces para que ordenen de oficio la práctica de las pruebas que estimen necesarias para el esclarecimiento de la verdad; en consecuencia, puede solicitar una copia o compulsu u ordenar la exhibición de cualquier instrumento.

5º. Después del período de prueba. Son admisibles los instrumentos que hayan sido pedidos con anterioridad, dentro del respectivo término de prueba de la causa principal y no hayan llegado al proceso con la debida oportunidad.

La Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia expedida el 23 de enero de 1976¹⁹⁰ establece:

"5) Ahora bien, la prueba instrumental que justifica tal convenio consta de autos agregada al cuaderno de primera instancia y si bien ha sido presentada una vez concluido el término de prueba, se la acepta en virtud del criterio judicial de equidad consagrado en el Art. 1130 (hoy, 1062) del Código de Procedimiento Civil, a fin de que no queden sacrificados los intereses de la justicia por sólo la falta de dicha formalidad legal, tomando además en cuenta que el actor solicitó y fue ordenada oportunamente dicha prueba."

6°. De los instrumentos otorgados en el extranjero. Los instrumentos públicos o privados otorgados en el extranjero para que hagan fe, necesariamente deben estar legalizados por un agente diplomático o Cónsul del Ecuador acreditado en territorio extranjero; además, los que se encontraren en idioma extranjero deben estar traducidos por uno o más intérpretes, siempre que la firma o firmas estén autenticadas por un notario (N° 3 del Art. 18 de la Ley Notarial), por un Cónsul del Ecuador o reconocidas ante un juez de lo civil; y, si se presentaren fotocopias éstas deben estar debidamente autenticadas, como estatuyen los Arts. 192, 193 y 194 del C.P.C., en concordancia con los Arts. 23, 24 y 25 de la Ley de Modernización del Estado y N° 5 del Art. 18 de la Ley Notarial.

112. De la exhibición del instrumento

Del contexto de los Arts. 68, 69, 836 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se establece un procedimiento especial para pretender la exhibición de un instrumento, que puede ser solicitada en calidad de diligencia preparatoria "para fundar una demanda o para contestarla" o dentro del término de prueba.

La primera parte del citado Art. 69, posibilita la exhibición "de documentos de cualquier clase que fueren"; enuncia algunos instrumentos, como libros, escrituras, vales, cuentas, es decir, de manera general, hace relación a los instrumentos privados, puesto que ese precepto al decir "escrituras" se está refiriendo a las privadas, como señala el Art. 202 del C.P.C., que también pueden ser objeto de reconocimiento antes o después del plazo en cualquier estado del juicio; "...y una vez practicado se lo apreciará como prueba", como ejemplo de escrituras privadas tenemos el caso previsto en el Art. 1751 del Código Civil que son "hechas por los contratantes, para

alterar lo pactado en escritura pública..", que en la práctica sucede en los contratos de compraventa para dejar constancia del precio real de un inmueble; pese a que la Ley Notarial, en el ordinal 7° del Art. 20, prohíbe a los notarios: "Autorizar escrituras en que no se determine la cuantía del acto o contrato, o en que se estipule la alteración de ellas por cartas o documentos privados.", porque el Notario "es responsable por la exactitud en la determinación legal del valor de los impuestos a pagar", como dispone el inc. 4°, lit. b), Art. 19 Ley Notarial.

El mismo Art. 69 del C.P.C. no permite la exhibición de "los testimonios o copias de instrumentos públicos cuya matriz u original repose en los archivos públicos, de los cuales pueden obtenerse nuevas copias, sin ningún otro requisito,..."; en consecuencia, si se pueden obtener copias, para qué solicitar la exhibición.

El Art. 40 de la Ley Notarial, dice:

"Cualquier persona puede pedir copia o testimonio de la escritura matriz o compulsas de los documentos protocolizados."

El literal c) del Art. 125 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva¹⁹¹, al referirse a los derechos de los particulares, faculta:

"c) Obtener copias certificadas de los documentos originales que consten en cualquier expediente administrativo, salvo que se trate de aquellos documentos contemplados en el Decreto N° 350 publicado en el R. O. 478 de 30 de marzo de 1954, para lo que se seguirá el procedimiento allí establecido."

El Art. 169 del C.P.C. hace alusión a las clases de instrumentos públicos, en los que figuran los administrativos, judiciales, notariales y registrales, cuyo original pertenece al archivo de la respectiva oficina administrativa, judicial o registral o al protocolo del notario, y, por lo tanto, para aducirlos como prueba es necesario obtener copias autorizadas por el funcionario administrativo, o el secretario de alguna dependencia judicial

¹⁹¹ Publicado en el Segundo Suplemento del R. O. N° 411, de 31 de marzo de 1994.

previa orden del superior, o al tratarse de escrituras públicas deben ser otorgadas por el Notario a cuyo cargo se encuentre el protocolo (Arts. 22 y 40 Ley Notarial). Esas copias tienen el mismo valor probatorio que los originales, observándose lo que disponen los Arts. 178 y 179 del C.P.C., y 42 de la Ley Notarial, es decir, se debe insertar las actuaciones que el juez, a solicitud de parte, señalar, con citación o notificación a la parte contraria, o sea aquélla contra quien se quiere hacer valer la compulsa; advertimos, que no cabe la exhibición de esos instrumentos, por cuanto la ley prohíbe, según los preceptos que a continuación se mencionan:

El Art. 69 del C.P.C., reza que:

"Pero no podrá solicitarse la exhibición de los testimonios o copias de instrumentos públicos cuya matriz u original repose en los archivos públicos, de los cuales pueden obtenerse nuevas copias, sin ningún otro requisito..."

El Art. 33 de la Ley Notarial, dispone:

"Art. 33. El original de la escritura pública, que es el que debe contener los requisitos expresados en el Art. 29, quedará incorporado en el correspondiente protocolo; y no podrá presentarse en juicio sino para compararlo con la copia, o para que se reconozca cuando fuere necesario."

También debemos tomar en cuenta el Art. 160 de la Ley de Régimen Administrativo, que estatuye:

"Solo mediante decreto del Jefe de la oficina, puede conferirse copia de los documentos pertenecientes a ella. Toda infracción de esta regla será castigada administrativamente con multa graduada, hasta de la totalidad de un sueldo mensual, y puede serlo, además, con destitución, según la gravedad de la falta."

El jefe de la oficina no podrá negar la copia sino cuando lo exija grave motivo de conveniencia pública. De la negativa podrá recurrir el interesado para ante el respectivo superior."

"Prohíbese que se saque de un archivo u oficina del orden administrativo cualquier documento original que en él repose, ni aún con orden expresa de autoridad superior, y el encargado de la custodia que lo entregue, incurrirá en una de las sanciones previstas en el inciso primero, según la gravedad de la falta."

Empero, la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la iniciativa Privada, en su Art. 32, señala lo siguiente:

"Acceso a documentos. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, a fin de asegurar la mayor corrección de la actividad administrativa y promover su actuación imparcial, se reconoce a cualquiera que tenga interés en la tutela de situaciones jurídicamente protegidas, el derecho a acceso a los documentos administrativos en poder del estado y demás entes del sector público."

La Ley del Control Constitucional, en el Capítulo Segundo, que trata del recurso de hábeas data, señala que la acción se la debe interponer ante cualquier juez o tribunal de primera instancia del domicilio del poseedor de la información o datos requeridos (Art. 37); la resolución del juez o tribunal que niegue el hábeas data es susceptible de apelación ante el Tribunal Constitucional (inc. final, Art. 41) y, en su Art. 34 dispone:

"Art. 34. Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deseen tener acceso a documentos, bancos de datos e informes que sobre sí mismas o sus bienes están en poder de entidades públicas, de personas naturales o jurídicas privadas, así como conocer el uso y finalidad que se les haya dado o se les esté por dar, podrán interponer el recurso de hábeas data para requerir las respuestas y exigir el cumplimiento de las medidas tutelares prescritas en esta Ley, por parte de las personas que posean tales datos o informaciones."

Muy importante es la norma contenida en la primera parte del Art. 32 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la iniciativa Privada, al decir: "Acceso a

documentos.... Salvo lo dispuesto en leyes especiales....", determina una excepción, precautelando el manejo y custodia de ciertos instrumentos públicos, a los que no se puede acceder ni para obtener copias y menos exhibirlos; precepto que armoniza con el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que en la parte final del literal c) del Art. 125, antes transcrito, señala que:

"c). ...salvo que se trate de aquellos documentos contemplados en el Decreto N° 350 publicado en el R. O. 478 de 30 de marzo de 1954."

El mencionado Decreto N° 350 se refiere a los "documentos oficiales" con el propósito de comprender a cualquier clase de instrumento formado por persona oficialmente designada o funcionario público autorizado; y en atención al sigilo los divide en: calificados y comunes u ordinarios. Los primeros, a su vez, los subdivide en: secretísimos, secretos, confidenciales y reservados. Desde el Art. 2 hasta el 6, inclusive, se refiere a cada uno de ellos, en los siguientes términos:

"Art. 2° Se califican como documentos SECRETISIMOS a los que contienen información trascendental y delicada, de carácter militar o diplomático, cuyo conocimiento por parte de los países extranjeros, pudieran constituir una grande ventaja para éstos, frente al Ecuador, al que se le causaría con esta divulgación extraordinarios perjuicios".

"Art. 3° Documentos SECRETOS son aquellos de carácter militar, diplomático, político, etc. que, de caer en determinadas manos, pondrían en peligro la seguridad nacional, perjudicarían la estabilidad del orden constituido o desprestigiarían al país, causando en suma graves daños al Ecuador; ya sea proporcionando notoria ventaja a una o varias naciones extranjeras, frente a la nuestra, o debilitando la estabilidad interna."

"Art. 4° Se califican como documentos CONFIDENCIALES los que pudieran ser explotados en contra del Gobierno o de cualquiera de las Instituciones del Estado Ecuatoriano, y, en

particular, de nuestras Fuerzas Armadas, de los Altos Magistrados del Gobierno o de Oficiales Generales del Ejército, Marina o Aeronáutica."

"Art. 5º Como documentos RESERVADOS se califican a los que no deben ser conocidos fuera de los ámbitos de ciertas oficinas o de determinadas personas, porque entorpecerían gestiones de investigación policial, actuaciones administrativas o judiciales, etc., o lastimarían en ciertos casos, el buen nombre y la reputación del individuo, en especial de aquel que ejerce acción de mando, quebrantando así el aspecto disciplinario."

"Art. 6º Los documentos que no están comprendidos en las cuatro calificaciones precedentes (SECRETISIMOS, SECRETOS, CONFIDENCIALES Y RESERVADOS), se llaman comunes u ordinarios."

"Art. 7º En las dependencias Estatales, de carácter civil, la calificación de SECRETISIMOS y SECRETOS podrán hacerla los Ministros de Estado, sus Subsecretarios o los funcionarios que estén autorizados para ello."

Cualquier funcionario o empleado tendrá autorización para calificar un documento Oficial como CONFIDENCIAL o RESERVADO."

"Art. 12 En los documentos SECRETOS y SECRETISIMOS se dejará constancia al pie de ellos el número de copias que se haya obtenido, indicando la destinación que se hubiere dado."

Es prohibido sin estar facultado del Superior del que hubiere provenido el documento, obtener copias de los SECRETOS y SECRETISIMOS.

En caso de ser concedida tal facultad, se indicará a quienes tuvieren las demás copias tal novedad."

"Art. 17. De acuerdo con el segundo inciso del Art. 159 de la Ley de Régimen Político Administrativo (codificada), se negará la concesión de copias de documentos SECRETISIMOS, SECRETOS Y RESERVADOS, por "grave motivo de conveniencia pública".

La concesión de copias de documentos RESERVADOS será atribución discrecional del Jefe de Oficina.

Las infracciones a las disposiciones precedentes, serán sancionadas, de tratarse de documentos CONFIDENCIALES, con las penas establecidas en el indicado artículo 159; y de tratarse de documentos SECRETOS y SECRETISIMOS como delitos que comprometen la seguridad exterior o interior de la República, contra la dignidad del Estado, etc., según el caso y de acuerdo con el Código Penal respectivo."

Los funcionarios o empleados que faltaren a la reserva debida o atentaren contra la seguridad nacional revelando datos que deben mantenerse en reserva serán sancionados por las infracciones que se encuentran tipificadas en la Ley de Seguridad Nacional.

A parte de los instrumentos públicos calificados (secretisimos, secretos, confidenciales y reservados), el Art. 69 del C.P.C. establece una excepción a la prohibición de exhibir, al disponer que: "a menos que en las copias existan cesiones o anotaciones", en este caso, es procedente la exhibición, porque se necesita de ellas.

Como sucede en los siguientes casos:

El señalado por el Art. 1749 del Código Civil, que preceptúa:

"La nota escrita o firmada por el acreedor, a continuación, al margen o al dorso de una escritura que siempre ha estado en su poder, hace fe en todo lo favorable al deudor."

"La hará también la nota escrita o firmada por el acreedor, a continuación, al margen o al dorso del duplicado de cualquiera de las Instituciones del Estado Ecuatoriano, y, en

una escritura, encontrándose dicho duplicado en poder del deudor."

"Pero el deudor que quisiere aprovecharse de lo que en la nota le favorezca, deberá aceptar también lo que en ella le fuere desfavorable."

El previsto en el Art. 1870 del Código Civil, que dispone:

"La notificación debe hacerse con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho, con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente."

El Art. 1871 del mismo cuerpo legal, en el caso de traspaso de un crédito, prevé que:

"En toda notificación de traspaso de un crédito, la cual se hará en la forma que dispone el Código de Procedimiento Civil (Art. 99), se entregará al deudor una boleta en la que conste la nota de traspaso y se determinen el origen, la cantidad y la fecha del crédito. Si el título fuere una escritura pública, se indicará, además, el protocolo en que se haya otorgado, y se anotará el traspaso al margen de la matriz, para que éste sea válido."

"La cesión de un crédito hipotecario no surtirá efecto alguno, si no se tomare razón de ella, en la Oficina de Registro e Inscripciones, al margen de la inscripción hipotecaria."

"Se cumplirá la exhibición prescrita en el artículo anterior, dejando, por veinticuatro horas, el documento cedido en el despacho del funcionario que hiciere la notificación, para que pueda examinarlo el deudor, si lo quisiere. Del cumplimiento de este requisito se dejará constancia en autos."

113. La exhibición de libros de comercio.

El Art. 54 del Código de Comercio regula la exhibición de libros de comercio y dispone que puede ordenarse de oficio o a instancia de parte la

exhibición parcial de ellos (no la general), es decir, de las operaciones referentes a un período determinado y relacionadas con hechos también determinados; estos datos deben precisarse en la solicitud de la diligencia y en el acto que la decreta. Se exceptúan las exhibiciones en los casos de sucesión universal, comunidad de bienes, liquidación de sociedades, legales o convencionales, y quiebra, en los cuales puede pedirse y ordenarse exhibición general, según ese mismo precepto.

Según el Art. 48 del Código de Comercio, en armonía con el inciso primero del Art. 47 del mismo Código, si el pleito es entre comerciantes, quien no presente alguno de sus libros a pesar de habérselo ordenado la exhibición, queda sujeto a los libros de su colitigante, "que estuvieren arreglados a las disposiciones de este Código", es decir, se refiere a que se lleven los mínimos exigidos y sus auxiliares indispensables y que existan los comprobantes.

Lo mismo ocurre cuando en pleito entre un comerciante y un no comerciante, aquél se niega a exhibir sus libros, según el inciso segundo del Art. 47 del C. Comercio, "pero la otra parte no podrá aceptar lo favorable sin admitir también lo adverso que ellos contengan."

El Art. 54 del Código de Comercio faculta la exhibición general de los libros de comercio en los casos de sucesión universal, comunidad de bienes, liquidación de sociedades, legales o convencionales, y quiebra, y el Art. 55 reitera que en los demás casos de exhibición debe ser parcial, limitada a "lo que tenga relación con el asunto que se ventila", y advierte que "deberá designarse previa y determinadamente". El inciso segundo del mismo Art. 55 precisa que la diligencia debe practicarse en las oficinas o establecimientos del comerciante y en presencia del dueño o de la persona que él comisione (inc. final Art. 55), lo último significa que puede ser un empleado del comerciante que presente los libros de comercio.

El inciso segundo del Art. 55, al decir: "No podrá obligarse a un comerciante a trasladar sus libros fuera de su oficina mercantil", no impide, que si el comerciante ofrece presentarlos en el despacho del juez, así se proceda.

El Art. 56 del Código de Comercio consagra los efectos probatorios de la renuencia a la exhibición en un litigio entre dos comerciantes, si uno de ellos se niega a exhibirlos sin causa suficiente a juicio del juez, la decisión de la controversia se la adopta por lo que resulte de los libros del otro comerciante, es decir, que el comerciante que solicite la exhibición de libros a otro comerciante se entiende que pone a disposición del juez los propios, sin necesidad de petición del segundo, y el juez decide por lo que en éstos aparezca.

114. Exhibición de cartas.

Sólo la persona que conforme a ley tiene el derecho de aducirlas como prueba puede exigir su exhibición a quien la tenga como propietaria y no es parte en el proceso. En cambio, si la carta está en poder de una de las partes del proceso, por ser destinataria, autora o heredera de una de éstas, la parte contraria puede exigirle libremente la exhibición, aunque la segunda no sea ni el autor ni el destinatario, es decir, también los terceros, respecto de las cartas, pueden exigir la exhibición si son partes en el proceso con el destinatario o autor que la tiene en su poder, siempre que no sea confidencial, porque de ser así necesita autorización o consentimiento del autor de la carta.

Si se solicita la exhibición de una carta sin la autorización necesaria, por ejemplo, mediante sustracción que de ella haga un tercero o violando su carácter confidencial, se trata de una prueba ilícita, similar a la producida con violación del secreto profesional, y, como consecuencia, carecerá de mérito probatorio. Tampoco podrá citarse a su autor para que bajo juramento diga si la reconoce o no como auténtica. Así se desprende de lo que preceptúa el Art. 203 del C.P.C.

"Las cartas dirigidas a terceros, o por terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento, ni servirán de prueba."

Este artículo se refiere a los terceros, quienes no están obligados a la exhibición ni reconocimiento de las cartas que son de su propiedad exclusiva y, más aún, si es confidencial, razón suficiente para negarse a su exhibición.

Casimiro Várela¹⁹² expresa que en la Argentina, la jurisprudencia ha optado por disminuir la rigidez del principio constitucional de inviolabilidad, y agrega:

"Así se han admitido cartas que no tienen un sentido específicamente confidencial y se ha limitado el concepto de terceros a quienes no tengan vinculación jurídica con las partes o con el proceso en que se intenta hacer valer el instrumento".

Cuando la carta se encuentre en poder de una persona distinta de su autor o destinatario, es indispensable la autorización de ellos para que aquél pueda entregarla voluntariamente en virtud de las garantías de reserva que consagra la Constitución Política en el ordinal 13 del Art. 23, que preceptúa:

"La inviolabilidad y el secreto de la correspondencia. Esta sólo podrá ser retenida, abierta y examinada en los casos previstos por la ley. Se guardará el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. El mismo principio se observará con respecto a cualquier otro tipo o forma de comunicación."

Ese precepto constitucional protege el derecho a la inviolabilidad y secreto de la correspondencia, cualquiera que ésta sea (epistolar, telegráfica, cablegráfica, por télex o por cualquier otro medio de comunicación), por cuya razón no se pueden abrir ni hacer uso de dichos instrumentos. El Código Adjetivo Civil no admite la exhibición de las cartas dentro de juicio ni tampoco faculta su reconocimiento, quien hiciera uso arbitrariamente de las cartas, en primer lugar, no surtirán ningún valor probatorio; y, en segundo lugar, quedará sujeto a las penas de prisión y multa que señala el Código Penal, por violación del secreto, que en el Capítulo V del Título II, Libro Segundo, (Arts. 197 al 202), describe y sanciona las infracciones que atentan contra la inviolabilidad del secreto.

Sin embargo, ese mismo precepto constitucional al decir "en los casos previstos por la ley" permite abrir y examinar la correspondencia.

¹⁹² Casimiro Várela. "Valoración de la Prueba". Editorial Astrea. Buenos Aires - Argentina. 1990. págs. 136 y 137

siendo uno de esos casos el previsto en el Art. 150 (o Art. 149 del anterior) Código de Procedimiento Penal, que dice:

"Art. 150. Inviolabilidad. La correspondencia epistolar, telegráfica, telefónica, cablegráfica, por télex o por cualquier otro medio de comunicación, es inviolable. Sin embargo el juez podrá autorizar al Fiscal, a pedido de éste, para que por sí mismo o por medio de la Policía Judicial la pueda retener, abrir, interceptar y examinar, cuando haya suficiente evidencia para presumir que tal correspondencia tiene alguna relación con el delito que se investiga o con la participación del sospechoso o del imputado."

Jorge Zavala Baquerizo¹⁹³ expresa que:

"De acuerdo con el Art. 149 (Art. 150 del nuevo C.P.P.) jamás una carta, un telegrama, etc., podrá servir de antecedente a un proceso penal, pues el acto de abrir la correspondencia epistolar, telegráfica, etc., por parte de personas extrañas constituye delito y por más comprometedor que sea la correspondencia violada, nunca podrá ser antecedente necesario para iniciar un proceso penal."

En función del artículo que se estudia, para que proceda la violación judicial de la correspondencia se requiere la existencia de dos presupuestos necesarios, a saber:

- a) que se haya iniciado un proceso penal; y,
- b) que en el proceso penal existan indicios de que la correspondencia a violarse tiene relación directa con el objeto del proceso."

En definitiva, para retener, abrir, interceptar y examinar la correspondencia dentro de un juicio penal, debe tener relación con el delito que se investiga o con la participación del sospechoso o del imputado, si no

se cumplen esos presupuestos el juez no tiene atribuciones para ordenar la ocupación, apertura y examen de la correspondencia.

El Art. 151 (o Art. 150 del anterior) Código de Procedimiento Penal señala la forma como debe proceder el juez para la apertura y examen de la correspondencia y para agregarla al proceso, en los siguientes términos:

"Art. 150. Apertura y examen. Para proceder a la apertura y examen de la correspondencia referida en el artículo anterior, se notificará previamente al interesado y con su concurrencia o en su falta, se leerá la correspondencia o el documento en forma reservada."

Si el documento estuviere relacionado con la infracción que se juzga, se la agregará al expediente después de rubricado; y sino lo estuviera, se la devolverá al lugar de donde fue tomado."

Este precepto, para proteger el derecho a la inviolabilidad del secreto exige "la notificación previa al interesado", lo que significa que no solamente se notifica al sospechoso o imputado sino que comprende a todos los que tengan interés en la correspondencia, esto es, a su autor o al destinatario.

Concluye la diligencia con la redacción del acta, en la forma que prevé el Art. 153 (o Art. 151 del anterior) C. P. Penal, que dice:

"Art. 153. Acta. El Fiscal redactará el acta de apertura y el examen sin transcribir el texto de los documentos y la firmará con los concurrentes."

En consecuencia, en el campo civil, las cartas deben tener íntima relación entre las partes, deben referirse a una de las cuestiones que son materia de la controversia o que constituyan el fundamento tanto de la demanda como de las excepciones, o que contenga alguna obligación de la persona que suscribe o de quien es el destinatario; y, en el campo penal, las cartas deben referirse a los hechos que son materia u objeto del proceso, a fin de establecer la verdad histórica de la infracción y con la participación del sospechoso o del imputado.

115. Dificultades que envuelve

El Código de Procedimiento Civil en su Art. 203, relacionado con las cartas dirigidas a terceros o por terceros, no admite que sean reconocidas, si se viola ese precepto, el reconocimiento no produce efecto alguno, porque lo que se hace en contra de lo que la ley prohíbe carece de valor, como así preceptúa el Art. 9 del Código Civil; y, además, en ningún caso el juez puede declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo, por así disponer el Art. 10 de ese mismo Código y la Constitución Política en el inc. 2º del N° 8 Art. 19, consagrando que: "los documentos obtenidos con violación de esta garantía no harán fe en juicio" y en materia penal, el juez no puede admitir que se agregue en el proceso una correspondencia no dirigida a quien la presenta (un tercero), en tal caso, el juez penal debe ordenar el enjuiciamiento penal de esa persona, porque la correspondencia debe ser agregada al proceso con orden del juez y cumpliéndose lo que exigen los preceptos antes transcritos.

Las sanciones establecidas por nuestro ordenamiento jurídico tienen por objeto mantener el secreto de las cartas que se despachan y se reciben, por ser la correspondencia el medio íntimo de que se valen tanto la persona que remite como la destinataria, y en ellas se encuentra la manifestación del pensamiento de los individuos para hacer sus declaraciones de voluntad.

Nuestra ley no determina a quien corresponde el derecho de propiedad de la carta, si al remitente, por virtud de la declaración formulada en la misiva, o si al destinatario, por efecto de la tenencia de la carta, o si a los dos. Dilucidar este problema, en la práctica, envuelve dificultades.

Doctrinariamente existen muchos criterios para determinar el derecho de propiedad de la carta y se los hace desde diferentes puntos de vista.

BORDA,¹⁹⁴ sobre este tema, hace las siguientes reflexiones:

"a). A quien pertenecen las cartas; b). Quiénes tienen derecho a valerse de ellas como medio de prueba; c). Quiénes tienen sobre ellas derechos intelectuales, en cuanto pueden ser una

producción científica o literaria y qué limitaciones tiene ese derecho; partiendo del principio de que el dueño tiene derecho a disponer de su propiedad, y por tanto, a utilizar la carta como medio de prueba, han atribuido algunos la propiedad al remitente, otros al destinatario, otros, en fin, al remitente si la carta es confidencial y al destinatario si no lo es. Es decir, que invirtiendo el problema, han reflexionado en primer término a cerca de la persona a la cual es justo reconocer el derecho de exhibir la carta, y, según la conclusión que cada uno ha preferido, atribuyen a esa persona la propiedad".

De lo expuesto se desprende que, la propiedad de una carta pertenece, a no dudarlo, a la persona que la posee, de acuerdo a lo que dispone el inc. 2º del Art. 734 del Código Civil, cuyo tenor es como sigue:

"El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo".

Pero, el problema es distinto dentro del campo del derecho procesal, quien tiene derecho a valerse de ella como medio de prueba, derecho que a veces coincide, y otras no, con el de propiedad.

La exhibición de una carta privada tiene vinculación con la facultad de gozar y disponer de ella, además, con el deber de guardar el secreto de la correspondencia, sujeto al trámite, efectos y consecuencias expuestos al tratar sobre la exhibición de los instrumentos privados.

En definitiva, se debe tomar en cuenta las cartas cursadas entre las partes, o de las que éstas han dirigido o recibido de terceros; en relación al primer supuesto no existe inconveniente legal para que cualquiera de ellas haga valer como medio de prueba las que ha enviado o recibido de su adversario, quedando sometida la prueba al régimen general del reconocimiento, su exhibición y autenticidad; y, además, deberán ser valoradas por el juez en base a los principios de la sana crítica, juntamente con las de la prudencia judicial.

En el segundo supuesto, esto es, de los terceros, el Art. 203 del C.P.C. tiene su fundamento en el principio constitucional de la inviolabilidad y secreto de la correspondencia (Nº 13 Art. 23).

116. Trámite de la exhibición de un instrumento

En los casos que la ley permite la exhibición de "documentos de cualquier clase que fueren", tomando en cuenta las excepciones que la misma ley determina, en el trámite se debe cumplir lo siguiente:

1º. Si se solicita en calidad de diligencia preparatoria la petición inicial debe cumplir con los requisitos previstos para la demanda, como así se desprende de lo que dispone el Art. 1066 del C.P.C., en concordancia con el Art. 71 del mismo Código. Además, debemos tomar en cuenta lo que exige el Art. 69 de dicho código, para la exhibición de los instrumentos:

"...siempre que se concreten y determinen, haciendo constar la relación que tengan con la cuestión que se ventila o que ha de ser materia de la acción que se trata de preparar..."

Para que proceda y sea admitida a trámite la petición se debe precisar o singularizar el instrumento y expresar la relación que tenga con la cuestión que solicita o con la acción que se va a ejercer, a fin de que el que lo tenga conozca lo que debe cumplir y satisfacer al peticionario; caso contrario, ni el juez sabría que es lo que se pide ni lo que debe ordenar que se haga, no habría claridad; una petición general, por su naturaleza es indeterminada, imprecisa, y hasta obscura.

Nuestra ley procesal, en el inciso segundo del Art. 1066 e inciso segundo del Art. 73, impone al Juez la obligación de examinar la demanda o solicitud inicial y declarar si ésta reúne o no los requisitos legales para calificarla de clara y precisa; en caso negativo, el juez tiene facultad para ordenar que la complete o aclare dentro del término de tres días; y si no lo hiciere, se abstendrá de tramitarla por ser ineficaz e inadmisibles.

Si la exhibición se pide dentro de juicio, en el respectivo término de prueba (Art. 841 C.P.C.), basta solicitarle al juez la práctica de esta diligencia, describiendo el instrumento y especificando la relación que tenga con la

cuestión que se ventila, siempre que el tenedor del instrumento sea la parte contraria, puesto que al deducirse contra otra persona su cumplimiento resultaría imposible.

La Corte Suprema de Justicia¹⁹⁵, establece:

"Esta acción por su misma naturaleza, no puede ser intentada sino contra el tenedor de las cosas o documentos que vayan a exhibirse. A deducirse contra otra persona, sobre dictarse disposiciones judiciales hasta de imposible cumplimiento, se tendría que ejecutarlas, tal vez en la mayor parte de los casos, mediante apremios ordenados respecto de personas que no estén ni pueden estar en capacidad de hacer la exhibición. La obligación de exhibir, del todo distinta de la de entregar es obligación estrictamente personal, y, como tal, intransmisible a los herederos de quien hubiese sido tenedor de las cosas o documento acerca de los cuales verse la demanda."

2º. En cualquiera de los casos, sea acto preparatorio o dentro del término de prueba de un proceso determinado, se debe indicar los nombres y apellidos de la persona que tiene en su poder el instrumento, el lugar para hacerle conocer y el lugar u oficina o archivo donde se encuentre el instrumento.

3º. El juez en su primera providencia dispondrá que la persona indicada realice la exhibición dentro de tres días, como dispone el Art. 836 del C.P.C.

4º. Si se pide como diligencia preparatoria, el primer señalamiento de día y hora se hará saber en la misma forma de citación de la demanda; y, si es dentro de juicio y el que debe exhibir el instrumento es la parte contraria se le hace saber mediante notificación (Art. 79 C.P.C.).

5º. La persona citada o notificada para que haga la exhibición, puede adoptar las siguientes alternativas:

5.1. Aceptar o comunicar que el instrumento se encuentra en su poder, en cuyo caso, será obligado a la exhibición (Art. 837 C.P.C.); y, si presenta el instrumento sin oposición, el juez lo podrá reproducir mediante fotocopia, a menos que la parte que lo tiene acceda voluntariamente a que se agregue al expediente. El juez no puede coaccionar la entrega del instrumento para agregarlo al proceso, porque la parte o el tercero solo tienen la obligación de exhibirlo.

5.2. Puede suceder que se oponga a la exhibición, basándose en asuntos de puro derecho, en cuyo caso, el juez mandará a oír a la otra parte, concediéndole un término prudencial y dictará la respectiva resolución (Art. 840 C.P.C.).

5.3. El doctor Emilio Velasco Céleri,¹⁹⁶ señala un supuesto que en la práctica puede presentarse, a saber:

"Cuando a la persona a quien se manda a exhibir guarda silencio, la ley nada dice al respecto; y no se podría hablar de la negativa simple de los fundamentos de la petición, como en otros casos, según el Art. 107. El silencio, en tratándose de la exhibición deberá considerarse como una aceptación tácita de que los documentos se hallan en su poder, de modo que deberá ser compelido para que proceda a la exhibición, so pena de aplicarle lo dispuesto en el Art. 842 del C.P.C. (multa diaria de mil a cuatro mil sucres)."

5.4. Si la persona a quien se mandó a exhibir dentro del término de tres días se opone a ello, alegando motivos razonables para no hacerlo, como por ejemplo: que no es poseedor del instrumento, o que lo tiene en su poder pero no le pertenece, o que ese instrumento goza de reserva legal, o que sobre él existe sigilo profesional, o que tienen el carácter de reservados por razones de seguridad nacional, como prevé el Art. 36 Ley del Control Constitucional y el Decreto N° 350 (R. O. 478, 30 de marzo de 1954): en esos casos, la diligencia preparatoria se vuelve contenciosa y el juez apreciará

¹⁹⁶ Emilio Velasco Céleri, "Sistema de Práctica Procesal Civil". Tomo I. Editorial Publicaciones de Legislación Cía. Ltda. 1991. Quito - Ecuador, págs. 86 y 87.

los motivos de la oposición y recibirá la causa a prueba por el término de seis días (Art. 839 C.P.C.).

6°. En relación a la carga de la prueba si bien basta afirmar que el instrumento se encuentra en poder de la otra parte o del tercero para que se ordene la exhibición, para obtener circunstancias adversas al que se opuso a ella y no la cumplió, se debe justificar que ese instrumento estaba en poder del que debe exhibir.

La Corte Suprema de Justicia ¹⁹⁷, así lo señala:

"...según la propia y legal naturaleza de toda demanda de exhibición de documentos, el demandante tiene que referirse como fundamento de su demanda, a la existencia actual de los documentos en poder del demandado. La respuesta de éste manifestando que tuvo en su poder pero que no lo conserva, constituye una negativa de la mentada afirmación de la demanda. Por consiguiente, constando que el demandado se opuso a la exhibición, sobre el fundamento de no existir actualmente en su poder el documento cuya exhibición se solicita, incumbe al actor probar el hecho que propuso afirmativamente, esto es, la existencia actual del documento en poder del reo."

Por ejemplo: cuando se trata de libros de comercio, se puede presentar el certificado de la Cámara de Comercio o del Registrador Mercantil (Arts. 6, reformado, 21 y 22 del C. Comercio), lo cual hará presumir que éstos subsisten, de manera que si aquél alega que se perdieron o destruyeron tendrá la carga de probar ese hecho. Cuando se trate de otro tipo de instrumentos, quien pide su exhibición puede acreditar con declaraciones de testigos o la confesión de parte para probar su existencia y que ésta lo tiene en su poder.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia ¹⁹⁸, señala la casuística que en la práctica puede presentarse:

¹⁹⁷ Gaceta Judicial Serie IV N° 120.

¹⁹⁸ Gaceta Judicial Serie III N° 31.

"...Si ha alegado el demandado el hecho de haber destruido el documento, cuya exhibición se pide, corresponde a él rendir la respectiva prueba; y al no probarlo falta al deber establecido en los principios sobre a quien incumbe probar, consignado en el régimen de las pruebas."

De lo expuesto anteriormente, a no dudarlo, estamos en presencia de un trámite de carácter contencioso; en consecuencia, respecto de la carga de la prueba y de la obligación que tienen las partes de justificar sus pretensiones se debe estar a los principios generales consignados en el Art. 117 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, haciendo uso de todos los medios de prueba previstos en el Art. 125 del C.P.C. y que tengan relación con la cuestión que se litiga, además, deben ser oportunas (Arts. 121 y 319 C. P.C.) y pertinentes, ya que los jueces no tienen obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas, sino únicamente de las que son decisivas para el fallo de la causa (inc. final Art. 119 del C.P.C.).

7°. Si la exhibición se pide como prueba, durante el término probatorio concedido en la causa principal, el Art. 841 del C.P.C. dispone que "no se suspenderá dicho término", debiendo esa petición sustanciarse en la forma antes señalada.

8°. Una vez fenecido el término de prueba de la exhibición al juez le corresponde expedir la resolución correspondiente, que en la práctica, unas veces se hace mediante **sentencia**, seguramente porque la Sección 22ª del C.P.C. se intitula "Del juicio de exhibición" y juicio, es la contienda sometida a la resolución de los jueces (Art. 61 C.P.C.); y, en otras ocasiones, se resuelve mediante **auto**, estimamos que se procede en esta forma, ya que los incidentes de un juicio, según el Art. 274 del C.P.C., se resuelven en auto; en definitiva, la resolución del juez puede ser:

8.1. Negando la exhibición, si se ha probado la causa justificativa para no haberlo presentado; y,

8.2. Ordenando la exhibición, cuando la oposición no se funda en hechos justificables o al no haberse comprobado los hechos alegados.

Esa resolución es susceptible del recurso de apelación o de hecho, toda vez que las normas que regulan el procedimiento de la exhibición (Arts. 836 al 842 C.P.C.) no deniegan expresamente esos recursos, siendo aplicable lo que dispone el Art. 325 del C.P.C.

9º Una vez ejecutoriada la resolución del juez en la que ordena la exhibición pueden presentarse las siguientes alternativas:

9º.1. Que se exhiba el instrumento, en este supuesto, a más de lo dicho en el punto 5.1 se deja constancia de este particular en la respectiva acta, que será firmada por los interesados, el Juez y el Secretario, con lo que concluye la diligencia.

9º.2. Que no se exhiba dentro del término señalado por el juez, en este caso, se le impondrá una multa de mil a cuatro mil sucres (U.S.A. \$ 0,04 a 0,16) por cada día de retardo, según la cuantía del asunto. Esta multa no podrá exceder del valor equivalente a noventa días, como prevé el Art. 842 del C.P.C.

117. Redargüimiento de falsedad y verificación de autenticidad

Generalidades.

No pretendemos hacer un estudio detenido sobre la naturaleza de la falsedad instrumental, nos limitaremos en precisar las clases de falsedades.

El Art. 182 del C.P.C. define lo que es instrumento falso, de la siguiente manera:

"Art. 182. Es instrumento falso el que contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de tercero, por haberse contrahecho la escritura o la suscripción de alguno de los que se supone que la otorgaron, o de los testigos o del notario; por haberse suprimido, alterado o añadido algunas cláusulas o palabras en el cuerpo del instrumento, después de otorgado; y en caso de que hubiere anticipado o postergado la fecha del otorgamiento."

El artículo pretranscrito en forma clara determina dos clases de falsedades, la una, material, y la otra, ideológica o intelectual; la primera se

encuentra tipificada en el Art. 337 del C. Penal; y, la segunda, en el Art. 338 del mismo cuerpo legal.

La falsedad material. Según el Art. 337 del C. Penal, reprime con reclusión menor extraordinaria de 9 a 12 años:

"...a los funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones hubieren cometido una falsedad que consista:

"En firmas falsas; en alteración de actas, escrituras o firmas; en suposición de personas; en escrituras hechas o intercaladas en registros u otros documentos públicos, en escritos u otras actuaciones judiciales, después de su formación o clausura."

En resumen, consiste en alterar la materialidad del instrumento (adulteraciones, adiciones, borraduras) o en suplantar la firma de su autor.

La falsedad ideológica. Esta figura jurídica se encuentra descrita en el Art. 338 del C. Penal., reprime con la misma pena señalada para la falsedad material, al funcionario público que al redactar piezas correspondientes a su empleo, hubiere desnaturalizado su sustancia o sus pormenores:

"Ya escribiendo estipulaciones distintas de las que hubieren acordado o dictado las partes; ya estableciendo como verdaderos, hechos que no lo eran."

Consiste en faltar a la verdad en las declaraciones contenidas en el instrumento.

Advertimos que el Art. 182 del C.P.C. se refiere a las falsedades de un instrumento público, las que analizamos al tratar sobre la prejudicialidad en el 82.

En relación a la falsedad de los instrumentos privados, también dejamos establecido que no existe prejudicialidad (84).

118. Redargüimiento de falsedad.

Nuestro Código de Procedimiento Civil, faculta a quien se considere asistido del derecho de oponerse a un instrumento público o privado no auténtico para redargüirlo de falso u objetar su legitimidad, dentro de los tres días contados desde que se le citó o notificó con la presentación (Nº 4º, Art. 198 del C.P.C.); al impugnar la legitimidad de dichos instrumentos se está atacando a su autenticidad, consecuentemente le corresponde demostrar esa autenticidad a quien lo presenta como prueba o también el juez puede pedir de oficio si con ello considera que se puede establecer la verdad (Art. 122 del C.P.C.).

Si se alegare la falsedad del instrumento como incidente de un juicio o como excepción, se debe tramitar en el mismo proceso, para que el juez resuelva todo en la sentencia definitiva (Art. 186 del C.P.C.); si la parte contra quien se presenta el instrumento no lo redarguye de falso ni objeta su legitimidad dentro de los tres días de lo que se le citó o notificó con la presentación, ese instrumento se tiene por reconocido o por indiscutida su autenticidad sin que posteriormente se pueda probar por testigos ni por el reconocimiento (Nº 4º Art. 198 del C.P.C.).

Cuando se trata de falsedad material de un instrumento público o privado, respecto de la carga de la prueba se deben considerar dos supuestos:

- a) *Si la impugnación de falsedad se refiere a un instrumento público o privado no auténtico, la carga de la prueba le corresponde a quien presentó; y,*
- b) *Si se trata de un instrumento público o privado auténtico, formulada la impugnación, la carga de la prueba de la falsedad le corresponde a quien la alega.*

En cuanto a la falsedad ideológica o intelectual, es decir, cuando se ataca al contenido del instrumento, estableciendo como verdaderos hechos que no lo eran o haciendo constar estipulaciones distintas de las acordadas por las partes, esta falsedad no es objeto de incidente ya que lo que se ataca es el contenido mismo del instrumento, y para justificar la falsedad se debe hacer uso de los términos de prueba del juicio ordinario.

119. La prueba de la falsedad

El Código de Procedimiento Civil, en su Art. 187, prevé como medio de prueba la testimonial, para justificar la imposibilidad física de haber estado en el lugar donde se otorgó el instrumento, sea:

- a) De las partes u otorgantes;
- b) Del notario; y,
- c) De los testigos.

Para ello se necesita, por lo menos, cinco testigos conformes, que declaren sobre el hecho positivo de que uno cualquiera de los que figuran en la celebración del instrumento se encontraba en otro lugar distinto, al del día en que se determina en dicho instrumento.

Sin embargo, hay otros casos, en la falsedad material no solamente que debe presentarse la declaración de testigos y que éstos sean conformes en sus dichos, para reforzar esa prueba también se debe recurrir al cotejo o comparación de la letra y firma de los instrumentos, como dispone el Art. 209 del C.P.C., en esa forma se daría mayores elementos de convicción al juzgador, esto es, la prueba documentológica, que consiste en el dictamen técnico comparativo del manuscrito o de la firma, con otros escritos o firmas de la misma persona y que correspondan a la misma época, por ejemplo, al mismo año o mes, porque son frecuentes ciertos cambios de detalles, pero los rasgos fundamentales permanecen iguales.

En la falsedad intelectual o ideológica, igualmente, a más de la prueba testimonial que debe acreditar la verdad de los hechos o de las declaraciones estipuladas por las partes, puede recurrirse a la confesión judicial de la parte contraria; igualmente, presentando otros instrumentos que guarden relación con el acto o contrato impugnado.

Lo mismo ocurre para la prueba de la falsedad del instrumento privado.

120. La prueba de la autenticidad

La parte que presenta el instrumento privado no auténtico, para demostrar su autenticidad, puede valerse de los medios probatorios que la ley franquea para estos casos, a saber:

a). El cotejo de letras o firmas con otros escritos que indudablemente sean del mismo autor (Art. 209 C.P.C.), advirtiendo que, esa misma disposición legal, establece que no prueba la falsedad o la legalidad de un documento; pero valdrá para establecer presunciones o principio de prueba por escrito.

b). Cuando el instrumento privado es reconocido expresamente por el autor del instrumento (Nº 1 Art. 198 y Art. 199 C.P.C.), o en absolución de posiciones; implícita o tácitamente, al no haberlo impugnado de falso ni objetado su legitimidad dentro de los tres días contados desde que se le citó o notificó con la presentación (Nº 4 Art. 198 C.P.C.); o cuando el autor del instrumento no comparece al requerimiento judicial o habiendo comparecido niega ser suyo o con palabras ambiguas o evasivas elude reconocerlo (Art. 200 C.P.C.).

c). Dos testigos conformes y sin tacha que declaren en el juicio haber visto otorgar el instrumento a su autor; o en el caso de que una persona lo hizo por orden del obligado, a más de las declaraciones de esos testigos, la prueba de su autenticidad debe incluir la declaración de la persona que autorizó la firma, y, además, el reconocimiento de la firma del rogado (Nº 3 Art. 198 C.P.C.).

d). También puede probarse la autenticidad del instrumento mediante un dictamen de peritos grafólogos.

121. Consecuencias civiles y penales

En sentido genérico, falsedad es toda mutación o falsedad de la verdad que según la ley civil causa la nulidad de un acto, y según la ley penal impone una condena al individuo que la comete.

15 (48) En otros términos, en lo relativo al instrumento privado, la **falsedad material** consiste en la creación con firmas falsas o en la adulteración, luego de suscrito, mediante añadidos, cambios o supresiones; y, la **falsedad intelectual**, cuando se hace enunciaciones contrarias a las que debía contener o no corresponden a la verdad de las declaraciones hechas por las partes.

4º El doctor **Wladimiro Villalba Vega**¹⁹⁹ refiriéndose a la falsedad dentro del campo penal y para que sea incriminada como delito, señala los requisitos que deben concurrir, a saber:

"a). Que haya inmutación de la verdad; es decir, que se cambie los hechos o la naturaleza del instrumento, o las declaraciones contenidas en él. b). Que haya imitación de la verdad. La falsedad trata de adquirir la apariencia de auténtica. Por ello no es incriminada la falsificación burda, detectable a primera vista. En cambio, en el otro extremo está la llamada imitación libre, que es la que aparece con rasgos de genuinidad, y que se la destruye únicamente con elaboradas técnicas periciales".

"c). Que haya dolo; esto es, la intención positiva de causar daño; el conocimiento de que es un acto prohibido por la ley (Art. 3 C. Penal). Si quien, a causa de un error, hace constar una declaración que no fue emitida, no comete delito de falsedad".

"d). Que ocasione daño. No es necesario el daño efectivo, sino que basta la potencialidad, el peligro de ese daño".

En cuanto a la **falsedad dentro del campo civil**, en relación a los instrumentos públicos, se encuentra explicado fehacientemente al tratar sobre la prejudicialidad con fundamento en los Arts. 182 y 184 del C.P.C. y 16 (o Art. 40 del nuevo) C. P. P. (82) siendo obligación del juez, previa sustanciación del juicio ordinario, comparar la copia con el original y recibir las declaraciones de los testigos instrumentales y en la sentencia, si se declarare falso el instrumento, debe ordenar el enjuiciamiento penal del culpable.

CAPITULO X

4º El Reconocimiento de documentos privados

122. Generalidades.

El ordinal 3º del Art. 68 del Código de Procedimiento Civil, a más de la diligencia de exhibición, analizada en el capítulo anterior, también prevé el reconocimiento de documentos.

El Art. 199 del C.P.C. nos presenta una definición concreta de lo que se entiende por reconocimiento de los instrumentos privados, cuyo tenor es como sigue:

"El reconocimiento de los documentos privados debe hacerse expresando que la firma y rúbrica son del que lo reconoce, sin que sea necesario que se declare ser verdadera la obligación, o cierto el contenido del documento. En caso de que hubiere firmado otro por la persona obligada, bastará que ésta confiese que el documento fue firmado con su consentimiento".

Juan Isaac Lovato²⁰⁰ sencillamente dice:

"El reconocimiento es la expresión del autor del instrumento, de que la firma y rúbrica puestas en el instrumento son de él o han sido puestas a su nombre por otra persona, con autorización de él."

Argentino I. Neri,²⁰¹ refiriéndose al reconocimiento del instrumento privado, con la opinión de Nuñez Lagos, manifiesta:

²⁰⁰ Juan Isaac Lovato. Obra citada. Octavo Tomo. Edición de 1976. pág. 99.

²⁰¹ Argentino I. Neri. Obra citada. Volumen 2. pág. 353.

"Es la acción de reconocer su certeza, esto es, de admitirlo como de uno mismo confesando que es exacto su contenido y auténtica la firma en que aparece estampada. El reconocimiento es siempre un medio legal ejercido por propia voluntad o a instancia de un tercero merced a la intervención de funcionario competente y sin otra finalidad que la limitada a valorizar el documento de prueba legal."

Hernando Devis Echandía²⁰² enseña:

"El reconocimiento es el acto expreso o implícito en virtud del cual el autor jurídico del documento o sus causahabientes le otorgan autenticidad, sea espontáneamente o por citación judicial a solicitud de parte interesada."

El objetivo de esta diligencia es lograr la autenticidad del instrumento, esto es, "el hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese", como dispone el inciso segundo del Art. 16 del Código Civil, de lo que se infiere que no es preciso que el reconocimiento sea expreso, porque la parte a quien se opone el instrumento desde que se le cita o notifica la presentación puede admitirlo sea como acto preparatorio (Nº 1 Art. 198 C.P.C.) o al contestar la demanda (Nº 2º Art. 106 C. P.C.) o dentro del periodo de prueba. Sin embargo, si no hay reconocimiento voluntario se hace necesario requerir a la persona que debe reconocerlo para que declare o confiese si es suya o no la firma que se le atribuye.

Por lo general, el firmante o autor jurídico del instrumento es una de las partes contra quien se va a ejercer o se ejerce la acción, pero a veces, es un tercero, que lo hace por otro a ruego, como prevé el Nº 1, Art. 198 C.P.C. concordante con el mismo Art. 199, "en caso de que hubiere firmado otro por la persona obligada, bastará que ésta confiese que el documento fue firmado con su consentimiento", en este caso, se debe citar o notificar a esta persona no sólo para que reconozca su firma y rúbrica sino para que confiese que el documento fue firmado con el consentimiento de la persona que le

autorizó para hacerlo, esa autorización debe justificarse puesto que equivale a un mandato, particular que en la práctica no se le reconoce eficacia por cuanto la firma es requisito indispensable para la existencia del instrumento privado.

Si el firmante hubiese fallecido, los sucesores o herederos (Art. 201 del C.P.C.) podrán limitarse a declarar si es o no la firma del causante, pero, puede suceder que, evasivamente, indiquen que parece o no o simplemente que ignoran si las firma y rúbrica son o no del causante; en estos casos debemos ofrecer subsidiariamente otros medios de comprobación, como "la comparación o cotejo de letra y firma con otros escritos que indudablemente son del mismo autor, para establecer presunciones o principio de prueba por escrito" (Art. 209 C.P.C.); dos testigos conformes y sin tacha que declaren en el juicio haber visto otorgar el documento a su autor o que otra persona confiese haber suscrito el instrumento por orden de éste (Nº 3º, Art. 198 del C.P.C.).

En cuanto a los instrumentos firmados en representación, convencional o legal (Art. 201 C.P.C.), la citación o notificación para el reconocimiento debe hacerse al representante, porque los actos de éste, dentro de los límites de sus poderes, son legalmente imputados al representado o mandante (Art. 2091 C.C.).

De otra parte, el Art. 198 del C.P.C. señala que el instrumento privado debe contener alguna obligación: de dar, hacer o no hacer alguna cosa, particular que permite el reconocimiento, caso contrario no tendría ningún interés; esa clasificación de las obligaciones se encuentra establecida en los Arts. 1481 y 1503 del Código Civil, el primero de esos preceptos dispone que, en virtud del contrato "una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa"; y, el segundo, señala que "toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer." Sobre este tema nos remitimos al análisis realizado en los s 19 y 20.

123. El caso especial de las cartas

Al referirnos a la exhibición de las cartas y de la correspondencia en general (114) dejamos establecido que gozan de garantía constitucional y

legal de inviolabilidad y reserva. La primera está consagrada en el ordinal 13° del Art. 23 de la Constitución Política y, la segunda, la ley, garantiza esta reserva, por cuanto le asigna el carácter de delito a la violación de correspondencia (Arts. 197 a 202 Código Penal) y tampoco faculta su reconocimiento ni le asigna valor probatorio alguno (Art. 203 C.P.C.).

Si se presentan en un proceso cartas o cualquier medio de comunicación (epistolar, telegráfica, telefónica, cablegráfica o por telex) sin las necesarias autorizaciones del autor o remitente o destinatario o violando su carácter confidencial, se tratará de una prueba ilícita y carecerá de mérito probatorio en ese proceso. El Art. 203 del C.P.C. refiriéndose a las cartas dirigidas a terceros o por terceros, señala que no pueden ser admitidas ni para su reconocimiento ni servirán de prueba, aunque en ellas se mencione alguna obligación.

El que desea valerse de una carta como medio probatorio debería tenerla en su poder como resultado de un conducto no reñido con la ley. En la doctrina no se discute el derecho del destinatario para valerse de las cartas, confidenciales o no, que le haya enviado la parte contraria, porque el Art. 203 antes invocado se refiere a las "cartas dirigidas a terceros, o por terceros", pero si el destinatario pretende hacer valer una carta emanada de un tercero, necesita la autorización o consentimiento de quien le remitió.

En los juicios de divorcio usualmente se presentan las cartas que tienen carácter confidencial a efectos de constatar las relaciones ilícitas de uno de los cónyuges con un tercero, dejando al margen la limitación establecida en el precepto antes indicado; sin embargo, si la carta emana de un tercero y es confidencial, no puede ser reconocida sin el consentimiento de los interesados.

El reconocimiento puede hacerse en calidad de diligencia previa (N° 3°, Art. 68 del C.P.C.) o dentro de juicio, sea a petición de parte, voluntariamente o por disposición oficiosa del juez (Art. 122 del C.P.C.).

124. Clases de reconocimiento de instrumentos

Juan Falconí Puig²⁰³ señala las siguientes clases de reconocimientos:

"El reconocimiento expreso se realiza ante juez de lo civil, ante notario, y eventualmente mediante una confesión judicial o absolución de posiciones, según lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia.

El reconocimiento tácito se da cuando no es redarguido de falso ni objetado en su legitimidad dentro de tres días contados desde que se le citó o notificó su presentación en juicio (numeral 4° Art. 198 C.P.C.).

Finalmente, el reconocimiento ficto se declara cuando el autor del documento comparece y se niega a reconocerlo" (Art. 198, numeral 2, C. P.C.).

Respecto del reconocimiento ficto o tácito, Hernando Devis Echandía²⁰⁴ lo denomina implícito "por no cumplir la carga procesal de atender la citación para la diligencia de reconocimiento o para absolver posiciones sin una causa que justifique su incomparecencia, o por negarse a prestar el juramento que la ley exige para el acto o a contestar categóricamente la pregunta acerca de la autenticidad del documento, el juez ante quien se solicitó la diligencia en el curso de un proceso o como medida previa, dispone que se tenga por reconocido, y también cuando habiendo obrado en un proceso en que es parte la persona obligada o su causante a título universal, no fue oportunamente redarguido de falso."

Esos casos los contempla nuestro Código de Procedimiento Civil en sus Arts. 198 N° 4 y 200.

²⁰³ Juan Falconí Puig, Código de Procedimiento Civil. Segunda Edición. Editorial EDINO. Guayaquil - Ecuador. 1991. pág. 136.

²⁰⁴ Hernando Devis Echandía, "Teoría General de la Prueba Judicial". Tomo II. pág. 564.

A los criterios de los autores citados anteriormente, debemos agregar que también adquiere esa calidad el reconocimiento del instrumento privado implícito, ficto o tácito cuando el autor jurídico del instrumento no comparece al llamamiento del juez, pese a las prevenciones de que su incomparecencia dará lugar a que se lo declare reconocido y se lo haga comparecer por medio de los agentes de justicia (Art. 136 C.P.C.), o cuando comparece y elude con palabras ambiguas o evasivas, en estos casos el juez declarará reconocido el instrumento (Art. 200 C.P.C.) y de esa manera se le otorga autenticidad, es decir, se tiene un autor cierto.

De lo expuesto anteriormente, el reconocimiento del instrumento, puede ser: **judicial**, cuando ocurre ante el juez de la causa en la que se presenta como prueba, sea a petición de la parte contraria o por disposición oficiosa del juez (Art. 122 C.P.C.); es **extrajudicial**, cuando se ha practicado ante un notario (Nº 9, Art. 18 Ley Notarial) u otro funcionario no judicial que esté autorizado para ello (Art. 23 Ley de Modernización del Estado); es **espontáneo**, cuando no está precedido de una citación judicial para que se declare si es o no auténtica, tal el caso del reconocimiento de firmas y rúbricas estampadas en los contratos de compraventa de vehículos, requisito que se exige para su matriculación (lit. d, Nº 1, Art. 24 del Reglamento de los Documentos de Tránsito); es **provocado**, cuando existe requerimiento de parte interesada y se le cita o notifica para el efecto; es **expreso**, cuando quien concurre sea espontáneamente o mediante citación o notificación, manifiesta que es suya la firma y rúbrica que consta en el instrumento que se le pone a la vista (Nº 1, Art. 198 y 199 C.P.C.) o que fue puesta por su causante (Art. 200 C.P.C.) o por otra persona o por ruego suyo (Nº 1, Art. 198 y parte final del Art. 199 C.P.C.) o por su apoderado con poder especial (Art. 201 C.P.C.).

125. Trámite para provocar el reconocimiento

El trámite de esta diligencia es sencillo, recordando que puede practicarse como acto preparatorio o en la sustanciación de una causa dentro del período de prueba que corresponda; lo resumimos en los siguientes pasos:

1º. La petición inicial es simple, no necesariamente debe cumplirse con todos los requisitos de una demanda, puede formularla cualquiera que tenga interés en el instrumento, por haberlo suscrito o porque le beneficie o

perjudique o piense aducirlo como prueba en un proceso; se debe precisar los nombres y apellidos de la persona que debe reconocer el instrumento, indicando el lugar en donde debe hacerse conocer para ese efecto y la cuantía, si fuere del caso;

2°. A la solicitud se debe acompañar el instrumento que debe reconocerlo, salvo que el instrumento o su copia obren ya en el proceso;

3°. Basta pedir al juez que ordene la citación, si se pide en calidad de diligencia previa, o la notificación si es dentro de juicio, de la persona con quien debe practicarse el reconocimiento;

Considerando los casos de personas que pueden concurrir a reconocer el instrumento es necesario tomar en cuenta el caso de los representantes legales, como: el mandatario con facultades para obligarlo en actos de su representado; el representante legal de una persona jurídica necesita cumplir con otros requisitos, a saber:

a) Se debe probar que se trata del mandatario o representante legal que firmó el instrumento y que se encontraba en ejercicio del mandato o cargo; y,

b) Debe probarse que ese mandatario o representante legal estaba facultado para obligar a su mandante o representado en actos de la misma índole, estas limitaciones tienen su explicación, ya que el mandatario o representante sólo puede obligar a su representado cuando ejecuta actos dentro de sus facultades; y, además, en la práctica sucede que se ha revocado el poder o se ha cambiado de representantes con posterioridad a la firma del instrumento, en estos casos no puede exigirse al posterior mandatario o representante el reconocimiento de la firma y rúbrica del anterior, sino que esta diligencia sirve justamente para que se reconozca dichas firma y rúbrica de la persona que suscribió.

La Corte Suprema de Justicia²⁰⁵ tiene establecido:

"Es válido el reconocimiento de un documento hecho por quien lo suscribió como representante de una compañía aun cuando a la fecha de hacerlo, ya no sea tal representante."

4°. En la providencia que expida el juez debe precisarse el día y la hora en la que debe practicarse esta diligencia, así como el lugar; aunque, generalmente, es el despacho del juez; sin embargo, en esta diligencia también es aplicable lo que dispone el Art. 229 del C.P.C., cuando existiere justo motivo, para el caso de que la persona que debe reconocer se encontrare imposibilitada físicamente de concurrir al despacho del juez, para tal efecto, el juez se trasladará al lugar donde se encuentre esa persona;

5°. Es obligación del juez recibirle el juramento, explicándole sobre el hecho de jurar y las penas para el caso del perjurio (Art. 355 del Código Penal) que es sancionado con reclusión menor de 3 a 6 años, y si no profesara ninguna religión prometerá decir la verdad por su palabra de honor (Art. 234 C.P.C.);

6°. El reconocimiento consiste en que se exprese que la firma y rúbrica son del que la reconoce, sin que sea necesario que declare ser verdadera la obligación o cierto el contenido del instrumento (Art. 199 C.P.C.); pero si fue firmado a su ruego o mandó hacer el instrumento debe rendir una confesión en la que debe contestar que fue firmado con su consentimiento o por su orden (N° 1, Art. 198 y parte final del Art. 199 del C.P.C.); en el caso de los herederos o apoderado (Art. 201 C.P.C.), basta preguntarles y que éstos contesten si la firma y rúbrica son del causante o mandante, según el caso;

7°. También puede suceder que la persona que debe reconocer el instrumento no comparezca al requerimiento del juez, luego del segundo señalamiento, en esa circunstancia, se lo puede hacer comparecer por medio de los agentes de justicia, como dispone el Art. 200 del C.P.C.;

8°. Si la persona que debe reconocer el instrumento comparece pero se niega a expresar si lo reconoce o no, o eludiere esta expresión con palabras ambiguas o evasivas, o de cualquier otro modo, en ese caso, el juez lo declarará reconocido (Art. 200 C.P.C.);

9°. Termina la diligencia con la firma del acta de la persona que reconoce, conjuntamente con el juez y secretario; pero, si el reconociente no supiere, no pudiere o no quisiere firmar, se dejará constancia de esa circunstancia (N° 2, Art. 198 e inc. final Art. 236 C.P.C.); y,

10°. Si la diligencia se ha practicado como acto preparatorio el que presentó el instrumento puede solicitar la devolución de todo lo actuado, dejándose copia certificada de esa diligencia para el archivo del juzgado; pero, si ocurre dentro de juicio no se podrá entregar el acta del reconocimiento, porque se estaría mutilando el proceso, debiéndose pedir una copia certificada; y, respecto del instrumento se debe solicitar el desglose, cumpliéndose lo que dispone el Art. 1045 C.P.C., en armonía con el Art. 9 del Reglamento sobre Arreglo de Procesos y Actuaciones Judiciales, esto es, dejándose copia certificada del instrumento, razón y recibo, asumiendo la obligación de presentarlo cuando lo solicite alguna de las partes.

126. Naturaleza y efectos del reconocimiento

Respecto a este tema, como se indicó anteriormente, siendo el reconocimiento la declaración del autor jurídico del instrumento expresando que su firma y rúbrica le pertenecen, son suyas, como prevé el Art. 199 del C.P.C., o expresando que autorizó a otra persona para que lo haga a su nombre, su objetivo es lograr la autenticidad y que haga tanta fe o adquiera valor probatorio como el instrumento público (inc. 1° Art. 198 C. P. C, Art. 1746 C.C.); advertimos que no lo reemplaza al instrumento público en los casos que la ley prevé la solemnidad del instrumento público, porque su falta "no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad" (inc. 1° Art. 1745 C.C.).

El doctor Alfonso Troya Cevallos,²⁰⁶ manifiesta:

"No hace fe por sí mismo de su veracidad, ni es auténtico en sí mismo; de allí la necesidad de que la persona en contra de quien se vaya a hacer valer el instrumento lo reconozca; o de que al instrumento privado haya de tenersele por reconocido."

²⁰⁶ Alfonso Troya Cevallos. "Elementos de Derecho Procesal Civil". Tomo II. Ediciones Universidad Católica. Quito. 1976. pág. 415.

En otras palabras, el instrumento privado reconocido hace fe de su veracidad y acredita su autenticidad. Reconocido que sea el instrumento privado adquiere certeza la firma estampada al pie de él por su autor; o también adquiere dicho valor por efecto de la autenticación de las firmas estampadas por los suscriptores ante un Notario (Nº 3º del Art. 18 de la Ley Notarial) o por el reconocimiento realizado ante aquél funcionario (Nº 9 Art. 3º Ley Nº 35 R.O. 476: 10 VII 86); todo lo cual, le da al instrumento fecha cierta y además adquiere valor probatorio, reconociendo implícitamente el contenido literal que consta en ese instrumento (Art. 199 del C.P.C.).

Argentino I. Neri,²⁰⁷ afirma:

"El reconocimiento es un acto personalísimo que sólo traduce y representa una finalidad: el ofrecimiento de un medio de prueba de la autenticidad del documento. Es personalísimo y directo porque únicamente compete al firmante y va dirigido de inmediato a la suscripción. De consiguiente, si muere el suscriptor o firmante, el reconocimiento no cabe. En este supuesto procede la acción recursoria contra los sucesores universales del firmante, a fin de que cada uno de ellos se pronuncie directa e inmediatamente sobre la validez de la firma, o en su defecto se limiten a expresar si la firma es o no suya".

Nuestro Código de Procedimiento Civil, en el ordinal 3º del Art. 198, también contempla la circunstancia de que habiendo muerto el autor del instrumento sea abonada esa firma por dos testigos conformes y sin tacha que declaren haber visto firmar a su autor; para el supuesto caso de que los herederos o los testigos manifestaren que no saben si la firma es o no suya, en este caso, se debe llevar a cabo la diligencia de comparación o cotejo de letra y firma con otros instrumentos que sean indudablemente del mismo autor, como así dispone el Art. 209 del antes invocado cuerpo legal.

Por otra parte, es necesario que para el reconocimiento de un instrumento exista la capacidad de la persona que debe reconocer; y, la

existencia de una causa lícita, ya que el reconocimiento conlleva los siguientes efectos:

- 1º. Adquiere fecha cierta respecto de terceros;
- 2º. Obtiene autenticidad tanto del contenido como de la firma del autor;
- 3º. Contiene fuerza probatoria, es una prueba legal;
- 4º. Surte los mismos efectos del instrumento público, siempre que la ley no exija esa solemnidad.

El doctor **Emilio Velasco Céleri**,²⁰⁸ señala:

"Uno de los efectos más importantes del reconocimiento de documentos es el de la creación o constitución del título ejecutivo. El Art. 423 del Código de Procedimiento Civil, incluye entre los títulos ejecutivos al reconocimiento judicial de los documentos privados, y para que éste reconocimiento sea válido debe hacerse ante un juez competente, tanto por la materia como por el territorio; (...) el referido autor aclara que "en el texto de la disposición legal antes mencionada no incluye como título ejecutivo al instrumento dado por reconocido ante juez competente", sin embargo, en ese caso, la calidad de título ejecutivo le da el inciso final del Art. 200 del C.P.C.

El instrumento privado reconocido voluntariamente y el que ha sido declarado reconocido por el juez cuando la persona que debe reconocer no comparece, se niega o da palabras evasivas, adquieren los mismos efectos probatorios que la ley les asigna a los instrumentos públicos, como así preceptúan tanto el Art. 198 del C.P.C. como el Art. 1746 del C.C.

a). Entre las partes

De lo que dispone el Art. 199 del C.P.C., uno de los efectos jurídicos que atribuye al reconocimiento de la firma es el de determinar, como lógica consecuencia, la verdad de la obligación o cierto el contenido del

²⁰⁸ VELASCO CELLERI, EMILIO. "Sistema de Práctica Procesal Civil". Tomo I. Editorial Publicaciones de Legislación Cía. Ltda. 1991. Quito - Ecuador. Pág. 103

instrumento; y, dicho reconocimiento le da al instrumento privado el mismo valor probatorio como el de un instrumento público entre las partes y sus sucesores, así preceptúa el Art. 1746 del Código Civil, que dice:

"El instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley (Art. 200 C.P.C.), tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos."

De conformidad con los preceptos legales antes invocados, el instrumento privado legalmente reconocido o declarado reconocido por el juez se encuentra tutelado en su legitimidad jurídica, su contenido hace plena fe hasta cuando no se demuestre la falsedad o hechos que le resten su eficacia, tanto por la alteración fraudulenta de su texto como por la declaración insincera que acuse su contenido.

Al respecto, la Corte Suprema de justicia, tiene establecido lo siguiente:²⁰⁹

"El instrumento privado de fs. 17 18 de los autos, prueba plenamente lo expresado en el considerando anterior, ya que merece la fe probatoria de un instrumento público, en virtud de haber Julio López Ortiz reconocido ante juez competente la firma y rúbrica puestas al pie del instrumento..."

Según el Art. 1750 del C.C., el instrumento privado "hace fe entre las partes aun en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato"; concordante con ese precepto el inc. 2º del Art. 170 del C.P.C., reconoce el valor probatorio entre los otorgantes respecto de las declaraciones que hayan consignado en dicho instrumento; de lo que se puede establecer que, por lo tanto, el instrumento privado cuya autenticidad se encuentra establecida, produce valor probatorio entre las partes igual que el instrumento público.

La Corte Suprema de Justicia, respecto de las partes que intervienen en un instrumento, tiene establecido lo siguiente²¹⁰:

"Al tratarse de un documento privado y de una operación no mercantil, a la fecha del documento le es aplicable el Art. 1693 (actualmente 1747) del C.C., con arreglo al cual ella, la fecha, no puede contarse respecto de los acreedores G y M, sino desde el 14 de Octubre de 1921, día en que se reconoció el documento en estudio, desde que no aparece cumplida ninguna de las otras circunstancias determinadas en el propio artículo."

b). Respetto de terceros

Juan Isaac Lovato²¹¹, con la opinión de Alfredo Barros Errázuriz, refiriéndose a los terceros, dice:

"Se considera como terceros a las personas extrañas a la obligación contenida en el instrumento y no podría considerarse como tales, v. gr., a la viuda y a los hijos del marido que suscribió un documento dentro de la vigencia de la sociedad conyugal."

La situación de los terceros, frente a los instrumentos privados, es la misma que respecto a los instrumentos públicos, merecen fe probatoria, según el Art. 170 del C.P.C., respecto del hecho de haberse otorgado y su fecha; pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados, con la diferencia, muy importante, respecto a la fecha de su otorgamiento, que contra los terceros no es la que aparece en el instrumento privado, sino la de su autenticación, o la de ocurrencia de alguno de los hechos que de acuerdo con la ley le otorgan la calidad de cierta, como estatuye el Art. 1747 del C.C., cuyo tenor es como sigue

"La fecha de un instrumento privado no se cuenta, respecto de terceros, sino desde el fallecimiento de alguno de los que lo han

²¹⁰ Gaceta Judicial Serie IV N° 179

²¹¹ Juan Isaac Lovato. Obra citada. Edición 1976. Tomo 8, pág. 139.

firmado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que conste haberse presentado en juicio, o en que haya tomado razón de él o lo haya inventariado un empleado competente, con el carácter de tal".

El contenido del documento privado auténtico no constituye prueba en contra de los terceros, respecto de ellos, Jaime Guasp²¹² afirma que: "el mero documento privado no prueba nada de su contenido"; sin embargo, éstos no pueden desconocerlo, a partir de su fecha cierta, cuando la parte sea una persona distinta de la que lo aduce como prueba y con él se establezca una situación jurídica para el oponente; en otras palabras, el instrumento privado no obliga a los terceros, porque no se los puede privar de sus derechos sin haber intervenido en esos instrumentos, nunca prestarán mérito probatorio en su contra, a menos que su contenido les sea favorable.

Consecuentemente, la ley está custodiando los intereses de las personas extrañas al otorgamiento del instrumento privado, puesto que da como fecha cierta respecto de los terceros aquella desde la cual ya no es posible su adulteración, o sea cuando se ha producido alguno de los hechos previstos en el precepto antes transcrito del Código Civil.

Además de los casos que enumera la disposición legal pretranscrita debemos agregar la facultad que tienen los notarios para autenticar y reconocer firmas puestas en instrumentos privados, según los ordinales 3º y 9º del Art. 18 de la Ley Notarial. Es decir, que una vez practicado el reconocimiento del instrumento privado entre las partes contratantes se tiene como fecha de otorgamiento la que aparezca en su texto, y para los terceros desde que ocurra alguno de los hechos mencionados en el Art. 1747 del Código Civil, que establece medios de garantía para evitar fraudes, ya sea anticipándola o retrasándola.

127. Tratándose del contenido

Como bien señala la doctrina, nacional y extranjera, y nuestra jurisprudencia, el instrumento privado difiere esencialmente del instrumento público en cuanto a la fuerza probatoria; sin embargo, es de advertir que

212

Jaime Guasp. "Derecho Procesal Civil". Tomo I. pág. 434.

mientras no se arguya la falsedad ni se objete su legitimidad, luego de realizado el reconocimiento judicial o extrajudicialmente, en los diversos supuestos previstos por la ley, el instrumento privado adquiere el mismo valor probatorio que el del instrumento público (Art. 198 C.P.C.) y así llega a tener autenticidad, veracidad y fecha cierta.

a). Reconocimiento en el orden procesal

Nuestro ordenamiento legal faculta que el reconocimiento del instrumento privado se lo puede practicar tanto como diligencia previa o dentro de juicio; sin embargo, en este tema concretaremos el análisis del reconocimiento ante un juez competente, puesto que de competencia se trata dentro de un proceso determinado.

Por lo general, el firmante del documento es una de las partes en litigio, debiendo notificársele para que comparezca a reconocerlo, pero a veces es un tercero, como mandatario (Art. 201 C.P.C.), en cuyo caso debe notificársele a ese mandatario, para lo cual el juez debe señalar día y hora para que comparezca a realizar el reconocimiento como preceptúa el Art. 199 del C.P.C.; si no comparece al primer señalamiento, a petición de parte o de oficio, el juez debe realizar un segundo señalamiento, previniéndole que para el caso de no comparecer se declarará reconocido el instrumento, sin perjuicio de que se lo haga comparecer por medio de los agentes de justicia, en uso de la facultad que estipula el Art. 200 del C.P.C. en concordancia con el Art. 136 del mismo cuerpo legal, cuyo texto es el siguiente:

"Art. 136. Aun después de la declaración de confeso, pueden los jueces disponer que, por medio de los agentes de justicia, se haga comparecer al confesante que no hubiere concurrido al segundo señalamiento de día, si consideraren necesaria la confesión. Para el cumplimiento de esta orden, el respectivo juez dispondrá la aplicación de todas las medidas que considere apropiadas para obtener la comparecencia del confesante".

En la práctica, puede suceder que el autor jurídico del documento niegue ser suya la firma y rúbrica (Nº 2º Art. 198 del C.P.C.), alegando su adulteración o falsedad, en cuyo caso, se puede recurrir al cotejo o comparación de firmas y rúbricas con intervención de perito o peritos (Art.

209 C.P.C.), o la declaración de dos testigos conformes y sin tacha que declaren en el juicio haber visto firmar al autor del documento, "a no ser que el asunto sobre que verse el instrumento exija para su prueba mayor número de testigos" (Nº 3º, Art. 198 del C.P.C.), diligencias que también constituyen medios de prueba y permiten establecer la autenticidad o no de la firma y rúbrica que conste en el instrumento impugnado.

La Corte Suprema de Justicia²¹³ señala:

"En efecto, V y A., testigos conformes, que dan razón de sus dichos, que no tienen tacha legal, y cuyo valioso testimonio en nada desmerece por la extraña declaración de G. y los otros testigos sobre los particulares ocurridos en la Policía, esos dos testigos cuya buena conducta, además, está probada, ellos vieron firmar al reo el documento, en la oficina del Escribano C., el 15 de enero de 1.908; los peritos A. y M., quienes practicaron el cotejo, aceptado por el juez que a él concurrió, exponen, en su informe, que hay absoluta semejanza entre las firmas y rúbricas de E. constantes en las escrituras públicas que en ese acto tuvieron a la vista y las del documento; semejanza tan absoluta, que ha llevado a los peritos a la certidumbre de que todas las firmas y rúbricas que examinaron son hechas por la misma mano la del reo (...) acredita la presencia de éste en esta ciudad en la fecha a que se refiere ese documento y contradice la declaración de los testigos del reo sobre haber estado éste en la prenombrada hacienda en la misma fecha; y todas esas pruebas, declaraciones, cotejo y copia, atentas las reglas de la sana crítica que el juez está obligado a seguir para apreciar las declaraciones de testigos, se sobreponen todas a la prueba testimonial del reo y establecen la autenticidad del documento".

Wladimiro Villalba Vega,²¹⁴ manifiesta que la diligencia de comparación o cotejo es considerada como genuina del mismo autor, además agrega:

²¹³ Gaceta Judicial Serie IV - Nº 29.

²¹⁴ Wladimiro Villalba Vega, Obra citada, pág. 173.

"Esta diligencia de ningún modo prueba plenamente ni la falsedad ni la autenticidad del instrumento si no que sirve como mera presunción o principio de prueba por escrito".

Lo anteriormente expuesto tiene fundamento en lo que preceptúa el Art. 209 del C.P.C., que faculta la confrontación o cotejo de letra y firma con otros escritos que pueden ser instrumentos públicos o privados auténticos, diligencia que se la debe cumplir con la intervención de un perito, designado y posesionado por el juez, sin que el informe pericial constituya prueba si no para establecer presunciones o principio de prueba por escrito.

b). Declaración del juez dando por reconocido el instrumento

En nuestro sistema legal son varios los casos en los cuales el juez da por reconocido el instrumento, algunos de los cuales se encuentran expresamente determinados en el Art. 200 del C.P.C., y en otras disposiciones legales, los mismos que son los siguientes:

1º. Cuando quien debe comparecer a reconocerlo, después de realizado el segundo señalamiento y previa advertencia de parte del juez de que su incomparecencia dará lugar a declarárselo por reconocido, no cumple con esa orden judicial (Nº 2, Art. 198 C.P.C.);

2º. Si comparece la persona que debe reconocerlo, sea voluntariamente u obligado por medio de los agentes de justicia, se niega o elude a expresar si reconoce o no el instrumento (Art. 200 C.P.C.); sobre este caso, la Corte Suprema de Justicia²¹⁵, señala:

"Si se elude el reconocimiento de un instrumento, el juez puede declararlo reconocido. Respecto del valor de las comisiones adeudadas, no obstante de que estas ascienden a., conforme a las respectivas notas de crédito que constan a fs..., notas que se entienden reconocidas por el demandado por haber éste eludido reconocerlas en su confesión."

²¹⁵ Gaceta Judicial Serie IX - Nº 1, págs. 63 y siguientes.

3°. Si comparece, por cualquier medio, eludiere esa expresión, utilizando palabras ambiguas (distintas interpretaciones que dan motivos a duda o confusión) o evasivas, como cuando en el reconocimiento el autor jurídico manifiesta que la firma y rúbrica tienen bastante parecido a las suyas, pero que no recuerda haberlas puesto al pie del documento (Art. 200 C.P.C.).

Al respecto, la Corte Suprema de justicia²¹⁶, establece:

"En el reconocimiento de documentos, dada la presentación de la firma acerca de la cual debe versar la declaración de si es o no del reconociente, no puede menos de considerarse como evasiva la exposición hecha por M., en el acta de reconocimiento."

4°. Cuando no ha sido redarguido de falso ni objetado la legitimidad del instrumento, por la parte en contra de quien se presentó, dentro de los tres días contados desde que se le citó o notificó con la presentación (Nº 4, Art. 198 C.P.C.);

La Corte Suprema de Justicia²¹⁷ en armonía con ese precepto, señala:

"De la carta de fs. 20, dirigida por los giradores al ejecutado, aparece que éste ha pagado el capital y que adeuda por intereses cien dólares. Dicha carta hace fe contra el deudor, por haber sido presentada por él, y no haber constancia de que la hubiese contradicho u objetado el saldo que en ella se declara a su cargo."

En otra resolución²¹⁸, se establece lo siguiente:

"SEGUNDO. El demandado al contestar la demanda niega la relación de dependencia; por lo mismo, la carga de la prueba, atento a lo dispuesto en las normas procesales contenidas en el"

²¹⁶ Gaceta Judicial. Tercera Serie. Nº 124.

²¹⁷ Gaceta Judicial Sexta Serie Nº 2, págs. 210 y siguientes.

²¹⁸ Gaceta Judicial Serie XIII - Nº 13, pág 3136.

Art. 114 (hoy, 117) del correspondiente Código (C.P.C.), recayó en el actor, quien introduce a las constancias el documento de fs. 11, que efectivamente es una copia xerox (fotocopia), sin ninguna certificación, ni autenticación. Pero no fue redargüido de falso ni objetado en su legitimidad, dentro del término al cual se refiere el Art. 215 (hoy, 198) N° 4 del C.P.C.; luego hace tanta fe como un instrumento público."

En esos casos, el instrumento también adquiere autenticidad y certeza o valor probatorio, aunque con posterioridad no se lo reconozca expresamente ni se lo pruebe con testigos.

128. No cabe reconocimiento de huella digital

Es indudable que, según la exigencia del Art. 199 del C.P.C., en el reconocimiento del instrumento privado debe expresarse que "la firma y rúbrica" son del que lo reconoce; en consecuencia, no cabe o es improcedente el reconocimiento de la huella digital, tanto más que existen instrumentos privados solemnes en los que necesariamente debe constar la firma del que suscribe, como por ejemplo: en la letra de cambio (N° 6° Art. 410 C. Comercio), del pagaré a la orden (N° 7 Art. 486 C. Comercio), del cheque (N° 6° Art. 1 de la Ley de Cheques), en los que al faltar la firma del librador o girador anula dichos instrumentos.

Sobre esta circunstancia, de la huella digital impresa por un analfabeto, el doctor Emilio Velasco Céleri²¹⁹, fundado en el Art. 199 del C.P.C., dice:

"El texto transcrito determina que solo puede reconocerse la firma y rúbrica, de modo que cuando en un documento se ha estampado una huella digital, ésta no es susceptible de reconocimiento, pues sería absurdo que la ley obligue a quien no sabe firmar a reconocer una huella digital que es de suma complicación y sólo se puede identificarla mediante análisis técnico y científico; y es por ello que la ley no contempla la posibilidad de que se reconozca una huella digital, pues es

imposible que una persona ilustrada o no, pueda determinar sus propios rasgos. Hay criterios respecto de que si es susceptible el reconocimiento de una huella digital, tesis que, aparte de ser absurda, es muy peligrosa."

Juan Isaac Lovato ²²⁰, analizando lo que actualmente es el Art. 199, expresa:

"La huella digital puesta para reemplazarlas no es la firma y rúbrica que la ley exige y a las que el reconocimiento se refiere; y no puede ser, hasta materialmente, reconocida por quien la puso."

La Corte Suprema de Justicia ²²¹, al respecto señala:

"Según nuestro sistema legal, la persona analfabeta no está capacitada para otorgar un pagaré a la orden porque este debe contener, necesariamente entre sus requisitos, la firma del que emite el documento. La diligencia de reconocimiento de una huella digital que se ha practicado, no vale como reconocimiento, ni como confesión: no lo primero, porque lo que se debe reconocer es la firma y rúbrica de la persona obligada o de otra que haya firmado por ella, lo cual no es aplicable al instrumento que no tiene firma de ninguna clase, conforme a lo dispuesto en el Art. 216 (hoy 199) del Código de Procedimiento Civil; no lo segundo, porque la confesión judicial es un medio diferente de los instrumentos públicos y privados y de los instrumentos comerciales, que no pueden confundirse con ellos, para su validez como título ejecutivo debía reunir los requisitos formales que la ley prescribe, conforme a los Arts. 124 (hoy, 126) y siguientes del Código de Procedimiento Civil, lo cual no se ha cumplido, ni venía al caso de que se cumpla, toda vez que la demanda no se funda en confesión judicial ni en documento

²²⁰ Juan Isaac Lovato, Obra citada. Tomo 8. pag. 216.

²²¹ Gaceta Judicial Serie VIII. N° 9, pag. 872.

privado reconocido judicialmente sino en un pagaré a la orden de cuya ejecutividad se trata en este juicio."

En síntesis, la huella digital estampada en un instrumento privado para reemplazar la firma y rúbrica no sufre a la exigencia legal del reconocimiento de firma; y, es materialmente imposible reconocer la huella digital por quien la puso; en consecuencia, en caso de impugnación, el medio de prueba idóneo para establecer su autenticidad o determinar a su autor es el análisis grafológico o dactiloscópico, con la intervención de peritos conocedores de esta materia.

129. Fecha cierta

Por lo manifestado anteriormente, para que el contenido del instrumento privado tenga fuerza probatoria entre las partes y respecto de terceros, se necesita contar con el requisito de fecha cierta, con las distinciones precisadas, entre las partes, la que conste en su texto; y, respecto de los terceros, cuando suceda alguno de los hechos puntualizados en el Art. 1747 del C. Civil, que la Corte Suprema de Justicia los aplica en diferentes fallos judiciales.

Nuestro legislador ha tenido la precaución de establecer casos que no ofrezcan dudas acerca de la constatación del instrumento, dando un grado de certeza de que existía ese instrumento a esa fecha e imposibilitando físicamente la antedatación o postdatación, alejando toda sospecha de falsedad o simulación.

a). Origen y fundamento

Argentino I, Neri²²² sobre este tema señala lo siguiente:

"La designación del tiempo en que se firma el instrumento es de viejo cuño. Sus hontanares se remontan al derecho romano, en donde empezó a usarse como un elemento instrumental ad probationibus de la fecha en que el acto ocurría. En este sentido, la "data" se juzgó de gran valor, pues revelaba una

²²² Argentino I. Neri. Obra citada. Tomo 2. págs. 362 y 363.

6. Desde el día en que se haya llevado a cabo el reconocimiento o autenticación, según el Art. 199 del C.P.C. y N°s 3° y 9° del Art. 18 de la Ley Notarial.

El espíritu de la ley, una vez reconocido judicialmente el instrumento o bien declarado reconocido por el juez, es darle eficacia al contenido instrumental, adquiere el mismo valor probatorio como el instrumento público entre quienes lo suscribieron y sus sucesores universales, que son los que ocupan el lugar del causante, además, autenticación de la fecha.

La claridad de los preceptos antes mencionados nos exime de cualquier otro comentario.

La información sumaria o de nudo hecho, en los juicios de posesión efectiva, apertura de testamentos y en los demás expresamente determinados por la ley.

La ley se refiere unas veces a la información sumaria, como en los Arts. 685 (relacionado con la posesión efectiva de bienes), 706 (despojo violento), 823 (transmisión, la sucesión del acreedor), etc., y en otras a información de testigos, como en los Arts. 716 (culación), 903 (amparo de pobreza), etc. Sin embargo, si bien la ley emplea diversidad de lenguaje o denominación, todos estos casos son indudablemente de información sumaria.

Un buen número de juicios de jurisdicción voluntaria o concienzosa tienen por base la información sumaria o declaración de testigos, y muchos actos procesales no pueden ser admitidos si no están precedidos de esta diligencia, constituyendo un presupuesto de procedibilidad, cuya omisión no solamente impide la continuación de la causa sino que anula el proceso; en consecuencia, no solamente sirve para preparar una demanda sino fundamentalmente para resolver una causa.

Victor Manuel Penabazerra²²³ dice:

"es información sumaria la investigación breve y preliminar que se practica antes del juicio, sin citación de la parte contraria. Se reduce, ordinariamente, a declaraciones de testigos, pero pueden

²²³ Victor Manuel Penabazerra: "Lecciones de Derecho Procesal Civil y Penal" Tercer Tomo. Edición 1977, pág. 53.

CAPITULO XI

5° LA INFORMACION SUMARIA

130. Generalidades.

El numeral 4° del Art. 68 del C.P.C., como otro de los actos preparatorios, prevé "la información sumaria o de nudo hecho, en los juicios de posesión efectiva, apertura de testamentos y en los demás expresamente determinados por la ley."

La ley se refiere unas veces a la información sumaria, como en los Arts. 685 (relacionado con la posesión efectiva de bienes), 706 (despojo violento), 823 (consignación, la ausencia del acreedor), etc.; y en otras, información de testigos, como en los Arts. 716 (filiación), 905 (amparo de pobreza), etc.; sin embargo, si bien la ley emplea diversidad de lenguaje o denominación, todos esos casos son indudablemente de información sumaria.

Un buen número de juicios de jurisdicción voluntaria o contenciosa tienen por base la información sumaria o declaración de testigos, y muchos actos procesales no pueden ser admitidos si no están precedidos de esta diligencia, constituyendo un presupuesto de procedibilidad, cuya omisión no solamente impide la sustanciación de la causa sino que anula el proceso; en consecuencia, no solamente sirve para preparar una demanda sino fundamentalmente para resolver una causa.

Víctor Manuel Peñaherrera²²³ dice:

"es información sumaria la investigación breve y preliminar que se practica antes del juicio, sin citación de la parte contraria. Se reduce, ordinariamente, a declaraciones de testigos; pero pueden

emplearse también otros medios probatorios, como instrumentos privados o copias de documentos o actuaciones."

De manera general, la información sumaria, es la investigación que por la naturaleza o calidad del asunto se hace ante el juez brevemente y sin las solemnidades que se observan regularmente en las demás informaciones jurídicas.

Juan Isaac Lovato²²⁴, manifiesta:

"La información sumaria es toda especie de prueba que suele consistir en la presentación de documentos o testigos, practicada ante un juez, sin haberse suscitado competencia. Es frecuente en los actos de jurisdicción voluntaria. La que se practica sin notificación a la persona contra la que se quiere hacer valer."

El ordinal 4º del Art. 68 del C.P.C., a manera de ejemplo señala los juicios de posesión efectiva (Art. 685), apertura de testamentos (Art. 632), y agrega: "en los demás expresamente determinados por la ley." Hemos de advertir que existen casos en que la Ley expresamente prevé la práctica de la información sumaria y, en otros, nada dice, como veremos luego, no existe otra prueba idónea, como la información sumaria, para justificar la muerte de una persona que ha desaparecido.

Satisfaciendo un anhelo de la Función Judicial de reducir su labor en determinados actos jurídicos de jurisdicción voluntaria, se incrementaron al Art. 18 de la Ley Notarial, las atribuciones de los notarios mediante Ley publicada en el Registro Oficial suplemento N° 64, de 8 de noviembre de 1996, en el ordinal 15, se les faculta "Receptar informaciones sumarias y de nudo hecho", sin hacer ninguna restricción, cuando ese acto jurídico, para el ejercicio de algunas acciones es un presupuesto procesal; sin embargo, el notario goza de competencia para autorizar ese acto jurídico, como forma pública, de ser o de valer, esto es, sea que el acto deba ser realizado como prueba o como solemnidad. Jurídicamente observado este elemento, de la competencia del notario, traduce dos ideas: la de materia o naturaleza de los actos que puede extender y la del lugar o territorio en que debe actuar. El

notario debe obrar en los límites de sus atribuciones, únicamente respecto de los actos que le son permitidos por la ley; atento a este carácter restrictivo, el notario está inhabilitado, por ejemplo, para extender un acta probatoria del estado civil de una persona, pues las declaraciones relativas al nacimiento, matrimonio y muerte del ser humano, sólo son válidas si las ejecuta el Jefe del Registro Civil (Arts. 28, 37 y 41 Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación). Y por virtud, igualmente, de las referidas reformas a la Ley Notarial, el inciso final del ordinal 18, Art. 18, prevé el caso de producirse controversia en los diversos casos de jurisdicción voluntaria encomendados al notario, éste debe abstenerse de seguir tramitando la petición respectiva y enviar a la oficina de sorteos del cantón de su ejercicio, dentro del término de tres días contados desde que tuvo conocimiento del particular o de la oposición de la persona interesada, para que se radique la competencia en uno de los jueces de lo civil.

El empleo de testigos, en esta forma, ante un notario, inclusive ante un juez, antes del juicio y sin citación contraria, es proclive a abusos o al falseamiento de la verdad, o a desfigurar los hechos, revistiendo peligrosidad para el esclarecimiento de la verdad, para la recta administración de justicia, sin el conocimiento de la parte contraria a la que la pide.

Peñaherrera²²⁵, sobre este particular, enseña que:

"Los testigos buscados y preparados en secreto e interrogados sin la presencia ni noticia siquiera de la parte contraria, y sin que puedan ser repreguntados por ésta, falsean fácilmente la verdad, ya por malicia o por ignorancia, ya por falta de la debida atención y prolijidad en la diligencia. Pésimos resultados ha producido en la práctica el uso, antes muy frecuente en nuestras leyes, de esta arma de defensa o ataque; y de allí que en las reformas de los últimos años se ha cuidado de ir limitando los casos de su admisión."

La información sumaria cuando es atentatoria contra la honra y dignidad de las personas o su intimidad no puede practicarse como diligencia preparatoria, limitación que la establece el Art. 201 de la Ley Orgánica de la

²²⁵ Víctor Manuel Peñaherrera. Obra citada. Tomo Tercero. págs. 53-54.

Función Judicial; sin embargo, esa prohibición desaparece cuando se la practica dentro de juicio.

El Art. 241 del C.P.C. prevé la posibilidad de que "puede el juez recibir declaración de testigos, en cualquier tiempo, y antes de que principie el pleito, si se teme fundamentadamente que éstos fallezcan por vejez o enfermedad, o si están para ausentarse a las provincias de la Región Oriental, la provincia de Galápagos o fuera de la República."

El criterio para determinar este supuesto, debe ser, como es natural, sumamente prudente, porque puede prestarse a engaño o abusos o al falseamiento de la verdad, en perjuicio de la parte contraria o de la misma rectitud de la justicia.

131. La razón del dicho.

En la prueba testimonial, el que rinda su declaración debe indicar la razón de sus dichos, porque el juez en la evaluación debe tomar en cuenta la razón que los testigos hayan dado de sus dichos y las circunstancias que en ellos concurren, como preceptúa el Art. 211 del C.P.C.. La razón de sus dichos consiste en explicar la causa o modo por qué saben lo que declaran, si es por haberlo visto u oído, o dicho de otra manera, el testigo debe explicar cuándo, en qué lugar y de qué manera ocurrió el hecho y que haya concordancia en sus deposiciones sobre esas tres circunstancias, además, cada testigo debe explicar cómo y por qué conocieron el hecho, para que el juez pueda apreciar la fuerza probatoria de su declaración, si la información sumaria o los testigos no dan esa razón no pueden ni deben ser creídos o simplemente esas declaraciones carecerían de valor probatorio.

Cuando tratemos de la valoración del testimonio examinaremos los requisitos para su eficacia; por ahora nos basta advertir que para la eficacia del testimonio es indispensable que se cumpla "la razón del dicho", por cuanto el juez tiene absoluta libertad para criticar este aspecto y concluir si en realidad ese testigo pudo o no adquirir tal conocimiento.

Al respecto, Hernando Devis Echandía²²⁶, enseña:

"Si este requisito no se cumple, no puede el juez reconocerles valor probatorio al testimonio singular ni a los de varias personas, aun cuando concuerden en afirmar o negar el mismo hecho. Agrega: los testimonios se pesan y no se cuentan."

Nuestra jurisprudencia exige el cumplimiento de este requisito "la razón de sus dichos", y cuando el testigo o testigos se limitan en contestar simplemente "si es verdad" están omitiendo explicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon al hecho, en cuyo caso, enerva el mérito probatorio de la declaración, como así se establece en la siguiente resolución:

*"Si bien los testigos A, B y C contestan afirmativamente a la pregunta...en orden a la prohibición impartida al trabajador de que diera el golpe, los propios testigos, repreguntados, expresan que las únicas advertencias del demandado a los trabajadores fueron las de "mucho cuidado", lo que manifiestamente enerva el mérito de la contestación principal, en la que, de otro lado, tales testigos no dieron razón de sus dichos."*²²⁷

132. La capacidad jurídica del testigo

Para la validez del testimonio son indispensables los presupuestos señalados en el Art. 212 del C.P.C., esto es, edad, probidad, conocimiento e imparcialidad.

Los incapaces absolutos carecen de capacidad para rendir testimonio, quienes, según el Art. 1490 del C.C., son los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Recordemos que el impúber, de acuerdo con el Art. 21 del C.C., "es el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce"; y, nuestra legislación procesal civil, en su Art. 213, señala que "desde los catorce, podrán declarar para establecer algún suceso, quedando al criterio del juez la valoración de tales testimonios", dicho de otra manera, todos los menores impúberes son testigos inhábiles.

Además de la capacidad general del testigo debe tener conocimiento del hecho sobre el cual versa el testimonio, esto es, no debe ser referencial; tampoco debe sufrir de trastornos o desequilibrios mentales transitorios o permanentes bien sea por enfermedad o por el efecto de ciertas drogas o de un exceso de consumo de bebidas alcohólicas. Como es obvio, el Art. 214 del C.P.C., dispone que el testimonio que se preste en esas condiciones o "por cualquier motivo, se hallen privadas de juicio" no pueden ser testigos y son absolutamente nulos.

Nuestra legislación procesal civil prevé la probidad del testigo como capacidad moral, rectitud de ánimo, integridad y honradez en el obrar. El Art. 217 señala los casos de falta de probidad, y si un testigo se encuentra incurso en uno de ellos no es testigo idóneo y le resta credibilidad a su testimonio.

Igualmente, el testigo debe ser imparcial, porque el testimonio es siempre un acto procesal de terceros, en consecuencia, debe actuar sin parcialidad, sin prevención por una u otra parte. La ley no permite la parcialidad y señala los casos de testigos no idóneos por falta de este requisito en el Art. 220 del C.P.C., lo considera inválido. Sin embargo, el Art. 221 del mismo Código, determina, como excepción, que los parientes, compadres y padrinos pueden ser testigos en las causas que versen sobre edad, filiación, estado, parentesco o derechos de familia.

133. La tacha de los testigos

Cuando algún testigo está incurso en alguno de los casos contemplados por la ley como motivos de impedimento, la parte contraria, en uso de la facultad prevista en el Art. 222 del C.P.C., deberá expresar la causa, determinándola clara y precisamente, y, además, deberá demostrarla, aunque la ley no especifica dentro de que término, es recomendable hacerlo inmediatamente, "a menos que conste de autos", porque la nómina de los testigos que van a declarar se la presenta al juez, quien hace conocer a la otra parte para que solicite que tales testigos declaren sobre otros hechos, o sea, para repreguntarlos. A manera de ejemplo, si se tacha a un testigo por haber sido condenado por falsedad, robo, perjurio, soborno o cohecho, aun cuando hubieren cumplido la condena (Nº 3º, Art. 217 C.P.C.), se debe probar con la copia certificada de la sentencia condenatoria, la que debe encontrarse

ejecutoriada por el ministerio de la ley, si no se ha probado la tacha, ese testimonio será apreciado por el juez conforme a las reglas de la sana crítica.

134. Limitación legal de la prueba testimonial

Desde cuando se hubo generalizado el arte de la escritura, el hombre llegó a confiar menos en las declaraciones de las partes, esto es, testimonio humano, por lo que buscando el medio de asegurar con más firmeza la verdad de los hechos, de dar una forma más segura y una garantía más eficaz a sus derechos, transmutó las expresiones verbales en declaraciones escritas.

Nuestro ordenamiento jurídico prevé la prueba instrumental en los artículos 1752, 1753 y 1754 del Código Civil, resaltando la importancia del instrumento y limitando la prueba testimonial para demostrar obligaciones cuyo valor excedan de dos mil sucres (USA \$ 0,08), exigiendo en su lugar, su prueba por escrito; demostrando de esa manera una tendencia cada vez más marcada a admitir medios de prueba seguros que permitan al juez en su evaluación el convencimiento correspondiente.

135. CASOS DE INFORMACIONES SUMARIAS

1°. En el secuestro o la retención de bienes.

Según el Art. 432 del C.P.C., para justificar la propiedad de bienes muebles del deudor, basta la prueba testimonial, que puede practicarse sin citación de la parte contraria, lo que corrobora el inciso segundo del Art. 123 del mismo Código.

El secuestro es el depósito judicial que de los bienes de una persona se hace en poder de un tercero (depositario judicial) por razón de los fines a los cuales se destina.

El secuestro se lleva a cabo para asegurar los bienes litigiosos o también para garantizar el cumplimiento de una eventual sentencia definitiva que condene al deudor al pago de alguna obligación.

Esta medida cautelar puede recaer en los bienes muebles (Arts. 432, 437 y 921 del C.P.C.); en los frutos de los raíces (Arts. 437, 921 C.P.C.) y en

los bienes raíces (Arts. 921, inc. 2º, 932 y 935 C.P.C.), en el último caso, se ordenará el secuestro de bienes raíces sólo en los casos en que se tema su deterioro y después de fenecido el término probatorio, caso de que las pruebas den fundamento para ello (Art. 921 C.P.C.) y se inscribe en el Registro de la Propiedad del cantón al que pertenezcan los bienes (Art. 935 C.P.C.).

La retención de bienes. Es la conservación por parte del tenedor de una cosa ajena para conservar la posesión de la misma hasta el pago de lo debido por razón de ella.

La retención se verifica, según el Art. 922 del Código de Procedimiento Civil, en las rentas, créditos o bienes que tenga el deudor en poder de un tercero, inclusive en las tesorerías u otras oficinas públicas.

Ordenada la retención, es suficiente que se notifique a la persona en cuyo poder estén los bienes o derechos que se retengan, para que ésta, bajo su responsabilidad, no pueda entregarlos sin orden judicial (Arts. 438 y 924 C.P.C.); si la retención se refiere a rentas, derechos u otros bienes del deudor sobre los cuales está conociendo otro juez, deberá éste llevarla a efecto luego que reciba el oficio respectivo (Art. 926 C.P.C.). Se entenderá que la persona en cuyo poder se ordena la retención, queda responsable, si no reclama dentro de tres días, sin que pueda alegar después que no debe al deudor, ni tiene ninguna cosa de éste (Arts. 438 y 925 C.P.C.). Si el tenedor de los bienes se excusa de retenerlos, los pondrá a disposición del juez, quien, a su vez, ordenará que los reciba el depositario (Art. 438 C.P.C.).

Tanto el secuestro de bienes como la retención pueden solicitarse antes de presentar la demanda (Art. 912 C.P.C.), en la misma demanda (Art. 432 C.P.C.) y en cualquier estado de la causa antes de expedirse la sentencia de primer grado (Arts. 434 y 912 C.P.C.).

Requisitos. Para que el juez ordene el secuestro de bienes muebles o la retención de bienes, se debe justificar los siguientes presupuestos:

a). **Prueba plena de que los bienes son de propiedad del deudor.** Advertimos que el Art. 432 del C.P.C. faculta presentar como prueba plena, la testimonial o información sumaria, antes de citar a la parte contraria.

En cuanto a la declaración de testigos, para justificar la propiedad de los bienes, en la práctica las afirmaciones de los testigos resultan falsas, puesto que, cómo pueden asegurar que los bienes son de propiedad del deudor, por el sólo hecho de encontrarse en el inmueble donde él habita, esto constituye un delito de perjurio, porque existen muchos casos en que los bienes muebles, generalmente, son adquiridos a crédito, con reserva de dominio o simplemente no son de propiedad del deudor.

Para solucionar esta circunstancia debería darse aplicación a lo que preceptúa el inc. 2° del Art. 734 del Código Civil, que dispone:

"El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo"

pero, mientras no exista una norma procesal que sustituya la exigencia de acreditar con prueba plena de que "tales bienes son de propiedad del deudor" no podemos acogernos a la presunción que establece el Código Civil.

b). Se debe justificar, con prueba instrumental, la existencia del crédito. Para cumplir con este requisito, basta acompañar a la petición del secuestro o la retención el instrumento en el que conste la deuda, como cheque, letra de cambio, pagaré a la orden, o una copia de escritura pública, un recibo reconocido judicialmente, así como: "una sentencia que lo declare, aunque haya recurso pendiente, inclusive lo relativo a costas" (Art. 916 C.P.C.); sobre este último caso, se debe tomar en cuenta que caduca el secuestro o la retención si, dentro de quince días de ordenados, o de que se hizo exigible la obligación, no se propone la demanda en lo principal; y, el solicitante pagará, además, los daños y perjuicios que tales órdenes hubiesen causado al deudor; igualmente, caduca el secuestro o la retención, si la expresada demanda dejare de continuarse durante treinta días" (Art. 938 C.P.C.).

La Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia, así lo establece:²²⁸

"QUINTO. Según el Art. 994 (hoy, 938) del Código de Procedimiento Civil, el secuestro preventivo caduca si el demandante dejare de continuar, por treinta días o más, la acción principal, y consta de autos que cuando se dictó el fallo de primera instancia había transcurrido con exceso ese tiempo sin que el ejecutante hubiese continuado con el trámite del juicio ejecutivo. Además la demandada ha presentado, en esta instancia, copia certificada del referido juicio ejecutivo principal, otorgada el 25 de mayo de 1987, y de ese documento consta que ha transcurrido más de un año sin que el ejecutante Abg. A.J.L., haya hecho gestión alguna para impulsar aquella causa, lo que corrobora y confirma la caducidad del secuestro."

c). Se debe probar una de las siguientes alternativas.

1° Que los bienes del deudor se hallan en tal mal estado, que no alcanzarán a cubrir la deuda (principal e intereses); 2° Que los bienes pueden desaparecer u ocultarse; y, 3° Que el deudor trata de enajenarlos.

Jurisprudencia:

*"Por lo mismo, el secuestro no debe ser ordenado con solo el fundamento de ser muebles los bienes del deudor, y en aptitud, como tales, de desaparecer o ser ocultados o vendidos, si de otro lado no hay la prueba del mal estado de la fortuna del deudor, una de las bases fundamentales de justicia para dictar las providencias preventivas..."*²²⁹

En otra resolución, la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, en lo que respecta al ordinal segundo del Art. 914 del C.P.C., señala:

"a) El auto provisional de secuestro sirve de fundamento a la providencia final; puesto que si está ilegalmente expedido, el secuestro que es su consecuencia, es ilegítimo y atentatorio al derecho de propiedad del demandado, garantizado por la Constitución Política, en sus atributos de disposición y goce de

la cosa, y que no puede ser privado de ella sino por causas y procedimientos ajustados a la ley; b) Si la demanda no contiene los presupuestos para la expedición del auto de secuestro provisional, como son: el instrumento que prueba el crédito y la justificación sumaria de los requisitos contenidos en el N° 2 del Art. 970 (actualmente, 914, esto es, que los bienes del deudor se hallan en tal mal estado, que no alcanzarán a cubrir la deuda, o que pueden desaparecer u ocultarse o que el deudor trata de enajenarlos), las subsiguientes diligencias que se practicasen durante el término de prueba de los tres días determinados por la Ley no subsanarían la ilegalidad del auto de secuestro provisional y de la realización del secuestro..."²³⁰

La Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia, establece lo siguiente:²³¹

"CUARTO. Correspondía al actor probar el requisito consignado en el N° 2 del Art. 970 (hoy, 914) del Código de Procedimiento Civil, y la declaración testimonial practicada no demuestra en lo absoluto, alguno de los hechos que deben acreditarse, según aquella norma legal, para que proceda el secuestro de bienes, particularmente por las razones que expresan los declarantes al formular sus respuestas, que son carentes de congruencia y de lógica."

Ordenado el secuestro por el juez, ejecuta esa providencia el alguacil, quien depositará previo inventario, con expresión de calidad, cantidad, número, peso y medida (Art. 437 C.P.C.), al depositario judicial, el que interviene por designación del juez, de entre los nombrados por la Corte Superior (Art. 923 C.P.C.) para hacerse cargo de dichos bienes en la forma que consta en el acta respectiva (Art. 139 L.O.F.J.).

El monto de los bienes secuestrados deberá cubrir la deuda (capital e interese) con más un diez por ciento (10%) de recargo (Art. 435 C.P.C.).

²³⁰ Gaceta Judicial Serie XII - N° 12, págs. 2503-2504.

²³¹ Gaceta Judicial Serie XIV - N° 15, pág. 3511.

La información sumaria puede hacerse como diligencia previa, aparejándola a la demanda de secuestro o retención, o insertándola en la misma demanda; advertimos que, el secuestro o la retención es un juicio, como tiene establecido la Corte Suprema de Justicia, en diferentes fallos, como el siguiente:²³²

"PRIMERO. Los artículos 973 y 993 (hoy, 917 y 937) del Código de Procedimiento Civil, establecen, respectivamente, que es demanda la presentada para solicitar las providencias preventivas que contiene la Sección 30 (hoy, 27ª), del Título II, del Libro II del citado Código y que es un verdadero juicio el procedimiento que las resuelve. No pueden ser considerados de otra manera, puesto que es una verdadera acción la que contiene el escrito que el primero de los artículos citados denomina demanda; ya se considere la sistematización jurídica nuestra sobre estos fenómenos, ya la doctrina generalmente aceptada, que trata sobre esas providencias denominadas cautelares, como se puede consultar en Chiovenda, Rosemberg, Alcina, Carneluti y en tantos otros expositores, uno de los citados expresa: "y es pura acción, que no puede considerarse como accesoria del derecho garantizado, porque existe como poder actual, cuando no se sabe si el derecho garantizado existe..."

2º. En la apertura y publicación del testamento cerrado

De acuerdo con el Art. 632 C.P.C., concordante con el Art. 1085 del C.C., la información sumaria tiene características diferentes al resto de informaciones sumarias, porque en este caso, no solamente que se trata de declaración testimonial sino del reconocimiento de sus firmas propias, las de los testigos ausentes o muertos.

El juez, una vez que la persona interesada solicita la exhibición de un testamento cerrado, debe ordenar que los testigos instrumentales reconozcan sus firmas y rúbricas, así como las del testador, declarando además si en su concepto la cerradura, sellos y marcas del testamento no han tenido ninguna alteración y si el pliego es el mismo que el testador les presentó, con la

expresión de que en él se contenía la última voluntad del causante; si no comparecen todos los testigos bastará que los presentes abonen (acrediten, dar por cierto y seguro) las firmas de los ausentes o muertos; y si ninguno de los testigos estuvieren en el lugar abonarán las firmas de esos testigos instrumentales y las del testador otros testigos que no tengan tacha y sean de reconocida honradez. El notario que autorizó el testamento debe certificar sobre los mismos puntos a que se contrae la declaración de testigos.

Respecto de las marcas y señales previstas en el Art. 632 del C.P.C., la Corte Suprema ha declarado:²³³

"...que es suficiente que los testigos expresen que el sobre que contiene el testamento no ha sufrido alteración alguna aún cuando no contenga marca o señal, lo que no es motivo de nulidad, ya que el testador puede emplear otro medio para la seguridad de la cubierta, tanto más que si no se comprueba que la cubierta o sobre del testamento está roto, ni tenga apariencia de haberlo vuelto a pegar, y los testigos instrumentales y el notario afirman que así se les entregó el pliego."

La misma Corte Suprema de Justicia, en el juicio de nulidad de testamento cerrado, después de habérselo abierto, resuelve:

"Es de derecho que las formalidades que la Ley prescribe para el valor de ciertos actos o contratos, de éstos, han de aparecer cumplidas. Y así, no cabe que se presuma su cumplimiento, ni que pueda éste ser justificado con ninguna otra prueba, posteriormente." Se agrega que, "El Art. 1085 del Código Civil, ha establecido como formalidades especiales del testamento cerrado, ya el hecho de que el testador presente al notario y testigos una escritura, ya el de que él declara de viva voz que en aquella escritura se contiene su testamento. Si no se han cumplido estrictamente las formalidades del mencionado artículo 1085, el testamento cerrado, no puede ser declarado válido en su parte exterior, tanto más que si no se ha expresado tanto al notario, los testigos, todos los requisitos

mencionados en el artículo, aunque estos no sean términos sacramentales." ²³⁴

3°. En la posesión efectiva de bienes hereditarios

En este caso se debe tomar en cuenta lo que dispone el Art. 685 del C.P.C., del que se desprenden dos circunstancias:

1ª. Cuando la persona ha fallecido y ha dejado testamento; y,

2ª. Cuando no ha dejado testamento.

En el primer caso, esto es, cuando ha dejado testamento, se debe justificar los siguientes requisitos:

a). Que el peticionario es heredero y para establecer esa calidad hay que tomar en cuenta las reglas relativas a la sucesión intestada (Arts. 1043 al 1058 C.C.), que establecen el orden en el que intervienen en la sucesión: los hijos excluyen a los demás herederos; no habiendo padres o ascendientes, al cónyuge. Si no hay cónyuge corresponderá a los padres o ascendientes.

Es heredero el cónyuge?. Como regla general, no. Pero en el caso del inc. 2º del Art. 1052 C.C., no habiendo dejado posteridad o descendencia futura, o padres o ascendientes, el o la cónyuge si es heredera única y universal, en consecuencia, le corresponde toda la herencia.

b). Que la persona haya muerto. Recordemos que la muerte de la persona se la justifica con la partida de defunción (Art. 351 C.C. y Art. 719 C.P.C.).

c). Se debe acompañar una copia certificada del testamento debidamente inscrita.

En el segundo caso, cuando no ha dejado testamento, que es el que nos interesa y tiene relación con la declaración de testigos, se debe justificar en forma supletoria con la información sumaria los siguientes hechos:

1º. La muerte de una persona. Sabemos que la muerte de una persona se debe justificar con la partida de defunción; sin embargo, consideremos que esos documentos no fuera posible obtenerlos, por causas imprevistas o de fuerza mayor, en esos supuestos, la ley suple la falta de esos documentos con la declaración de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, es decir, la muerte de esa persona. Enfatizamos que, si se dispone de la partida de defunción, ya no sería necesaria la información sumaria.

2º. Que el causante no haya otorgado testamento. Para justificar este requisito necesariamente debe practicarse la información sumaria, y los testigos deberán expresar que han realizado las averiguaciones correspondientes y han llegado a determinar que la persona que ha muerto no ha dejado testamento.

3º. Que el peticionario es heredero. La calidad de heredero (hijo, ascendiente o descendiente o cónyuge o hermanos o sobrinos, según sea el caso) también se debe justificar con las actas del Registro Civil, como prevé el Art. 718 del C.P.C., en concordancia con el Art. 350 del C.C., mas, si no se dispone de esos documentos, en forma supletoria se debe recurrir a la declaración de testigos, como prevé el Art. 722 C.P.C.

Si los herederos fueren muchos, pueden solicitar la posesión efectiva todos o uno de ellos, y en este caso, el juez mandará a darla proindiviso (Art. 687 C.P.C.).

La posesión efectiva termina con la inscripción en el Registro de la Propiedad (parte final, Art. 685 C.P.C.).

Sobre este caso, debemos observar lo que dispone el ordinal 12 del Art. 18 de la Ley Notarial, ordinal que fue agregado mediante Ley del Plenario de la Comisión Legislativa, publicada en el Registro Oficial suplemento N° 64, de 8 de noviembre de 1996, cuyo texto es el siguiente:

"12. Recepar la declaración juramentada de quienes se creyeren con derecho a la sucesión de una persona difunta, presentando la partida de defunción del de cujus y las de nacimiento u otros documentos para quienes acrediten ser sus herederos, así como la

de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho del cónyuge sobreviviente si lo hubiera. Tal declaración con los referidos instrumentos, serán suficientes documentos habilitantes para que el notario conceda la posesión efectiva de los bienes pro indiviso del causante a favor de los peticionarios, sin perjuicio de los derechos de terceros. Dicha declaración constará en acta notarial y su copia será inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente."

La indicada reforma elimina la información sumaria y la sustituye con la declaración juramentada de quienes se creyeren con derecho, es decir, no solamente a los herederos, sino que incluye como beneficiario al conviviente siempre que acredite con sentencia el reconocimiento de la unión de hecho del conviviente que sobrevive; y, de otra parte, es un acto de competencia del Notario. Deja a salvo los derechos de terceros.

El inciso final del ordinal 18, Art. 18 de la Ley Notarial, prevé el caso de producirse controversia en los diversos casos de jurisdicción voluntaria encomendados al notario, éste debe abstenerse de seguir tramitando la petición respectiva y enviar a la oficina de sorteos del cantón de su ejercicio, dentro del término de tres días contados desde que tuvo conocimiento del particular o de la oposición de la persona interesada, para que se radique la competencia en uno de los jueces de lo civil.

El heredero aparente, que no es en realidad heredero, como dispone el inc. 2º Nº 4 Art. 738 C.C., que obtuvo la posesión efectiva tiene título, tal es el caso del heredero putativo, a quien por disposición judicial se le ha dado la posesión efectiva, esta le sirve de justo título y contra dicho título no ha lugar a la prescripción (Arts. 2430 y 2432 C.C.).

4º. En el despojo violento

El Art. 706 del C.P.C. al decir: "En el caso del Art. 992 del Código Civil, presentada información sumaria que justifique el despojo" exige un presupuesto de procedibilidad, sin la cual, el juez no dará trámite a la demanda. La información sumaria puede practicarse ante cualquiera de los jueces de lo civil y debe adjuntarse a la demanda. Este caso es el más

complejo, debe reunir requisitos especiales, que no solamente inciden en el aspecto civil si no que también tiene trascendencia en el campo penal.

En el despojo violento dos son los derechos tutelados, la posesión y la mera tenencia.

4.1. La posesión. El Código Civil, en su inciso 1º del Art. 734, dice:

"Posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre."

La posesión material se debe probar, como preceptúa el Art. 989 del Código Civil, "...por hechos positivos, de aquellos a que sólo el dominio da derecho, como la corta de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión."

4.2. La mera tenencia

El Art. 748 del C.C. dispone que: "Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenecen."

La posesión violenta, según el Art. 744 del C.C. "...es la que se adquiere por la fuerza"; no es exacta la definición, si tomamos en cuenta lo que preceptúa el Art. 596 del Código Penal que prevé que: "Por violencia se entiende los actos de apremio físico ejercidos sobre las personas; y, la fuerza, de acuerdo con el Art. 597 del mismo Código, "...en las cosas o fractura consiste en cualquier quebrantamiento, rompimiento, demolición, horadamiento.."

Para que proceda la acción del despojo violento, debemos justificar los siguientes hechos:

1°. Que el despojado haya estado en posesión del bien, o que mantenía la mera tenencia, que era dueño o que ha poseído a nombre de otro el bien despojado;

2°. La posesión material del suelo por el tiempo de un año (Art. 982 C.C.), y el mero tenedor, por el tiempo de seis meses (Art. 992 C.C.), en ambos casos, contados hacia atrás desde la fecha del acto perturbador o de molestia o embarazo inferidos.

3°. Que haya sido despojado en forma violenta, determinando los actos de apremio físico ejercidos sobre la persona o de quienes le acompañaban en el momento del despojo, o que se han proferido amenazas graves que hagan temer la perpetración de un mal inminente, tales como: amenazas de muerte, de secuestro de familiares u otros actos semejantes (Art. 746 C.C.).

Los actos de violencia cometidos con armas o sin ellas, serán, además, reprimidos con las penas que correspondan, según el Código Penal (Art. 993 C.C.), esto es, por el delito de usurpación, previsto y reprimido por el Art. 580 de dicho cuerpo legal, con pena privativa de libertad de un mes a dos años de prisión.

La información sumaria debe acreditar la posesión o mera tenencia, el tiempo de posesión o mera tenencia de la cosa, los actos de violencia ejercidos sobre las personas o las amenazas que se han proferido en contra de las que tenían la posesión o la mera tenencia de la cosa, el hecho de haber sido excluidos de la posesión o mera tenencia y la fecha en que ocurrió, y que el despojante se encuentra en posesión de la cosa.

El despojante, luego de ser citado, tiene veinticuatro horas para contestar la demanda, si no lo hace, el juez pronunciará, sin otra sustanciación, sentencia en la que ordenará se restituyan las cosas al estado en que antes se hallaban.

Si contesta la demanda dentro del término de veinticuatro horas, alegando ser falso el hecho del despojo violento, como prevé el inciso segundo del Art. 706 del C.P.C., se oirá a los testigos, que no podrán pasar de cuatro por cada parte, dentro del término de tres días. Hemos de advertir

que no es aconsejable reproducir la información sumaria, el accionante debe hacer comparecer a los mismos testigos sino existieran otros, ciñéndose a las normas generales de la prueba testimonial, esto es, presentándole al juez la nómina de testigos, el interrogatorio sobre el que deben ser examinados, particular que se comunica o notifica a la parte contraria (Art. 223 C.P.C.).

La Corte Suprema de Justicia²³⁵, tiene establecido:

"...la mera reproducción hecha durante el término probatorio, de las declaraciones rendidas en la información sumaria, carece de valor legal. Por lo mismo con esta reproducción no se puede dictar sentencia cuando el despojante ha contestado la demanda."

5°. Para el estado civil de una persona

El Art. 349 del C.C., dice:

"El estado civil es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita o inhabilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles."

Esta definición es amplia, en la práctica se limita a lo que el Art. 350 de ese mismo Código señala: casado, divorciado, viudo, padre, hijo, que debe probarse con las respectivas copias de las actas del Registro Civil (Art. 718, inc. 2° C.P.C.).

A falta de los referidos documentos, la ley suple, expresando que puede presentarse otros documentos o "por medio de información de testigos, que no es posible presentar tales pruebas y que realmente tiene el estado en que funda su derecho" (Art. 716 C.P.C.) o "que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata" (Art. 722 del C.P.C. y Art. 355 C.C.).

La información sumaria para la justificación del estado civil, ya sea de la posesión notoria del estado de matrimonio (Art. 723 C.P.C. o 356 C.C.)

o de la posesión notoria del estado de hijo (Art. 724 C.P.C. o 357 C.C.), requiere de "un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de una manera irrefragable" (Art. 726 C.P.C. o Art. 359 C.C.), acreditando los hechos que se especifican en los preceptos que dejamos indicados.

La Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación también contempla la información sumaria, para justificar el nacimiento (Art. 29), la inscripción de una defunción (Art. 42) y la posesión notoria de apellidos (Art. 86).

6°. Para la calificación de la edad

Los Arts. 727 del C.P.C. y 360 C.C., contemplan los mismos hechos para calificar la edad de un individuo, basándose en documentos, como: partida de bautizo, inscripción en algún establecimiento educativo o en declaraciones de testigos, aplicando el Art. 29 de la Ley de Registro Civil, que suplen el certificado de "nacido vivo"; aunque en la práctica puede hacerse un examen somático con dos facultativos médicos o de otras personas idóneas (Art. 728 C.P.C.). Esta diligencia debe ocurrir ante uno de los jueces de lo civil.

7°. En el disenso de los padres o guardadores para el matrimonio de los menores de edad

El Art. 742 del C.P.C. señala que:

"Si alguna de las personas a quienes el Código Civil concede el derecho de oponerse al matrimonio de los menores de edad, no presta su consentimiento para la celebración de dicho matrimonio, el menor que crea infundada la oposición, podrá demandar ante uno de los jueces de lo civil para que se declare infundada la oposición. La demanda se propondrá acompañada de la partida de nacimiento del menor, o de una información de testigos que acredite su edad."

Las personas que pueden oponerse al matrimonio de un menor son los padres, en su falta, los ascendientes de grado más próximo (Art. 83 C.C.), a falta de padre o madre o ascendientes, el curador general, en su defecto, el de

un curador especial (Art. 86 C.C.); las razones que justifiquen el disenso u oposición los determina el Art. 88 del C.C., advirtiendo que el matrimonio contraído por los impúberes es nulo (Nº 3, Art. 95 C.C.).

Los menores deben comparecer ante el juez de lo civil a fin de que se declare infundada la oposición, si no pueden adjuntar la partida de nacimiento, deberán acompañar una información sumaria que acredite su edad.

8º. En la emancipación voluntaria

El Art. 747 del C.P.C., establece que, para demandar la emancipación voluntaria, se debe acompañar una copia de la escritura pública firmada por los padres y el hijo emancipado, en la que se declare la emancipación; además, se debe acompañar una información sumaria que acredite la utilidad que de dicha emancipación resulte al menor.

Esa información sumaria constituye un presupuesto de procedibilidad de la acción, sin la cual, el juez no debe darle trámite ni podrá dictar sentencia aprobando la emancipación.

9º. En el nombramiento de tutores o curadores

Para el nombramiento de tutores o curadores siempre debe oír a los parientes del pupilo, observándose lo que dispone el Art. 27 del Código Civil. A falta de parientes, se debe oír a dos personas de honradez y probidad, y a uno de los agentes fiscales, como prevé el Art. 757 C.P.C.

Es necesaria la audiencia de los parientes cuando se trata de la declaración de interdicción, en los casos de la curaduría del disipador, ebrio consuetudinario y del toxicómano (Arts. 481 y ss C.C.), de la curaduría del demente (Arts. 496 y ss C.C.) y de la del sordomudo (Art. 508 y ss C.C.).

10º. En la venta o hipoteca de bienes de menores

Para la venta o hipoteca de bienes raíces de menores o de otras personas sujetas a tutela o curaduría, según el Art. 790 del C.P.C. se debe justificar la necesidad o conveniencia del acto, particulares que, en la práctica

se acreditan mediante información sumaria; se debe observar lo que disponen los Arts. 28, 314 y 454 del Código Civil.

11°. En el juicio de consignación

De conformidad con el Art. 823 del C.P.C., en concordancia con el Art. 1646 del Código Civil, si el acreedor está ausente del lugar en que debe hacerse el pago y no tiene allí legítimo representante, se debe acompañar una información sumaria justificando que el acreedor está ausente y de la falta de representante en el lugar donde debe hacerse el pago. Dicha información sumaria también es un presupuesto de procedibilidad de la acción, para cumplir con las diligencias de que trata la Sección 20°, sobre el juicio de consignación.

12°. En la recusación a los jueces

El Art. 884 del C.P.C., dispone lo siguiente:

"En los casos de los ordinales 1°, 3°, 6°, 7°, 8° y 9° del Art. 871, se acompañará a la demanda copia conferida, previa citación del juez recusado, de las piezas que sirvan para comprobar el motivo de la recusación. Sin tales pruebas o si ellas no prestan mérito suficiente, se negará de plano la demanda, y se impondrá al actor multa de cinco mil a veinte mil sucres."

Cuando, fundándose la demanda en el caso del ordinal 3°, se alegue que es el juez deudor principal o garante del recusante, se acompañará a la demanda el título de crédito, reconocido por el juez, o inscrito, si fuere instrumento privado. Si se alega que el juez es acreedor de una de las partes, bastará que él lo niegue para que la demanda sea rechazada, con la multa establecida en el inciso precedente, y sin que se suspenda la competencia del juez."

En los casos de los ordinales 4° y 5° deberá acompañarse a la demanda la prueba sumaria, actuada con citación del juez recusado, y se sustanciará el juicio sólo cuando la prueba justifique la causa alegada."

Recordemos, con la opinión de Peñaherrera, que la información sumaria es una investigación breve y preliminar que se practica antes del juicio. El precepto antes transcrito hace relación no sólo a la declaración de testigos para justificar los motivos de recusación contemplados en los ordinales 4° y 5° del Art. 871 del C.P.C., sino que prevé el empleo de otros medios probatorios, como instrumentos privados o copias de documentos o actuaciones judiciales, para los casos de recusación previstos en los ordinales 1°, 3°, 6°, 7°, 8° y 9° del Art. 871.

De otra parte, la información sumaria, consistente en la presentación de documentos o declaraciones de testigos, en los casos de recusación a un juez, se practica con citación del juez recusado, constituyendo una excepción a lo previsto en el inciso segundo del Art. 123 del C.P.C., que dice:

"Para la práctica de la información sumaria o de nudo hecho, en los casos del ordinal 4° del Art. 68, no es necesaria citación previa."

13°. En el amparo de pobreza

El Art. 905 del C.P.C., estipula que:

"El que solicite amparo de pobreza se presentará ante el juez competente para la causa en que ha de gozar del beneficio, con una información de testigos que justifique no tener profesión, oficio o propiedad que le produzca quinientos sucres anuales o una finca valor de un mil sucres. De la demanda se correrá traslado a la persona con quien se va a litigar y al agente fiscal, o a quien haga las veces de éste."

En este caso, la información sumaria, es un presupuesto de procedibilidad para el ejercicio de la acción, la que debe acompañarse a la demanda. Conviene advertir que sobre este caso no se encuentra jurisprudencia, lo cual revela que es un precepto obsoleto, apartado de las exigencias económicas actuales.

14°. En el secuestro de bienes reivindicados

El Art. 932 del C.P.C., prescribe:

"El secuestro de que trata esta Sección, tendrá lugar en los casos a que se refieren los Arts. 230 (suprimido, Art. 49 de la Ley N° 43. R. O. suplemento N° 256, de 18 de agosto de 1989), 965 y 966, inciso segundo, del Código Civil, previa la respectiva información sumaria, aun cuando no concurren las circunstancias que exigen los Arts. 914 y 915 de este Código."

La información sumaria se contrae a justificar el temor de que la cosa se pierda o deteriore en manos del poseedor o que las facultades del demandado no ofrecen suficiente garantía.

15°. En el caso de muerte por desaparecimiento

De lo prescrito por los Arts. 66 y 67 del Código Civil, se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive o su paradero, pese a las diligencias para averiguarlo, y, que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de la existencia del desaparecido, han transcurrido, por lo menos dos años.

En la práctica no existe otra prueba idónea que, la información sumaria, para justificar los tres hechos determinados en la primera condición del Art. 67 del C.C. relacionados con la muerte de un individuo que ha desaparecido,

Esta información sumaria debe adjuntarse a la demanda que debe ser presentada ante el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el Ecuador, de existir dos o más jueces, debe sortearse.

16°. En el caso de que el viudo trate de contraer matrimonio

El Art. 132 del Código Civil, reformado por el Art. 19 de la Ley 43 (R.O. suplemento N° 256, de 18 de agosto de 1989), dispone:

"La autoridad correspondiente, no permitirá el matrimonio "del progenitor soltero, viudo o divorciado que tuviere hijos bajo patria potestad", para contraer matrimonio deberá presentar el nombramiento de curador especial o sin que preceda información sumaria de que el viudo no tiene hijos de precedente matrimonio, que estén bajo su patria potestad, o bajo su curaduría."

La información sumaria está limitada al viudo o viuda que trate de contraer nuevo matrimonio.

17°. En la inhabilidad física o moral de ambos padres

El Art. 283 del C.C., prevé el caso en que el padre o la madre se encuentren inhabilitados física o moralmente de cuidar a sus hijos; al efecto, el juez está facultado para confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona, para cuya elección, deberá preferir a los consanguíneos más próximos, y, sobre todo, a los ascendientes, procediendo a nombrarles un curador. Si el menor es adulto, según el Art. 477 del C.C., a éste le corresponde pedirle al juez le designe la persona que haya de serlo.

La información sumaria, que puede ser instrumental o testimonial, debe acreditar las razones de la inhabilidad física (ausencia, o sentencia que les prive de la patria potestad, que estén guardando prisión, etc.) o moral (temor de que se perviertan, lo que es inconveniente para los hijos).

El Art. 285 del C.C., dispone que: "El juez procederá, para todas estas resoluciones, breve y sumariamente, oyendo a los parientes", puede conceder un término de prueba para que se acrediten los motivos o circunstancias de la inhabilidad física o moral.

18°. Para el arrendamiento de inmuebles que formen el patrimonio familiar

El Art. 858 del Código Civil, dispone:

"En los casos de necesidad o conveniencia, calificados por el juez, previo conocimiento de causa y audiencia del ministerio

público, podrá el instituyente dar en arriendo los inmuebles que formen el patrimonio.

El ministerio público se cerciorará de la necesidad y conveniencia del acto, bajo su más estricta responsabilidad."

En la práctica, para justificar la necesidad o conveniencia del acto, se evacua la información sumaria, para que esas circunstancias sean calificadas por el juez.

Lo mismo ocurre en la extinción del patrimonio familiar por subrogación, prevista en la causal 4° del Art. 868 del Código Civil, se practica la información sumaria para acreditar "la conveniencia en interés común de los beneficiarios". Según el ordinal 10 del Art. 18 de la Ley Notarial (agregado por L.PCL. R. O. Suplemento N° 64, de 8 de noviembre de 1996), también tiene facultad el notario, para: "receptar la declaración juramentada del titular de dominio, con la intervención de dos testigos idóneos que acrediten "la necesidad de extinguir o subrogar, de acuerdo a las causales y según el procedimiento previsto por la Ley, el patrimonio familiar constituido sobre sus bienes raíces."

El inciso final del ordinal 18, Art. 18 de la Ley Notarial, prevé el caso de producirse controversia en los diversos casos de jurisdicción voluntaria encomendados al notario, quien debe abstenerse de seguir tramitando la petición respectiva y remitir a la oficina de sorteos del cantón en el cual ejerce su función, dentro del término de tres días contados desde que tuvo conocimiento del particular o de la oposición de la persona interesada, para que se radique la competencia en uno de los jueces de lo civil.

19°. En la donación

En la donación entre vivos si el valor de las cosas pasa de veinte mil sucres (U.S.A. 0,80 centavos) se requiere autorización del juez, como prevé el Art. 1444 del C.C.; cuando se dona todos los bienes, de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 1451 del mismo Código, se debe justificar con información sumaria la utilidad y conveniencia de la donación y que el donante se reserva lo necesario para su congrua subsistencia.

Sobre este caso, debemos estar a lo que prevé el ordinal 11° del Art. 18 de la Ley Notarial (R. O. S. 64, 8 de noviembre de 1996), cuyo texto es el siguiente:

"Receptar la declaración juramentada del titular de dominio con intervención de dos testigos idóneos que acrediten que la persona que va a donar un bien, tenga bienes suficientes adicionales que garanticen su subsistencia,...").

Ese precepto, exige la declaración juramentada del titular del dominio y, a la vez, la información sumaria de dos testigos, que acrediten que la persona que va a donar un bien, se reserve bienes suficientes que garanticen su subsistencia. Es decir, es un acto de competencia del notario, deja a salvo los derechos de terceros; y, en caso de producirse controversia, el notario se debe abstener de seguir tramitando la petición y debe cumplir lo que dispone el inciso final del ordinal 18° de la Ley Notarial, remitiendo copia auténtica de todo lo actuado a la oficina de sorteos de la Función Judicial para que se radique la competencia ante uno de los jueces de lo Civil.

Ese precepto concuerda con la doctrina que, en términos generales, está de acuerdo respecto a lo que debe entenderse por inspección o reconocimiento judicial.

Escricho²³⁶ enseña: **FUNDADA EN 1620 QUITO**

"Inspección ocular es el examen o reconocimiento que hace el juez por sí mismo o por peritos de la cosa litigiosa o controvertida para enterarse de su estado y juzgar con más acierto. Suele hacerse en los pleitos sobre términos de pueblos y heredades, servidumbres rústicas o urbanas, edificios ruinosos, heridas, daños y otros en que las partes la piden o el juez la manda hacer de oficio para mejor proveer."

CAPITULO XII

6° LA INSPECCION JUDICIAL

136. Concepto.

Tradicionalmente a esta diligencia se la denominaba "inspección ocular", equivalente a vista de ojos, aunque el Art. 252 del Código de Procedimiento Civil sigue conservando esa expresión, al decir: "que demandan examen ocular...", sin embargo, de manera general la "inspección judicial", según el Art. 246 prescribe:

"Inspección judicial es el examen o reconocimiento que el juez hace de la cosa litigiosa o controvertida, para juzgar de su estado y circunstancia."

Ese precepto concuerda con la doctrina que, en términos generales, está de acuerdo respecto a lo que debe entenderse por inspección o reconocimiento judicial.

Escribiche ²³⁶ enseña:

"Inspección ocular es el examen o reconocimiento que hace el juez por sí mismo o por peritos de la cosa litigiosa o controvertida para enterarse de su estado y juzgar con más acierto. Suele hacerse en los pleitos sobre términos de pueblos y heredades, servidumbres rústicas o urbanas, edificios ruinosos, heridas, daños y otros en que las partes la piden o el juez la manda hacer de oficio para mejor proveer."

Devis Echandía²³⁷, dice:

"Se entiende por inspección o reconocimiento judicial, una diligencia procesal, practicada por un funcionario judicial, con el objeto de obtener argumentos de prueba para la formación de su convicción, mediante el examen y la observación con sus propios sentidos, de hechos ocurridos durante la diligencia o antes pero que subsisten o de rastros o huellas de hechos pasados, y en ocasiones de su reconstrucción.

Ese examen y la percepción de los hechos o de sus huellas o rastros lo realiza el juez principalmente con su vista, pero en ocasiones también con su oído, su olfato, su tacto e incluso su gusto. Por esta razón es incorrecto denominar estas diligencias inspecciones oculares, en vez de inspecciones o reconocimientos judiciales."

Juan Isacc Lovato²³⁸ afirma:

"Siguiendo especialmente a nuestro legislador, bien podemos decir que la inspección judicial es el reconocimiento que el juez hace de personas, lugares, cosas o documentos que interesan al proceso, para verificar las circunstancias que interesen a la solución de la litis o asunto sometido a su resolución."

Es decir, la inspección judicial sirve para el examen u observación no solo de cosas sino de personas, tal el caso previsto en el Art. 763 del C.P.C., relacionado con el reconocimiento y examen de quien se pretende declararla interdicta por demencia o locura; precepto que es concordante con el Art. 500 del C.C.

Esta diligencia se la puede practicar como acto preparatorio, según el ordinal 5° del Art. 68 del C.P.C. o dentro del término de prueba, como disponen los Arts. 121 y 319 del C.P.C., con el objeto de obtener argumentos

²³⁷ Hernando Devis Echandía. "Teoría General de la Prueba Judicial". Tomo II. 4ª Edición. 1993. pág. 415.

²³⁸ Juan Isaac Lovato. Obra citada. Octavo Tomo. 1973. págs. 405406

de prueba para la formación de la convicción del juez, mediante la observación directa o por sus propios sentidos de la cosa u objetos litigiosos o controvertidos, así lo establece el Código Civil, al referirse a los medios de prueba "inspección personal del juez" (inc. 2º, Art. 1742).

La inspección se la puede practicar en cualquier lugar de la República, inclusive en los lugares donde el juez no ejerza jurisdicción, con fundamento en lo que dispone el Art. 181 L.O.F.J., porque esta diligencia es esencial en muchos casos, como en los de interdicción por demencia o locura (Art. 500 C.C.), en las denuncias de obra nueva (Art. 692 C.P.C.), en las que el juez debe examinar personalmente, por lo que no debe comisionarse o deprecarse, porque el acto proporciona al juez la oportunidad para una captación directa del elemento probatorio mediante la observación inmediata de hechos materiales o cosas, personas o documentos en general.

La Corte Suprema de Justicia ha considerado que no debe comisionarse o deprecarse la diligencia de inspección, estableciendo que nada hay más valedero que lo que aprecia el juez que conoce de la causa; el fundamento del mérito o valor probatorio de la inspección judicial, como afirma Devis Echandía²³⁹ "radica en que es el mismo juez el que examina el hecho que se pretende probar, por dos razones:

a). La confianza que inspira la verificación de la existencia o inexistencia de un hecho u objeto mediante la directa percepción del juzgador, en virtud de que existe una relación directa e inmediata entre la mente del examinador o inspector y el hecho u objeto examinado o inspeccionado; y,

b). La fe que se otorga al funcionario que practica la diligencia, en cuanto a su capacidad y rectitud, para referir con honestidad, veracidad y exactitud lo observado o examinado por él."

137. Objeto de la Inspección

Lovato²⁴⁰, de manera general, señala que "pueden ser objeto de la inspección judicial las personas, los lugares, las cosas muebles o inmuebles y

²³⁹ Hernando Devis Echandía. "Teoría General de la Prueba Judicial". 4ª Edición. 1993. Tomo II. pág. 428.

²⁴⁰ Juan Isaac Lovato. Obra citada, Octavo Tomo. pág. 408.

los documentos." A lo que debemos agregar que, como en toda prueba, es la verificación de hechos materiales de toda clase, pueden ser hechos ocurridos antes, pero, que todavía subsisten total o parcialmente; también pueden ser hechos producidos en el momento mismo de la diligencia, las huellas y los rastros de un hecho pasado transitorio; los inmuebles, para identificarlos, establecer sus características, su estado actual, su extensión, las construcciones u obras, los cultivos o sementeras que en ellos se encuentren; los documentos en general, los archivos, expedientes o procesos; los bienes muebles, los animales o personas cuando se trata de verificar su estado físico o las heridas o lesiones que tengan, los cadáveres de personas o animales, o también para la reconstrucción de hechos. Advertimos que cuando se pretenda inspeccionar documentos o cosas la parte contraria o el tercero en cuyo poder estén los documentos o cosas pueden negarse y la diligencia fracasará, sin que sea procedente ninguna sanción, a menos que la persona en cuyo poder existe el documento o el objeto por inspeccionar, esté dispuesta a presentarlos voluntariamente, por consiguiente, es aconsejable solicitar la exhibición para practicar sobre ellos una inspección judicial, por cuanto la exhibición tiene trámite diferente (s 106 y 112). En relación a la identificación o reconocimiento de personas o animales o cadáveres pueden ser obtenidos por otros medios, como ocurre en los procesos penales, el reconocimiento por testigos o el dictamen de peritos.

Devis Echandía ²⁴¹ enseña:

"Los hechos pasados que no subsisten ya, ni hayan dejado rastros o huellas y los hechos que se supone que lleguen a existir o futuros, no pueden ser objeto de inspección judicial, porque el juez no puede percibirlos.

Tampoco son objeto de esta prueba las deducciones o suposiciones que el juez pueda formularse, mediante razonamientos lógicos, con base en los hechos observados por él."

Si se le pide al juez verificar un hecho o ciertas características de algún hecho y no existen o no las encuentra, se debe dejar constancia en el

²⁴¹ Hernando Devis Echandía. "Teoría General de la Prueba Judicial". Tomo II. 1993. pág. 430.

acta de que no fueron observados, por no tratarse de hechos permanentes o transitorios sino de deducciones o suposiciones y lo que el juez debe dejar constancia es el resultado de sus percepciones.

Respecto de las circunstancias o hechos materiales que el juez deje constancia en el acta, sirven de fundamento para el ejercicio de la acción, para demandar, puesto que, según el Art. 252 del C.P.C. la inspección judicial hace prueba en los asuntos que versan sobre localidades, linderos, curso de aguas y otros casos análogos, que demandan examen ocular o conocimientos especiales.

138. Trámite de la inspección

Cinco son los aspectos esenciales de la diligencia, a saber:

1º. Iniciación de la diligencia. Ordenada la inspección, el juez señalará, en la misma providencia, el día, la fecha y hora en la que debe practicarse (Art. 247 C.P.C.).

La Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia ²⁴², respecto de la fecha, establece lo siguiente:

"TERCERO. De la diligencia de inspección judicial practicada como diligencia previa y agregada a los autos,...y sin que esta Sala pueda entrar a considerar el informe presentado por el perito Ing. H. N. R., designado por la parte actora en la diligencia de inspección solicitada como prueba, puesto que la práctica de esta diligencia, en providencia de 29 de julio de 1975, fs. 16 vta., se ha fijado para "el día lunes 18 de agosto del presente año (1975) a las diez de la mañana", pudiendo las partes designar sus peritos hasta el momento de la diligencia y la misma se realiza en fecha no señalada "el 19 de agosto de 1975, día martes", como consta a fs. 17, consecuentemente, sin la concurrencia del demandado y afectando el derecho de éste a la defensa, y sin que, consiguientemente, sus observaciones al

informe presentado por el Ing. N. R. y ampliación del mismo, sean valederas;"

La diligencia comienza cuando el juez llega al lugar de los hechos o donde se encuentren las cosas que debe examinar, pero para efecto de la oportunidad es suficiente que el juez de por iniciada en su despacho dentro de la hora señalada (Art. 248 C.P.C.), advirtiendo que se debe tener presente lo dispuesto por el Art. 2, del Decreto Ley N° 72, publicado en el R. O. suplemento N° 574, de 23 de noviembre de 1994, que reforma el Art. 1059 del C.P.C. que dispone:

"Cuando se señale día y hora para que tenga lugar una diligencia judicial, se considerará que ha incurrido en rebeldía por falta de comparecencia la parte que no ha concurrido transcurridos diez minutos después de la hora fijada."

2º. Examen de las cosas por el juez.

Para que la inspección judicial sea válida debe ser realizada por el juez que conoce la causa o al comisionado (en lo posible, debe evitarse) acompañado generalmente de su Secretario, en caso de que éste faltare, intervendrá otro empleado que haga las veces de tal, en calidad de Secretario interino o ad-hoc (Art. 119 L.O.F.J.). Una vez en el lugar donde se encuentran las cosas o hechos por examinar o reconocer el juez procede a identificarlos, previo su examen, y si se trata de asuntos litigiosos que demanden conocimientos sobre alguna ciencia, arte u oficio designará perito "tan sólo si lo considerare conveniente" (Art. 247 C.P.C.); sin embargo, las partes podrán de mutuo acuerdo elegir el perito o solicitar que se designe más de uno para la diligencia, acuerdo que será obligatorio para el juez (Art. 256 C. P.C.).

La Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 20 de agosto de 1985, señala lo siguiente:²⁴³

"SEXTO. El Art. 273 (hoy, Art. 256) del Código de Procedimiento Civil, reformado por el decreto supremo 3070,

publicado en el Registro Oficial 735 de 20 de diciembre de 1978, dice: "el Juez nombrará un solo perito en la persona que él escoja. No obstante, las partes podrán de MUTUO ACUERDO elegir el perito o solicitar que se designe a más de uno para la diligencia, acuerdo que será obligatorio para el Juez". El acuerdo de las partes para elegir otro perito no se produjo. Sin embargo, el señor Juez de la causa, a solicitud del demandado y escogiéndolo de entre una terna presentada por éste, nombra otro perito, nombramiento que recayó en la persona del Coronel(r) Jaime Durán Arias, residente en Quito, quien se posesionó del cargo y presentó su informe que consta de autos, pero que no puede ser tomado en cuenta porque el Juez no está facultado para nombrar dos o más peritos, sino uno solo, conforme lo preceptúa el Art. 273 (hoy, 256) reformado del Código antes mencionado."

En todo caso, el juez debe verificar todos los detalles y características que permitan identificar lo que observa, que no quede duda, verificación que la realizará por sus propios sentidos, por ser el objeto primordial de la diligencia. Cuando esa labor exige ciertos conocimientos técnicos, científicos o artísticos que el juez no tiene, debe encomendar esa labor al perito o peritos, aunque nuestra ley procesal dispone que: "Puede el juez no apreciar el dictamen del perito o peritos, contrario a lo que el mismo percibió por sus sentidos en el reconocimiento...", puesto que "no es obligación del juez atenerse, contra su convicción, al juicio de los peritos." (Arts. 253 y 266, inc. 2º C.P.C.).

3º. Investigaciones adicionales que puede hacer el juez.

La actividad del juez es fundamental en esta diligencia, tomando en cuenta lo que dispone el Art. 249 del C.P.C., cuando dice que puede "tomar cualquier otra medida que considere útil para el esclarecimiento de la verdad", como levantar planos, que se hagan reproducciones, experimentos, grabaciones mecánicas, copias fotográficas, cinematográficas o de cualquier otra índole, si dispone de medios para ello. Durante la diligencia también puede ordenar la reconstrucción de hechos para verificar el modo como se realizaron, examinar a las personas prácticas que conozcan el lugar o la cosa.

Devis Echandía²⁴⁴, dice:

"Si la diligencia se practica en un inmueble con el fin de verificar ciertos hechos o cosas o animales, ningún inconveniente hay para que las partes soliciten, o el juez de oficio disponga, que se extienda a otros hechos, cosas o animales que existan en el mismo inmueble."

4º. Pruebas conexas que puedan practicarse durante la diligencia.

De conformidad con el Art. 249 del C.P.C., el juez tiene amplias atribuciones para ordenar la práctica de otros medios de prueba, siendo la única limitación la de calificar la pertinencia de los hechos materia de la inspección, esto es, que el juez considere la conveniencia del examen, por ejemplo, de otro predio, cuando se discute los linderos, el nacimiento o el curso de aguas que existe en el inmueble inspeccionado y que proviene o se extiende de los predios vecinos (Art. 252 C.P.C.), en estos casos, esa importantísima facultad que tiene el juez, le permite apreciar esas circunstancias con amplio criterio, de investigar los hechos que se relacionan con la diligencia, esto es, que puede recibir pruebas distintas a su examen o reconocimiento, tales como ordenar el levantamiento de planos o que se hagan reproducciones, experimentos, grabaciones mecánicas, copias fotográficas, cinematográficas, etc., si dispone de medios para ello; además, se podrá recibir declaraciones de testigos. Tanto las declaraciones de los testigos, que deben redactarse separadamente del acta, en la forma establecida por la ley (Arts. 223 y ss C.P.C.), como los documentos que se presentaren se agregarán después del acta (inc. 2º Art. 248 C.P.C.).

Respecto de los documentos, el precepto antes invocado dice: "...si hubieren sido presentados dentro del término correspondiente, surtirán los respectivos efectos probatorios,..." se refiere a los que hayan sido solicitados en el término de prueba y que el juez haya ordenado en la forma prescrita por el Art. 179 del C.P.C., entonces pueden presentarse durante la inspección judicial y el juez está en el deber de agregarlos y tenerlos en cuenta por haber sido aducidos oportunamente, por así disponer los Arts. 121 y 319 del C.P.C., cuyo texto es el siguiente:

²⁴⁴ Hernando Devis Echandía. Obra citada. Tomo II, pág. 452.

"Art. 121. Sólo la prueba debidamente actuada, esto es, aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la Ley, hace fe en juicio."

"Art. 319. Las pruebas deben presentarse y practicarse dentro de los respectivos términos probatorios, salvo los casos expresamente autorizados por la Ley."

El problema surge cuando el documento público o privado no ha sido aducido como prueba en el término de prueba y se presenta durante la inspección como prueba nueva y adicional a esta diligencia; en este caso, la admisibilidad de los documentos o la declaración de los testigos deben referirse a los puntos objeto de la inspección. Sin embargo, en los casos dudosos el juez debe obrar con un criterio amplio y dejar para el momento de resolver en auto o sentencia la calificación del mérito de esa prueba, porque en esa oportunidad puede considerar si esos documentos han sido mal agregados, o no tenían relación con el objeto de la inspección, en cuyo caso, debe negarles mérito probatorio.

5°. Redacción del acta y su firma.

Es aconsejable que el acta sea redactada en el mismo lugar del hecho, ya que esto permite que la suscriban todas las personas que se han encontrado en el lugar, para que quede más fiel, para no correr el riesgo de que alguna de las personas que deben firmarla no concorra luego a hacerlo, para que conste la nómina de los testigos y su firma, la posesión de perito o peritos y el término que debe concedérseles para la presentación de sus informes; y, fundamentalmente para que quede constancia de las alegaciones formuladas por las partes y de los documentos que se agreguen y de las observaciones o descripciones de lo que hubiese examinado el juez, como preceptúa el Art. 248 del C. P.C.

Terminada la redacción del acta, se procede a su firma. Si alguna de las partes se niega a firmar por algún motivo, se expresará esa circunstancia, la misma que no afecta el valor de la diligencia ni del acta.

La falta de firma del juez dejaría sin valor el acta de la diligencia, por ser un documento en el que interviene un funcionario público y como tal goza

de autenticidad; la falta de la firma del Secretario, no afecta al acta, porque tiene por objeto únicamente dar fe del acto o puede suplirse con otras pruebas, como su testimonio posterior o una certificación o constancia suya y puede poner su firma en cualquier momento mientras desempeñe ese cargo.

139. Inspección judicial y dictamen pericial

En la inspección judicial la función del juez es importante, por el contacto personal y directo que hace con el hecho u objeto materia de la diligencia, adquiere certeza para decidir si tal hecho existe o no, con lo que puede solucionar la controversia, por ello, el Art. 247 del C.P.C., prevé que el juez "designará perito tan sólo si lo considerare conveniente", dejando a salvo de que si la verificación de tal hecho u objeto exige conocimientos técnicos sobre alguna ciencia, arte u oficio que no posea el juez, éste debe nombrar un perito en la materia, en la persona que él escoja, sin perjuicio de que las partes de mutuo acuerdo elijan el perito o soliciten que se designe a más de uno, como dispone el Art. 256 del C.P.C., dándole mayor seguridad; en consecuencia, existe una doble prueba, de una parte, el reconocimiento de los hechos percibidos directa y personalmente por el juez, y de otra, la peritación, o sea, los conocimientos especiales, técnicos, científicos o artísticos de lo percibido por los peritos, cuyo valor o mérito probatorio son propios del juez, evitando posibles errores que pueden presentarse, como sucede en todos los medios de prueba.

Framarino Dei Malatesta²⁴⁵, advierte esa diferencia, entre la inspección y la peritación, señalando que:

"...no es posible confundirlas, pues aunque coincidan en la prueba del hecho, siguen siendo dos pruebas distintas."

Sin embargo, el Art. 253 del C.P.C., dispone:

"Puede el juez no apreciar el dictamen del perito o peritos, contrario a lo que el mismo percibió por sus sentidos en el"

²⁴⁵ Framarino Dei Malatesta. "Lógica de las pruebas en materia criminal". Editorial Temis. Bogotá. 1964. Tomo II, págs. 299300.

²⁴⁶ Fernando Davis Echandia. Obra citada. Tomo I, pág. 452.

reconocimiento, y ordenar que se practique nueva inspección con otro u otros peritos."

En concordancia con ese precepto, el inciso final del Art. 266 del C.P.C., dice:

"No es obligación del juez atenerse, contra su convicción, al juicio de los peritos."

Por último, en la inspección judicial, debemos observar lo que dispone el Art. 250 del C.P.C., que preceptúa:

"Al acta se agregará el informe del perito o peritos y los mapas o planos que hubieren levantado; y lo uno y lo otro se pondrán en conocimiento de las partes."

Es obligación del juez correr traslado a las partes con el informe presentado por el perito o peritos, para que formulen las observaciones que sean necesarias, puesto que, si adoleciere de **error esencial**, esto es, cuando afecta a la sustancia o calidad esencial del objeto o la cosa es diversa de lo que es o se cree (Arts. 1487, 1496 y 1497 C.C.), probado sumariamente ese error, a petición de parte o de oficio, deberá el juez ordenar que se corrija por otro u otros peritos, sin perjuicio de la responsabilidad en que los anteriores hubieren incurrido por dolo o mala fe (Art. 262 C.P.C.).

En cambio, si en el dictamen pericial existiere **error de cálculo**, como por ejemplo: no se ha liquidado bien el crédito, y si las partes nada dicen y quedó ejecutoriada la sentencia, puede pedirse en cualquier tiempo que se corrija dicho error (Art. 299 C.P.C. y Art. 2384 C.C.).

Cuando hay **error accidental** acerca de otra cualquiera calidad de la cosa u objeto, no afecta al informe pericial, porque se puede pedir la aclaración o ampliación si es insuficiente para esclarecer el hecho disputado, el juez exigirá que el perito o peritos den la conveniente explicación (inc. 2º, Art. 1497 C.C. y Art. 261 C.P.C.).

Ampliaremos sobre la inspección judicial y la peritación al tratar sobre la prueba.

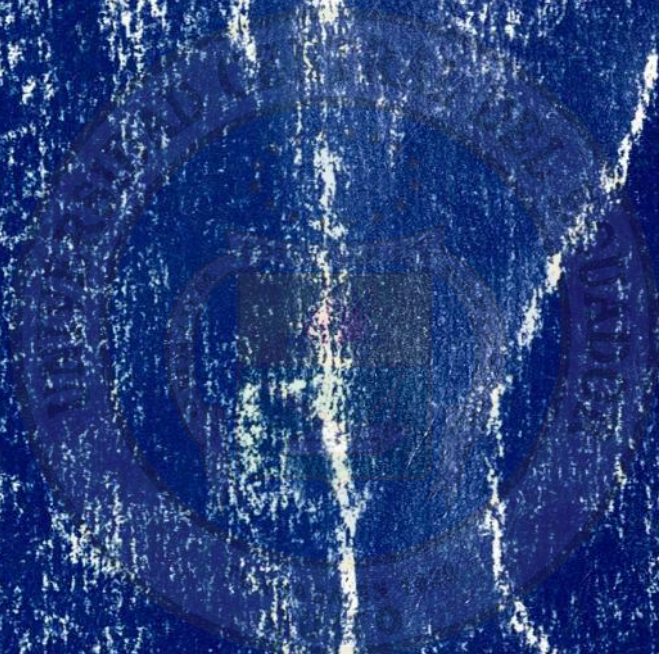
[illegible]

Volumen II.

La Teoría general de la demanda,
el derecho de contradicción
del demandado mediante
defensas y excepciones.

Volumen III

De la prueba,
los medio de prueba,
actos de alegación,
de decisión,
de impugnación y ejecución.
Terminación anormal del proceso.



*Quito - Ecuador
Enero - 2001*