



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES
“ANDRÉS F. CÓRDOVA”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES**

**ANUNCIO Y ADMISIBILIDAD DE MEDIOS PROBATORIOS EN LA AUDIENCIA DE
APREMIO PERSONAL EN MATERIA DE ALIMENTOS**

AUTORA: KARLA DOMÉNICA ALOMÍA SANDOVAL

**DIRECTORA DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN:
ABG. MARÍA FERNANDA BASTIDAS PÉREZ**

QUITO, JUNIO 2022

RESUMEN

En la actualidad, de conformidad con el artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, en la audiencia de apremio en materia de alimentos que se convoca en razón del incumplimiento en el pago de dos o más pensiones alimenticias, no se exige el anuncio de medios probatorios encaminados a demostrar las circunstancias de dicho incumplimiento, por lo tanto, tampoco existe un ejercicio de admisibilidad de la prueba por parte del juzgador.

El análisis que desarrollaré en la presente investigación consistirá en cómo la falta del anuncio y admisibilidad de los medios probatorios en esta audiencia, afecta el derecho a la defensa y concomitantemente el derecho de contradicción, garantías del debido proceso establecidas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, contradiciendo además el espíritu del Código Orgánico General de Procesos.

La normativa ecuatoriana establece que la finalidad de los medios probatorios es llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos, es decir, la masa probatoria debe llevar al juez a una certeza sobre el litigio.

El propósito del anuncio de los medios probatorios es conocer con anticipación cuáles serán las pruebas que se van a utilizar dentro del proceso judicial y garantizar el derecho de contradicción de la contraparte, por otro lado, la admisibilidad tiene como fin que el juez califique la pertinencia, conducencia y utilidad de los medios probatorios, con el objetivo de permitir o no la práctica del material probatorio en la audiencia.

PALABRAS CLAVE: Niñez y Adolescencia, Alimentos, Procesos Judiciales, Apremio

ÍNDICE

RESUMEN	II
PRELIMINARES	V
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y HONESTIDAD ACADÉMICA.....	V
CERTIFICADO DE APROBACIÓN DEL TUTOR	VI
DEDICATORIA	VII
AGRADECIMIENTO	VIII
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	3
MARCO TEÓRICO.....	3
1. Principio del Interés Superior del Niño.....	3
1.1. Derecho de Alimentos	6
2. Origen de la prueba	9
2.1. Definiciones.....	11
2.2. Medios y fuentes de prueba	12
2.2.1. Prueba documental.....	13
2.2.2. Prueba testimonial.....	14
2.2.3. Prueba pericial	15
2.2.4. Inspección judicial	16
3. Anuncio de medios probatorios.....	17
4. Admisibilidad de medios probatorios	19
4.1. Pertinencia	21
4.2. Conducencia	22
4.3. Utilidad.....	23
5. Definiciones de Derecho a la Defensa	24

6. Conclusiones generales del capítulo	26
CAPÍTULO II	28
MARCO NORMATIVO	28
1. Antecedentes de la audiencia de apremio personal en materia de alimentos	28
1.1. Análisis jurisprudencial	29
2. La prueba según el Código Orgánico General de Procesos	37
3. Derecho a la Defensa en la legislación.....	42
4. Derecho Comparado.....	44
4.1. Colombia	44
4.2. Chile.....	46
5. Conclusiones generales del capítulo	48
CAPÍTULO III.....	51
RESULTADOS ALCANZADOS	51
1. Inexistencia de la etapa de anuncio y admisibilidad de medios probatorios en la audiencia de apremio personal en materia de alimentos	51
2. Vulneración del Derecho a la Defensa.....	53
3. Efectos y alcance de los resultados alcanzados.....	55
3.1. Propuesta normativa	56
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	61
1. CONCLUSIONES... ..	61
2. RECOMENDACIONES	63
BIBLIOGRAFÍA	63
PLEXO NORMATIVO	67
JURISPRUDENCIA	67

PRELIMINARES

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y HONESTIDAD ACADÉMICA

Yo, ALOMÍA SANDOVAL KARLA DOMÉNICA, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido presentado anteriormente para ningún grado o calificación profesional y que se ha consultado la bibliografía detallada.

Cedo mis derechos de propiedad intelectual a la Universidad Internacional del Ecuador, para que sea publicado y divulgado en internet, según lo establecido en la, Ley de Propiedad Intelectual, su reglamento y demás disposiciones legales.



KARLA DOMÉNICA ALOMÍA SANDOVAL

C.I.: 175252035- 1

CERTIFICADO DE APROBACIÓN DEL TUTOR

Yo, BASTIDAS PÉREZ MARÍA FERNANDA, certifico que conozco al autor del presente trabajo siendo la responsable exclusiva tanto de su originalidad y autenticidad, como de su contenido.



Abg. María Fernanda Bastidas Pérez, Mgts.

DIRECTORA DE TESIS

DEDICATORIA

Con todo mi amor y cariño le dedico el resultado de este trabajo a mis padres Magdalena y Carlos y a mi hermano Sebastián pues sin ustedes no lo hubiera logrado, porque son el pilar fundamental en mi vida, me ayudan a salir adelante, a ser mejor cada día, me contienen en los momentos malos y disfrutamos juntos los buenos.

A mis papás porque aspiro a llegar a ser algo de todo lo que ustedes son, todo su amor sin pedir nada a cambio ha hecho que yo siempre quiera lograr grandes cosas por y para ustedes.

A mi hermano porque sentó en mí las bases de responsabilidad y deseos de superación, tu cariño y el de nuestros papás es el detonante de mi felicidad y de mi esfuerzo.

También quiero dedicar esta tesis a mis abuelitos, tías, tíos, primas y primos, por ser las personas que siempre se preocupan por mí, a diario aprendo mucho de cada uno de ustedes, nunca me han dejado caer y confían en que puedo cumplir todas mis metas.

AGRADECIMIENTO

Agradezco eternamente a mi mamá por hacer posible que pueda culminar otra etapa más en mis estudios, a mi papá por estar pendiente de que nunca me falte nada, gracias amados padres por su perpetuo apoyo y por su gran sacrificio para que siempre tenga lo mejor.

A mi lindo hermano por inspirarme a ser mejor para ser un buen ejemplo para él, por ser mi compañero de vida, me alientas y me alegras cuando siento que ya no puedo.

A toda mi maravillosa familia, por su abundante bondad y sostén, me han enseñado a valorar todo lo que tengo, siempre han creído en mí y sé que con ustedes a mi lado lograré todas mis metas.

A la Universidad Internacional del Ecuador por permitir convertirme en una profesional, gracias a todos los docentes que a lo largo de la carrera me brindaron sus conocimientos y sabiduría.

Agradezco también a mi tutora por su dedicación, paciencia y apoyo constante, gracias por su guía y sus consejos, sin su ayuda no hubiese logrado llegar a esta instancia tan anhelada

INTRODUCCIÓN

El 10 de mayo de 2017 la Corte Constitucional del Ecuador dictó la sentencia N° 012-17-SIN, en la cual declaró la inconstitucionalidad sustitutiva del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), reemplazándolo íntegramente.

A raíz de la mencionada sentencia el artículo 137 del COGEP dispone que previo a dictar las medidas de apremio aplicables al alimentante en virtud del incumplimiento en el pago de las pensiones alimenticias, se convoque previamente a una audiencia, en la cual el alimentante tiene la obligación procesal de demostrar y acreditar las circunstancias extraordinarias que le impidieron cumplir con el pago de la obligación; ya que, si no se demuestran tales circunstancias, el juez procederá a dictar el apremio total hasta por treinta días y los apremios reales que sean necesarios y finalmente, el pago por parte de los obligados subsidiarios.

El artículo antes expuesto, en ninguno de sus incisos exige que el alimentante previo a la audiencia anuncie los medios probatorios destinados a demostrar su incapacidad de cumplir con el pago de las pensiones adeudadas, sin que exista, por tanto, un examen riguroso respecto a la admisibilidad de los mismos. En la práctica los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia tan solo en el momento de la audiencia convocada al amparo del artículo 137 del COGEP, analizan los medios probatorios destinados a justificar el incumplimiento de pago por parte del alimentante.

El Código Orgánico General de Procesos en su artículo 158 establece que la finalidad de la prueba es llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos, en esta disposición podemos encontrar elementos de valoración de la prueba, así como la verdad procesal y realización de la justicia, ya que, la masa probatoria debe llevar al juez a una certeza sobre los hechos alegados en la controversia.

El artículo 159 de la mencionada norma procesal dispone que la prueba que no sea anunciada no puede introducirse en la audiencia. El espíritu del COGEP consiste en que las partes procesales anuncien los medios probatorios, con anterioridad a la audiencia, con la finalidad de garantizar el derecho de contradicción de la otra parte. Por ello el artículo 142 numeral 7 y el artículo 152, exigen que las partes procesales anuncien sus pruebas en sus actos de proposición. En tal sentido, el artículo 169 ibidem ordena que las partes pongan con anticipación suficiente a

disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder y que los medios de prueba anunciados, así como aquellos que fueron solicitados con auxilio judicial sean incorporados al proceso antes de la audiencia preliminar o única.

Posterior al anuncio de los medios probatorios, se debe calificar su admisibilidad. De conformidad con el artículo 160 del COGEP el juez en la audiencia debe analizar la pertinencia, utilidad y conducencia de los medios probatorios para admitirlos o inadmitirlos dentro del proceso, careciendo de eficacia probatoria la prueba actuada sin oportunidad de contradecir.

La formulación del problema objeto de estudio de la presente investigación, deviene de que en la audiencia de apremio personal en materia de alimentos que nace del incumplimiento del pago de la pensión alimenticia, no existe una etapa de anuncio y admisibilidad de medios probatorios, lo que sucede es que, en la propia audiencia el juez valora la prueba que demuestra la incapacidad del alimentante de cumplir con sus obligaciones.

Sin embargo, la falta del anuncio de los medios probatorios produce que la contraparte no pueda ejercer su derecho de contradicción, debido a que no conoce las pruebas que se van a presentar para justificar el incumplimiento del pago, por lo tanto, no puede contradecirlas según el sistema establecido en el COGEP, en clara vulneración del derecho a la defensa, establecido en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

Además del anuncio de los medios probatorios se requiere en esta audiencia que los jueces realicen un examen riguroso respecto de la admisibilidad de la prueba y analicen su pertinencia, esto es que la prueba se refiera directa o indirectamente a los hechos controvertidos; conducencia, esto es la idoneidad legal de la prueba para demostrar determinado hecho; y, su utilidad, esto es que la prueba sirva para llevar al juzgador al convencimiento de los hechos, con la finalidad de que tan solo los medios de prueba admitidos puedan ser producidos y valorados por el juzgador.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1. Principio del Interés Superior del Niño

Previo a definir que es el Interés Superior del Niño, debemos conocer en qué consisten los principios, Robert Alexy en su libro *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1993), escribió que los principios son “mandatos de optimización”, es decir, son normas jurídicas que deben ser aplicadas y el término optimización hace referencia a que su finalidad es alterar el sistema jurídico y también la realidad.

Para Ramiro Ávila en su obra *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos* (2012), el principio es una norma ambigua, general y abstracta:

- Ambigua: Necesita ser interpretada y recreada, no tiene hipótesis de hecho ni tampoco determina obligaciones o soluciones.
- General: Está dirigida para todas las personas o colectivos, públicos y privados.
- Abstracta: Funciona como parámetro de interpretación para las normas jurídicas y situaciones fácticas.

Se dice que los principios son ambiguos porque las soluciones de un caso pueden ser múltiples, no obstante, solo pueden ser determinadas en el caso concreto, para Alexy los principios proporcionan un haz de posibilidades para quien interpreta o aplica el derecho.

Por ejemplo, uno de los principios rectores en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) es el Principio del Interés Superior del Niño, el interés superior significa que cuando se interpretan los derechos es primordial establecer el modo de aplicarlos de manera que se procure el pleno ejercicio de todos sus derechos.

Ramiro Ávila en *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos* (2012), hace un acercamiento a este principio y menciona que el interés superior del niño significa que “cuando se interpretan los derechos se tiene que visualizar la manera de aplicarlos de tal modo que se promueva el ejercicio de derechos y el desarrollo de las potencialidades de los niños y niñas.”

Isaac Ravetllat es autor de la obra *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término* (2012), en la cual considera al interés superior del niño como un principio general que conlleva todos y cada uno de los derechos fundamentales, asegurando la total protección de los

NNA, con una fórmula destinada a su formación y con un acercamiento a la posibilidad del libre desarrollo de su personalidad.

La Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) en su artículo 44 sobre Niñas, niños y adolescentes expresa que “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”.

El reconocimiento constitucional del Interés Superior del Niño obligó a los juzgadores a decidir acerca de los derechos de los NNA, teniendo en cuenta el mencionado principio, el cual, al ser considerado la primera medida internacional de protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, que aboga por la presencia de éstos en la toma de cualquier tipo de decisión administrativa o jurídica relacionada con asuntos vinculantes o directos con ellos, convirtió a los NNA en sujetos de derechos.¹

Una vez considerados sujetos de derechos, por su condición los NNA entran en el grupo de atención prioritaria, la CRE recoge los derechos de las personas de atención prioritaria en donde se encuentran las personas mayores, migrantes, embarazadas, niños/niñas y adolescentes, personas con discapacidad, privadas de libertad, usuarias y consumidoras.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José, en su artículo 19 estatuye que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) estipula que “...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

El Principio del Interés Superior del Niño tiene un reconocimiento internacional en la CDN artículo 3, numeral 1:

“Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las

¹ Murillo, K., Banchón, J. & Vilela, W. *El principio de interés superior del niño en el marco jurídico ecuatoriano*. Machala: Revista Universidad y Sociedad, 2020.

autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

En Ecuador, en el Código de la Niñez y Adolescencia (en adelante CONA), el interés superior del niño es un principio fundamental y en su artículo 11 lo define como:

“El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.”

Para la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013), el objetivo del concepto de interés superior del niño es “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”, al respecto subraya que este concepto abarca tres dimensiones:

- a. Un derecho sustantivo: El derecho del niño a que su interés superior debe ser una consideración primordial y la garantía de que ese derecho prevalecerá en la toma de decisiones.
- b. Un principio jurídico interpretativo fundamental: Se elegirá en todo momento la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
- c. Una norma de procedimiento: En la toma de decisiones, si una de estas, afecta a los NNA, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles

repercusiones positivas o negativas de la decisión en los NNA interesados.

El interés superior del niño constituye un principio fundamental por encontrarse inmerso en los grupos de atención prioritaria, su pleno cumplimiento constituye la protección a los NNA a quienes se les debe precautelar el ejercicio de todos sus derechos y su completo desarrollo de personalidad. Una vez definido el principio de interés superior del niño pasaremos al derecho de alimentos.

De lo expuesto dentro de la normativa nacional e internacional podemos recalcar que, las personas que forman parte de la atención prioritaria gozan de los mismos derechos que las demás, más ciertos derechos que tienen por su particular situación, en este caso, los niños, niñas y adolescentes, debido al Principio del Interés Superior del Niño.

1.1. Derecho de Alimentos

Guillermo Cabanellas Torres en su Diccionario Jurídico Elemental define a los alimentos como las asistencias que por ley, contrato o testamento se dan a algunas personas para su manutención y subsistencia; esto es para comida, bebida, vestido, habitación, y recuperación de la salud, además de la educación e instrucción cuando el alimentado es menor de edad

Por su parte, el doctrinario Lázaro Palau refiere este derecho son obligaciones legales en virtud de las cuales el deudor, unido por un vínculo de parentesco con el acreedor, se obliga a suministrarle los medios necesarios para su subsistencia cuando se halla en situación de necesidad.

La Observación General 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999), definió al derecho de alimentos como:

"El derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna."

Por su parte, el CONA en su título V, capítulo I, artículo innumerado 2, expresa que:

“El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. [...]”

El alimentante siempre deberá proporcionar a su hijo una alimentación adecuada, que sea nutritiva y suficiente acorde a la edad; salud integral, control médico y provisión de medicinas en caso de enfermedad; educación de calidad; cuidado, proteger a sus hijos de cualquier situación; vestuario adecuado, tomar en consideración la ropa de casa y la de escuela en cada caso; una vivienda apta, limpia y que tenga como mínimo los servicios básicos; transporte, para fácil movilización de los hijos; recreación, que puedan disfrutar de practicar algún deporte y conocer acerca de la variedad de culturas; y por último, rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.

Como se desprende, en caso de los NNA la pensión alimenticia estará a cargo de sus padres y deberá cubrir por lo menos las necesidades básicas de los niños, incluyendo la obligación de su cuidado y crianza.

En el mismo CONA, en su artículo innumerado 4, se encuentra que la legitimación activa para instaurar una demanda de alimentos recae sobre:

- “1. Las niñas, niños y adolescentes, salvo los emancipados voluntariamente que tengan ingresos propios, a quienes se les suspenderá el ejercicio de éste derecho de conformidad con la presente norma;
2. Los adultos o adultas hasta la edad de 21 años que demuestren que se encuentran cursando estudios en cualquier nivel educativo que les impida o dificulte dedicarse a una actividad productiva y carezcan de recursos propios y suficientes; y,
3. Las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse.”

En el siguiente artículo innumerado 5, por otro lado, podemos encontrar sobre quienes recae la legitimación pasiva a saber:

“Los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria, aún en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad.

En caso de: ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, debidamente comprobado por quien lo alega, la autoridad competente ordenará que la prestación de alimentos sea pagada o completada por uno o más de los siguientes obligados subsidiarios, en atención a su capacidad económica y siempre y cuando no se encuentren discapacitados, en su orden:

1. Los abuelos/as;
2. Los hermanos/as que hayan cumplido 21 años y no estén comprendidos en los casos de los numerales dos y tres del artículo anterior; y,
3. Los tíos/as. [...]"

El legislador previó un mecanismo en el caso de que exista incumplimiento en el pago de pensiones alimenticias por parte del alimentante y está regulado en el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP).

El 10 de mayo de 2017 la Corte Constitucional del Ecuador dictó la SENTENCIA N.º 012-17-SIN, en el numeral 6.1 de su decisión declaró la inconstitucionalidad sustitutiva del artículo 137 del COGEP, el cual fue reemplazado íntegramente por el siguiente texto:

«Art. 137.- Apremio personal en materia de alimentos.- En caso de que el alimentante incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias sean o no sucesivas, la o el juzgador a petición de parte, previa constatación del incumplimiento del pago pecuniario o no pecuniario, dispondrá la prohibición de salida del país y convocará a audiencia que deberá realizarse en un término de diez días conforme a este artículo.

La audiencia tendrá por objeto determinar las medidas de apremio aplicables de acuerdo a las circunstancias del alimentante que no le permitieron cumplir con el pago de sus obligaciones, por lo que no se discutirá sobre el monto de las pensiones adeudadas u otros aspectos que no tengan que ver con su objeto. Sí el alimentante no compareciere a la audiencia, la o el juzgador aplicará el régimen de apremio personal total.

Si el alimentante no demostrare de manera justificada su incapacidad de cumplir con el pago de las pensiones adeudadas a causa de no tener actividad laboral ni recursos económicos; o, ser persona discapacitada, padecer una enfermedad catastrófica o de alta complejidad que le impidan el ejercicio de actividades laborales, la o el juzgador dispondrá el apremio total hasta por treinta días, los apremios reales que sean necesarios: prohibición de salida del país; y, el pago por parte de los obligados subsidiarios. En caso de reincidencia el apremio personal total se extenderá por sesenta días más y hasta un máximo de ciento ochenta días.

En el caso que el alimentante demostrare de manera justificada su incapacidad de cumplir con sus obligaciones, la o el juzgador aprobará una propuesta del alimentante en torno a su compromiso de pago para cancelar lo adeudado, precautelando siempre los derechos del alimentado. [...]»

Como podemos evidenciar, a raíz de la mencionada sentencia nace la audiencia que tiene por objeto determinar las medidas de apremio aplicables al alimentante, en esta audiencia el alimentante tiene que demostrar y acreditar las circunstancias extraordinarias que le impidieron cumplir con el pago de la pensión alimenticia, ya que, si no se demuestra, el juez procederá a dictar el apremio total.

La audiencia de apremio personal en materia de alimentos responde a un incidente dentro del proceso de cobro de pensión alimenticia, por lo tanto, los NNA son sujetos de derechos dentro del contexto de esta audiencia.

2. Origen de la prueba

La noción de prueba a más de tener relación con todos los sectores del derecho, está presente en todas las manifestaciones de la vida humana, Echandía citado por Carnelutti manifiesta que “el concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia.”; las personas acuden a la prueba para llegar a una convicción acerca de la veracidad de los hechos ocurridos.

La palabra prueba llegó al español del latín probatio o probationis, vienen de probus, que significa recto, bueno u honrado, de esta manera, lo que se prueba resultaría auténtico, que

corresponde a la realidad, una demostración de la autenticidad.

Esta palabra fue edificada en primer lugar como una forma de argumentación de una idea o una propuesta explicativa, por ejemplo, un teorema. Más tarde, con la aparición del método inductivo fue usada para los hechos, entonces el verbo probar se ligó a la demostración de un hecho o fenómeno, bajo este aspecto probar conlleva convencer a los demás acerca de la existencia o la veracidad de algo.²

Echandía (1981) distinguió cinco fases de evolución de las pruebas judiciales:

1. Fase étnica, conocida también como fase primitiva.
2. Fase religiosa que fue primero del derecho canónico, y posteriormente fue influenciada por el derecho canónico.
3. Fase legal calificada como de tarifa legal, en la cual la prueba fue sometida a una rigurosa tarifa de valoración.
4. Fase sentimental, llamada también fase de la íntima convicción moral originada en la Revolución Francesa conlleva la plena libertad de valoración de la prueba, primero se aplicó al proceso penal, más tarde, al proceso civil.
5. Fase científica es la que se usa hoy en día en los códigos procesales.

Hablamos de fase étnica en las épocas en que aún no existía un sistema probatorio judicial, las sociedades aún se estaban formando, por lo tanto, el sistema procesal permanecía en un estado básico.

Las fases restantes se sitúan en la historia europea, la caída del Imperio romano, provocó una rotura en la civilización jurídica y social construida por Roma, por la cual predominó la barbarie y el fanatismo religioso que conllevó a irracionales procesos judiciales.

En Grecia y Roma la evolución de la materia probatoria tuvo muchos avances, Aristóteles estudió a la prueba por sus aspectos intrínsecos y extrínsecos, considerando que está formada por el silogismo y la inducción. En Grecia predominó la oralidad, se guiaban por el principio dispositivo, mediante el cual la carga de producir la prueba recae sobre las partes, en casos puntuales el juzgador podía practicarla de oficio.

El resurgimiento de la cultura jurídica romana, mediante el derecho canónico trajo consigo una evolución del material probatorio cuyas características consisten en que la prueba es

² Rivera, Rodrigo. *La prueba: Un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

considerada como algo retórico y abstracto (un argumentum); la lógica, ética y la teoría de la formación de las cuestiones manejan la actividad probatoria; y, por último, el principio de la carga de la prueba y la identificación de la probable con lo éticamente preferible son las bases del sistema probatorio.

2.1. Definiciones

Probar consiste en crear en la mente de las personas una incertidumbre acerca de la existencia o inexistencia de algún hecho; o, la veracidad o falsedad de un argumento.

En el Diccionario de la Real Academia Española se dice que prueba es una «razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo».

La prueba es muy importante en la vida jurídica, pues sin ella los derechos subjetivos de la persona frente a los demás serían simples apariencias. Para el abogado o el juez, la prueba es el complemento indispensable de sus conocimientos, ya que, sin ella no podría ejercer su profesión ni administrar justicia. Devis Echandía (1981) define a las pruebas judiciales como:

“[...] el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso.”

Rocco citado por Echandía, dice que en un sentido amplio la institución de la prueba es “el conjunto de normas jurídicas procesales que regulan la prueba y los medios de prueba”.

Por su parte, Bunge expresa que probar consiste en someter a prueba algo mediante una técnica independiente, en vez de creer ciegamente sus resultados.³

Para Jeremías Bentham (1825), la administración de justicia sería imposible sin la prueba, considera que:

“[...] el deber del juez es el obtener las pruebas de una y otra parte, en la mejor forma posible, compararlas, y decidir, según su fuerza comprobante. Así pues, el arte de enjuiciar no es en substancia sino el arte de producir las pruebas.”

³ Bunge, Mario. *La investigación científica, tercera edición*. Barcelona: Ariel, 1973.

Bentham define a la prueba como “[...] un hecho supuesto verdadero, que se considera como que debe servir de motivo de credulidad sobre la existencia o no existencia de otro hecho.” Para él, toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: el uno que podemos llamar el hecho principal, el que se trata de probar su existencia; y, el hecho probatorio, el cual se usa para probar al hecho principal.

La prueba aporta el juez elementos de convicción para que conozca lo que se planteó en la demanda y de este modo tenga un mejor conocimiento de los hechos del caso y pueda sustentar una correcta resolución.

Michele Taruffo ha dicho que la prueba es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos, la prueba es el instrumento que aporta información útil para solucionar una incertidumbre. Para Taruffo (2009), según una primera concepción:

“La prueba es, esencialmente, un instrumento de conocimiento. Así, la prueba ofrece informaciones relativas a los hechos que deben ser determinados en el proceso.”

Para Rodrigo Rivera (2011) la prueba es, entonces, todo elemento o dato objetivo que se introduzca regularmente en el proceso y sea susceptible de producir en los sujetos procesales un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos fácticos exigidos por la norma que sea aplicable.

Al respecto, Jordi Ferrer (2017) y Julián Gaitán (2017) concuerdan al considerar que la prueba constituye un elemento fundamental en el proceso judicial, debido que brinda al juez un mejor acercamiento a la administración de justicia de manera imparcial, establece que son parámetros fundamentales para su admisión la pertinencia, la conducencia y la utilidad.

La prueba es uno de los elementos más importantes para obtener la convicción del Juez sobre los hechos que se están alegando, las partes procesales son las encargadas de introducir en el proceso los hechos y acreditarlos mediante los medios probatorios previamente propuestos.

2.2. Medios y fuentes de prueba

Los medios de prueba transportan y posibilitan el acceso al proceso de las fuentes, estás

últimas que preexisten al proceso son los hechos contenidos en los medios de prueba, funcionan para establecer el hecho que se quiere probar, en ellas se encuentran los rastros o las huellas, por ejemplo, cuando se acercan al procedimiento el juzgador consigue una valoración por medio de una pericia o una narración mediante un testigo, estas permiten la verificación o falsedad de los argumentos.

Por su parte, Jairo Parra en su Manual de Derecho Probatorio (2007), explica que:

“Son medios de prueba los instrumentos y órganos que le suministran al juez el conocimiento de los hechos que integran el tema de la prueba: La declaración de parte (confesión o testimonio de parte, según se narren los hechos que le causen al confesante o que por lo menos favorezcan a la contraparte y aun cuando no se presente la anterior circunstancia), el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos y los indicios.”

Los medios de pruebas existen en y para el proceso, consisten en instrumentos utilizados por el juzgador y las partes procesales para conseguir la prueba, es decir, son vehículos de la prueba que brindan al juzgador los motivos para considerar la certeza de los hechos, es necesario recalcar que solo se puede incorporar al proceso aquellos que cumplen con todas las exigencias de la ley, el sistema procesal civil ecuatoriano reconoce como medios de prueba los documentos, testimonios, prueba pericial e inspección judicial. A continuación, analizaremos cada uno de ellos.

2.2.1. Prueba documental

Es uno de los medios para demostrar la veracidad de los hechos alegados, los documentos pueden ser públicos o privados contienen hechos o declaran derechos, la información que consta en los mismos debe ser valorada por el juzgador para demostrar la autenticidad de un hecho.

La palabra documento viene del latín docere, que significa dar a conocer, en este sentido, documento se entendería como cualquier objeto que da a conocer un determinado hecho.

Cardoso citado por Parra dice que el documento como “cualquier cosa que, siendo susceptible de ser percibida por la vista o el oído, o por ambos, sirve por sí misma para ilustrar o comprobar, por vía de representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto humano”.

De lo citado previamente podemos decir que el documento sirve para comprobar mediante una representación, la existencia de un hecho.

Gustavo Rodríguez (1983) deduce que el documento es:

- a) Un acto extraprocesal y preprocesal, porque se realiza con anterioridad al proceso para ser representado en este.
- b) Contenido en una cosa.
- c) Que representa o aporta datos o circunstancias, declaraciones de voluntad o de verdad.
- d) Con relevancia jurídica probatoria.
- e) En relación con el tema a probar, este requisito tiene que ver con la eficacia del documento.
- f) Causado por autor individualizado e identificable.

El documento debe presentarse previo a la audiencia para ser calificado y posteriormente reproducirse en la misma, debe contener datos que sean relevantes para el proceso.

Devis Echandía define al documento como toda cosa que funciona de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho.

La prueba documental es la aportación de un objeto material al proceso, consiste en la representación de una manifestación humana en base a un hecho presente relevante para el procedimiento.

El objeto de la prueba documental consiste en todos los hechos y elementos que pueden ser incorporados como tales, por ejemplo, la costumbre y la ley extranjera, por el carácter representativo del documento, también es objeto esta prueba la voluntad de sus partícipes.

2.2.2. Prueba testimonial

Es un medio de prueba que radica en la declaración que rinde una de las partes procesales o un tercero al juez acerca del conocimiento que tiene de los hechos del proceso. El tercero es una persona física que tiene la capacidad para advertir acontecimientos en general, la persona jurídica no puede ser testigo, no obstante, los representantes (que son personas físicas) de las personas jurídicas si pueden rendir testimonio.

El objeto de la prueba testimonial son los hechos controvertidos, los elementos que la caracterizan son la oralidad y que es de carácter personal.

Para Lino Palacio (2017), el testimonio son las declaraciones emitidas por personas físicas,

distintas de las partes y del órgano judicial, acerca de su percepciones o realizaciones de hechos pasados o de lo que han oído sobre éstos.

Los testimonios deben versar siempre sobre los hechos en general, el juzgador controlará lo referente a la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba, hay que tener en cuenta que este control se dirige a la eficacia del testimonio, más no, su existencia.

Tulio Liebman sostiene que "Testimonio es la narración que una persona hace de los hechos por ella conocidos, para dar conocimiento de los mismos a otros."⁴

Para Devis Echandía "Es un medio de prueba que consiste en la declaración representativa que una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace a un juez con fines procesales, sobre lo que dice saber respecto de hechos de cualquier naturaleza", no obstante, no es necesario que el testigo sea ajeno a los hechos sobre los que declara.

Una de las particularidades del testimonio en el aspecto jurídico es que sucede dentro de un contexto reglamentado y ejecuta una función puntual en el proceso.

El testimonio debe tener relación con el tema del litigio, es decir, las declaraciones tienen que ser capaces de esclarecer al juzgador los hechos del conflicto y será admisible únicamente en el momento procesal oportuno.

2.2.3. Prueba pericial

Es un medio de prueba que tiene como finalidad que expertos en su tema debidamente acreditados verifiquen los hechos materia del proceso, en otras palabras, cuando en el proceso se necesitan conocimientos especializados, aquellos que no son de la cultura de la gente, se debe recurrir a quienes por su profesión los conocen.

En la prueba pericial la aportación de elementos científicos, técnicos, artísticos o prácticos lo harán las personas versadas en la materia de que se esté tratando para aclarar la controversia, estos profesionales pondrán en conocimiento al juzgador sobre ciertos hechos, Jairo Parra dice que el dictamen pericial lleva a la mente del funcionario sucesos que darán nuevas luces al debate, el mismo autor menciona a la naturaleza de la pericia como una prueba personal, porque la realizan los expertos; una prueba histórica; y, una declaración de carácter técnico, científico o artístico, según el caso.

⁴ Liebman, Tulio. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ejea, 1980.

El especialista en la materia analiza a fondo sobre el caso en cuestión y posteriormente le informa sus conclusiones al juez, es importante mencionar que los peritos no tienen relación con ninguna de las partes procesales y deben brindar información que no sea tendenciosa.

La doctrinaria Jeri Ramón (2014) manifiesta que la prueba pericial es la opinión fundamentada de un profesional especializado en ramas del conocimiento, conocido como perito, el cual emite un dictamen. El objetivo de la prueba pericial dice, es establecer la causa de los hechos y los efectos del mismo, la forma y circunstancia, cómo se ha cometido el hecho.

Por su parte en la enciclopedia jurídica encontramos que la prueba pericial es un medio probatorio por el que la parte puede solicitar al juzgador que sea admitida como prueba la declaración de un perito en una materia por ser necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para explicar y valorar hechos relevantes al objeto de la litis. Este medio de prueba es personal y se singulariza por dos factores:

- La declaración del perito versa sobre datos que tienen ya categoría de procesales.
- El declarante es una persona especializada en la materia sobre la que debe dictaminar.

La prueba pericial es un medio de prueba fundado en la técnica y la ciencia que consiste en la manifestación de conocimiento del perito con respecto a un hecho relevante en el proceso acerca del cual está encargado de emitir un informe o dictamen pericial. La opinión del perito es de gran relevancia tanto para aclarar dudas que tenga el juzgador, como para esclarecer ciertos hechos y convencer al juez sobre los mismos.

2.2.4. Inspección judicial

Este medio de prueba consiste en que el juzgador cuando lo considere necesario para el esclarecimiento de un hecho, podrá a petición de parte u oficio, analizar directamente documentos, cosas o lugares. Es la percepción misma del hecho a probar por parte del juzgador.

El jurista Carlos Lessona (1964) define a la inspección judicial como un acto mediante el cual el juzgador se traslada al lugar dentro del cual se refiere la controversia, o en donde se encuentra la cosa que lo motiva, para conseguir por su examen personal (por sus propios sentidos), elementos de convicción.

Para Jairo Parra, este medio es considerado una prueba directa, en la que predomina la percepción, el juzgador tiene el deber de emplear todos sus sentidos en la apreciación de los

hechos, según sea el objeto de la inspección, usará cualquiera de los órganos de los sentidos. Es prueba indirecta cuando solo se puede inspeccionar el hecho del cual se va a deducir la existencia de otro, la prueba de inspección es prueba directa del hecho indicador y prueba indirecta del hecho indicado.

Florian citado por Jorge Pájaro dice que la inspección judicial es una institución procesal tradicional encaminada a aplicar la percepción directa del juez, mediante la prueba, respecto de cosas, personas o lugares y la define como el acto procesal por medio del cual el juzgador observa, aprehende y percibe en cualquier forma por sí mismo, determinado objeto sensible o determinadas características del objeto.

Devis Echandía la define como una diligencia procesal que tiene la finalidad de obtener elementos de convicción, mediante el examen y la observación de hechos ocurridos durante la diligencia o antes pero que subsisten de rastros o huellas de hechos pasados, en ocasiones de su reconstrucción también se la conoce como inspección ocular y consiste en la percepción personal y directa por el juzgador de documentos, personas, cosas o situaciones de hecho.

Es una prueba personal porque la realiza el juzgador y se produce por la actividad, observaciones y verificaciones que él las haga. El objeto de la inspección judicial consiste en los hechos reconocidos por el juzgador por medio de sus sentidos, según la naturaleza de los hechos.

La inspección judicial se solicitará en la demanda, contestación o reconvencción, en estas se deberá explicar puntualmente las razones por la cuales se requiere que el juzgador analice de manera directa documentos, cosas o lugares, y se establecerá la pretensión que se quiere probar con la inspección.

3. Anuncio de medios probatorios

El anuncio de prueba es la etapa en la cual las partes presentan las pruebas que se requieren usar en el proceso. El espíritu del COGEP consiste en que las partes procesales anuncien los medios probatorios, con anterioridad a la audiencia, con la finalidad de garantizar el derecho de contradicción de la otra parte.

La Real Academia Española define al anuncio de prueba como una constancia que se encuentra en la demanda y en la contestación, de todos los medios de prueba que se ofrecen para acreditar los hechos.

Según José García Falconí (2006), procesalista ecuatoriano:

“Se entiende por anuncio de medios de prueba, aquel acto procesal mediante el cual las partes enuncian con fundamento y entregan el material probatorio que se comprometen a reproducir como sustento de sus pretensiones en la audiencia previa oral.

Así, el anuncio de prueba obliga a la parte a reproducirla en la audiencia previa y otorga el derecho a la contraparte para que pida su exhibición en caso de no ser reproducida en dicha audiencia.”

Adicionalmente el mismo autor, con respecto a la regla general sobre la forma de anunciar los medios de prueba para acreditar los hechos alegados, indica que:

“Todo medio de prueba del que pretendan valerse las partes en el proceso, deberá ser anunciado de forma tal que permita a la contraria conocer plenamente su contenido específico explicando su pertinencia con relación a acreditar los hechos alegados.”

Los medios de prueba se deben anunciar en los escritos de demanda, contestación y reconvencción, las partes procesales son las encargadas de anunciar todas y cada una de las pruebas que se deseen utilizar en el proceso para acreditar los hechos argumentados.

La prueba que está anunciada puede formar parte del proceso, y se puede hacer uso de la misma para apoyar las pretensiones de las partes, su importancia radica en que, sirven para que el juzgador llegue a la verdad procesal. Para Devis Echandía (1981), la actividad probatoria en el proceso comprende tres fases:

1. La fase de producción u obtención de la prueba: Se refiere a la colaboración del juez, las partes y los auxiliares, y los órganos de ésta.
2. La fase de su asunción por el juez.
3. La fase de su valoración o apreciación por el juez: Las partes, defienden o contradicen la validez de las pruebas y sus resultados o eficacia.

Cabe mencionar que las partes deben usar en el proceso cualquier medio de prueba que sea útil, pertinente y conducente al caso en cuestión, sin violentar la ley ni el debido proceso.

Los medios probatorios a través de los cuales las partes procesales pretenden valerse, tienen

que ser anunciados de modo que, la contraparte pueda conocer plenamente su contenido y así, poder contradecirlos.

Para José Luis Seoane⁵, la etapa de anuncio de medios probatorios compete a las partes procesales quienes son los encargados de introducir en el proceso los hechos en los que se sustentan sus respectivas pretensiones, así como también, aportar las pruebas para acreditarlos.

Esta etapa de la prueba puede ser considerada como un ofrecimiento presente en los actos de proposición, Eduardo Couture (1958) manifiesta que el ofrecimiento de la prueba es un anuncio de carácter formal, ya que:

“[...] no se admitirá prueba, dice la ley, en ningún caso sobre lo principal del asunto, de hechos que no se hayan articulado y cuya prueba no se haya ofrecido en la demanda y su contestación, o en la réplica y dúplica, en las causas que se sustancien en dos escritos.”

Debido a que, el anuncio de medios probatorios es la etapa en la cual las partes pueden conocer que pruebas se reproducirán en audiencia, su inexistencia produce que la contraparte no pueda ejercer su derecho de contradicción, ya que no conoce las pruebas que se van acreditar, por lo tanto, no puede contradecirlas según el sistema establecido en el COGEP, en clara vulneración del derecho a la defensa.

4. Admisibilidad de medios probatorios

Posterior al anuncio de los medios probatorios, se debe calificar su admisibilidad, el juez en la audiencia debe analizar la pertinencia, conducencia y utilidad de los medios probatorios para admitirlos o inadmitirlos dentro del proceso, careciendo de eficacia probatoria la prueba actuada sin oportunidad de contradecir.

La admisibilidad consiste en que el juzgador debe realizar un análisis, a fin de permitir o no la práctica de los medios probatorios en el juicio. Para Devis Echandía (1981):

⁵ García, R., Seoane, J. & Cruz, P. *Código Orgánico General de Procesos Comentado. Tomo II*. Quito: Latitud Cero, 2018.

“La admisión comprende tanto la aceptación del medio que se presenta (escrituras públicas o privadas, copias de sentencias e inspecciones practicadas extrajudicialmente o en otro proceso, etc.), como la del que debe practicarse en el curso del proceso (recepción de testimonios, exhibición de documentos, citación a posiciones, dictámenes de peritos, etc.) [...] Se admite la prueba aducida por las partes; se ordena la práctica de las pedidas por éstas.”

Por tanto, el autor mencionado define a la admisión de los medios probatorios como el acto procesal mediante el cual el juzgador accede a que un medio de prueba determinado sea considerado como elemento de convicción en ese proceso y ordena agregarlo o practicarlo, según el caso.

Cabe mencionar que, sin la existencia de este acto procesal los medios probatorios presentados o practicados carecen de valor legal y no podrán ser utilizados para la resolución del caso en cuestión.

El Dr. Carlos Ramírez, ex presidente de la Corte Nacional de Justicia, en su obra *Apuntes sobre la Prueba en el COGEP (2017)*, manifestó que el juez resolverá sobre la admisibilidad de la prueba, con el objetivo de ordenarla, excluyendo la práctica de medios probatorios ilegales y los que se han obtenido o practicado con violación de los requisitos formales, las normas y garantías constitucionales, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y el COGEP, y que fueron anunciados por los sujetos procesales.

La prueba admisible o inadmisibile se refiere a la idoneidad de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho, la calificación de admisibilidad al ser el desarrollo de convicción que se configura sobre la admisión o no de las pruebas, es un proceso cognoscitivo que le compete al juzgador.

A esta etapa de la prueba, Eduardo Couture (1958), la define como petitorio o solicitud de admisión, al respecto considera:

“El petitorio o solicitud de admisión de uno o varios medios de prueba, responde al concepto de que la prueba se obtiene siempre por mediación del juez. Éste es el intermediario obligado en todo el procedimiento, y no existe posibilidad de

incorporar eficazmente al proceso un medio de prueba, sin la participación del magistrado. Es a él a quien se formulan las respectivas solicitudes y él quien ordena a los agentes de su dependencia las medidas requeridas para la producción de las diversas pruebas.”

La admisibilidad de los medios probatorios es el examen riguroso, que realiza el juzgador de las pruebas anunciadas, consiste en calificar las que pretenden ser producidas en la audiencia, no obstante, para que la prueba aportada goce de fuerza o valor probatorio, se requiere el cumplimiento de ciertos requisitos que son la pertinencia, esto es que la prueba se refiera directa o indirectamente a los hechos controvertidos; conducencia, esto es la idoneidad legal de la prueba para demostrar determinado hecho; y, utilidad, esto es que la prueba sirva para llevar al juzgador al convencimiento de los hechos, si las pruebas anunciadas cumplen estos requisitos el juzgador las calificará de admisibles dentro del proceso.

4.1. Pertinencia

Se refiere a la relación directa o indirecta que los hechos por probar tengan con lo que es materia del litigio, en otras palabras, con lo que es objeto de prueba en el proceso.

Consiste en la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste, en palabras de Jairo Parra (2007), la pertinencia:

“[...] es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso. [...] Sin embargo, como la pertinencia puede ser inmediata o mediata con el tema de la prueba, cuando exista duda sobre ella, es decir, que no sea tan manifiesta, se puede decretar y diferir, digamos así, su definitivo pronunciamiento, una vez se dicte la sentencia o en el auto que falla el incidente, ya que la decisión inicial sobre la pertinencia no ata al juez.”

De lo expuesto podemos rescatar que, si existe alguna duda acerca de la pertinencia de la prueba, es mejor admitirla evitando así que se perjudique a las partes procesales.

Por su parte, Devis Echandía hace un acercamiento a este concepto y plantea que la noción de prueba no pertinente o irrelevante, pues no será otra que aquélla que se aduce con el fin de llevar

al juez el convencimiento sobre hechos que por ningún aspecto se relacionan con el litigio o la materia del proceso voluntario o el incidente, y que, por lo tanto, no pueden influir en su decisión. Y a contrario sensu, se entiende por pertinencia o relevancia de la prueba, la relación entre el hecho objeto de ésta y los fundamentos de hecho de la cuestión por decidir, que permite a aquél influir en la decisión, sea de las pretensiones o excepciones del proceso contencioso, de las declaraciones pedidas en el voluntario, o de la cuestión debatida en el incidente, según el caso.

Las pruebas deben ser aptas y apropiadas, de esta manera podrán aportar hechos que tengan relación con otras pruebas o podrán demostrar los hechos que están en cuestión para la decisión.

4.2. Conducencia

Consiste en la idoneidad legal de la prueba para demostrar determinado hecho, es decir, es la posibilidad legal de demostrar los hechos alegados con un medio probatorio eficaz.

Es un requisito intrínseco para la admisibilidad de la prueba, el juzgador debe realizar un examen riguroso al momento de resolver sobre las pruebas pedidas por las partes o las que oficiosamente puede decretar, para Devis Echandía, la conducencia persigue un doble fin:

- a. Evitar una pérdida de tiempo, trabajo y dinero, debido a que, la inconducencia equivale a que el medio que se quiere utilizar es ineficaz para demostrar el hecho alegado.
- b. Proteger la seriedad de la prueba, evitando que se entorpezca e impida la actividad probatoria con medios que no servirán para el proceso.

En palabras del mencionado autor, la conducencia de la prueba es una cuestión de derecho, ya que, se trata de determinar si legalmente puede recibirse o practicarse.

Según Jairo Parra, la conducencia supone que no exista una norma legal que prohíba el empleo del medio para demostrar un hecho determinado. El sistema de la prueba legal, de otra parte, supone que el medio que se emplea, para demostrar el hecho, está consagrado en la ley. Parra comparte que, la conducencia es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de conocer, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el uso de esa prueba.

Para que la prueba sea conducente, debe tener la capacidad de demostrar el hecho investigado y producir el resultado que se espera, las prácticas de las pruebas deben servir

idealmente para los hechos alegados.

4.3. Utilidad

Que la prueba sea útil quiere decir que va a servir para llevar al juzgador al convencimiento de los hechos alegados.

Es importante mencionar que, este requisito se aplicará solo al medio de prueba, según Carlos Ramírez (2017) puede suceder que las pruebas pertinentes sean inútiles, y se cuestiona ¿para qué practicar prueba sobre un hecho que fue admitido por la contraparte?, el juez deberá admitir las pruebas necesarias para su convencimiento de los hechos y poder pronunciar el fallo, puesto que, sería inútil practicar pruebas encaminadas a demostrar hechos contrarios a una presunción de derecho.

La prueba debe ser útil desde el punto de vista procesal, en palabras de Devis Echandía (1981), el requisito de utilidad de la prueba debe prestar algún servicio, ser necesario o por lo menos conveniente para que pueda llegar a la convicción del juzgador con relación a los hechos principales acerca de los cuales se basa la pretensión, persigue el mismo doble fin del requisito de conducencia, menciona que:

“En un sentido general puede decirse que la prueba inconducente o no pertinente es inútil, puesto que ningún servicio puede prestarle al proceso, e inclusive algunos autores y legisladores se abstienen de estudiar o reglamentar la utilidad de la prueba como un requisito separado, como que la consideran un aspecto de su consonancia o pertinencia y, desde un punto de vista más general, de su eficacia.”

La prueba es inútil cuando sobra, porque no es idónea, con relación a la utilidad que le debe prestar al proceso, debido a que, éste sólo puede admitir las pruebas necesarias para dictar el fallo. Solo deben practicarse las pruebas que efectivamente sirvan para demostrar los hechos controvertidos, que trabaron la litis.

5. Definiciones de Derecho a la Defensa

Existe una estrecha relación entre el derecho a la defensa como garantía del debido proceso y el derecho de contradicción de la prueba, este derecho permite que las partes en el proceso puedan proponer los medios probatorios pertinentes, conducentes y útiles para demostrar los hechos alegados.

El derecho a la defensa es una garantía básica del debido proceso, por lo tanto, para poder definirlo debemos conocer, en primer lugar, que es el debido proceso, al respecto Julián Gaitán (2017), establece que:

“El debido proceso se sitúa como la máxima garantía de funcionamiento de la democracia al ser un componente estructural básico del ordenamiento jurídico político, con la capacidad de ser eficaz para limitar el poder represivo del Estado, para convertirse en un sistema de garantías constitucionales de los individuos frente a la potestad estatal. Propendiendo por un proceso justo, adecuado, viable, idóneo para el ejercicio de los derechos.”

Según lo expuesto, el debido proceso consiste en un derecho con una estructura compleja compuesto de principios y reglas, como lo es el derecho a la defensa.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, nombra al debido proceso, como un derecho de defensa procesal el cual consiste en que todas las personas tienen derecho a ser oídas con todas las garantías y dentro de un plazo razonable por un juzgador competente, independiente e imparcial.⁶

El derecho a la defensa como garantía procesal de rango constitucional es formal, su reconocimiento no depende de su contenido, no se relaciona con el resultado del proceso, recoge la posibilidad de alegar y probar, su privación o limitación constituyen indefensión.⁷

⁶ Rodríguez, Javier. *El debido proceso en el sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos*. San José: Revista Digital de Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, 2012.

⁷ Chamorro Bernal, Francisco. *El concepto de indefensión en la doctrina del Tribunal Constitucional Español*. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú / ARA Editores, 2009.

Oscar Cruz Barney (2015) hace un acercamiento a esta garantía y expresa que el derecho a la defensa es:

“[...] un derecho fundamental reconocido constitucionalmente y en los textos de derechos humanos, el cual debe salvaguardarse en cualquier procedimiento jurisdiccional es parte del debido proceso y requisito esencial de validez del mismo.

Consiste en la posibilidad jurídica y material de ejercer la defensa de los derechos e intereses de la persona, en juicio y ante las autoridades de manera que se asegure la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y de contradicción.”

Todas las personas tenemos derecho a un proceso justo, a poder aportar y contradecir las pruebas que se van a producir en la audiencia, en el proceso se deben observar todas las formalidades que exige la ley y que funcionan para proteger y garantizar el ejercicio del derecho, en otras palabras, es necesario cumplir todas las condiciones que aseguran una adecuada defensa.

El derecho a la defensa se lo define como el valor elemental en el cual se sustenta el debido proceso, debido a que, constituye una de sus más importantes garantías básicas, en consecuencia, Ruiz, Aguirre y Ávila (2016), sintetizan que:

“el derecho a la defensa actúa dentro del proceso, de forma conjunta con las demás garantías, y adicionalmente se trata de la garantía que torna operativas a todas las demás; por ello este derecho no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales, sino que su inviolabilidad es la garantía crucial con la que cuenta el ciudadano, porque es la única que permite que las demás garantías tengan vigencia concreta dentro de cualquier tipo de proceso; es así que, si el derecho al defensa no es cumplido debidamente, puede acarrear nulidades procesales.”

El jurista Luis Cueva⁸, define al derecho a la defensa como el que asiste a todo demandado, imputado o acusado, y al defensor, para comparecer un juicio, en todas las etapas del proceso y en

⁸ Cueva, L. *El Debido Proceso. Segunda edición*. Quito: Cueva Carrión, 2014.

sus instancias, para articular en forma libre la prueba, los alegatos y las impugnaciones necesarias hasta obtener justicia y se plasma en la exigencia de un juicio contradictorio para que las partes procesales hagan valer sus derechos e intereses.

Este derecho permite a las personas acceder a los medios necesario para hacer garantizar sus derechos a lo largo del proceso, ya sea demostrando o contradiciendo, los operadores de justicia están obligados a tutelar el cumplimiento de las garantías del debido proceso en los hechos alegados por la contraparte.

Daniela León, Rayza León y Armando Durán en el texto *La prueba en el Código Orgánico General de Procesos. Ecuador (2019)*, realizan una aproximación al derecho a la defensa en base a la admisibilidad de la prueba y consideran que:

“Con las disposiciones sobre la admisibilidad de la prueba se simplifican los procedimientos, de forma tal que los medios probatorios sirven ciertamente para contribuir a la toma de decisión por parte de la jueza o el juez para la resolución del caso. Lo que de ninguna manera afecta el derecho a la defensa, por el contrario, se otorga la mayor amplitud al derecho de presentar pruebas a cada una de las partes procesales, las que serán evaluadas dentro de los principios generales de contradicción, oportunidad y pertinencia.”

El derecho a la defensa de las partes en el proceso garantiza su derecho de contradicción, ninguna parte puede quedar en indefensión, por lo tanto, las pruebas deben pasar por las etapas de anuncio y admisibilidad para que la contraparte conozca lo que se quiere producir en la audiencia y de esta manera poder realizar una adecuada defensa.

6. Conclusiones generales del capítulo

De lo expuesto en este primer capítulo podemos concluir que, los niño, niñas y adolescentes (NNA) cuentan con una protección especial por parte de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) ya que se encuentran dentro de los grupos de atención prioritaria, ante todo siempre se atenderá al principio fundamental de su interés superior el cual busca un equilibrio entre sus derechos y sus deberes, siempre garantizando primero sus derechos y garantías.

Es así que, en todos los procesos judiciales en los cuales se encuentren inmersos niños, niñas y adolescentes es primordial precautar su interés superior, garantizando el pleno ejercicio

de sus derechos y asegurando su total protección.

El derecho de alimentos es connatural a la relación parento-filial, está relacionado con el derecho a una vida digna, conlleva la obligación de asistir al prójimo, de esta manera, los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria de sus hijos, debiendo suministrarles los recursos esenciales para satisfacer sus necesidades.

La ley establece que la legitimación activa para instaurar una demanda de alimentos recaerá en los NNA (alimentario), por otro lado, sobre quienes recae la legitimación pasiva es en los padres (alimentante).

En caso de que exista incumplimiento en el pago de las pensiones alimenticias por parte del alimentante el legislador dispuso como mecanismo la realización de una audiencia en la cual el deudor debe probar y acreditar las circunstancias extraordinarias que le impidieron cumplir con su obligación de pago, si no se demuestra, el juez procederá a dictar las medidas de apremio aplicables.

La prueba se ha encontrado presente a más del derecho, en todas las manifestaciones de la vida humana, del latín probatio esta palabra significa una demostración de la autenticidad y como todo en el mundo ha ido evolucionando, las fases de la evolución de las pruebas judiciales inician desde una fase primitiva que se dio cuando las sociedades aún se estaban formando, hasta la fase científica que es la que se usa actualmente en los códigos procesales de cada país.

La palabra prueba consiste en crear en las personas una incertidumbre acerca de la veracidad o falsedad de algo, es un aspecto fundamental en todos los procesos porque en ella se encuentran elementos de convicción que ayudan al juzgador a conocer lo que las partes están alegando, es decir, contribuyen para demostrar la veracidad de las afirmaciones, de este modo el juez tendrá un mejor conocimiento de los hechos del caso y podrá sustentar una correcta resolución.

Los medios de prueba son vehículos de la prueba que brindan al juzgador las razones para considerar la certeza de los hechos presentados, se incorporan únicamente los medios que cumplan con todas las exigencias de la ley, en nuestro sistema procesal tenemos cuatro medios de prueba como son la prueba documental, que sirve para demostrar la veracidad de los hechos alegados mediante el uso de documentos públicos o privados; prueba testimonial, que es la declaración que rinden las partes o un tercero al juez respecto del conocimiento que tienen sobre los hechos; prueba pericial, que consiste en la aportación al proceso de elementos científicos, técnicos y artísticos por

medio de un dictamen pericial que lo realiza un profesional especializado en el tema que se está tratando en el caso; y por último, la inspección judicial, que sucede cuando el juzgador analizara por sí mismo (mediante sus propios sentidos) documentos, cosas o lugares, para conseguir elementos de convicción.

El anuncio de la prueba consiste en que las partes procesales entreguen el material probatorio con anterioridad a la audiencia, para luego producirlo como sustento de sus alegaciones, con la finalidad de garantizar el derecho de contradicción de la contraparte y a su vez el derecho a la defensa.

El momento oportuno para anunciar la prueba es en la demanda, contestación y reconvencción, de esta manera los medios probatorios podrán formar parte del proceso y se podrá hacer uso de los mismos.

Del material probatorio anunciado se debe calificar su admisibilidad que conlleva un análisis por parte del juzgador a fin de permitir o no la práctica de la prueba en la audiencia, este examen de admisibilidad se lo debe hacer bajo los requisitos de pertinencia; que la prueba se refiera directa o indirectamente a los hechos controvertidos; conducencia, que sea idónea para demostrar determinado hecho; y, utilidad, que sirva para convencer al juzgador sobre los hechos.

El derecho a la defensa constituye una garantía muy importante en los procedimientos, ya que, al estar reconocido constitucionalmente debe salvaguardarse, consiste en ejercer la defensa de los derechos inherentes a las personas con el fin de conseguir el cumplimiento de los principios de igualdad y contradicción, las personas pueden acceder a todos los medios necesarios para hacer garantizar este derecho.

Las etapas de anuncio y admisibilidad de la prueba son primordiales para asegurar el derecho a la defensa como garantía del debido proceso, conforme este derecho todas las personas deben ser oídas en igualdad de condiciones, tener un proceso justo, aportar y contradecir las pruebas, sin quedarse en ningún caso en indefensión.

CAPÍTULO II

MARCO NORMATIVO

1. Antecedentes de la audiencia de apremio personal en materia de alimentos

El apremio personal consiste en una medida de carácter coercitiva que el juzgador impone

al alimentante debido al incumplimiento de pago de la pensión alimenticia, precautelando ante todo el Interés Superior del Niño. En el caso de que el alimentante incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias, quien se encuentre en custodia del niño, debe solicitar al juzgador la aplicación de esta medida.

El juzgador debe dictar al alimentante, las medidas cautelares necesarias cuando éste no cumpla con su obligación. El Código de la Niñez y Adolescencia (en adelante CONA) en su artículo innumerado 20 manifiesta que, el juzgador dispondrá como medida cautelar la prohibición de salida del país al deudor, cuando incumpla con el pago de dos o más pensiones, sean o no sucesivas.

Por otro lado, el artículo innumerado 26, ordena que, el juzgador, para asegurar el pago de la obligación alimentaria, decretará los apremios reales contemplados en el Código Orgánico General de Procesos.

Estos apremios se encuentran en el título IV del COGEP, para tener una noción de que es un apremio, conforme el artículo 134 consiste en las medidas de carácter coercitivo que debe aplicar el juez a las personas para hacer cumplir su resolución, estas medidas deben ser idóneas y proporcionales. Existen dos tipos: apremio personal, cuando la medida recae sobre la persona; y, apremio real, cuando recae sobre su patrimonio.

Debido al objeto de estudio de esta investigación el apremio que nos compete analizar es el apremio personal en materia de alimentos que actualmente está normado en el artículo 137 del COGEP.

1.1. Análisis jurisprudencial

El 10 de mayo de 2017 la Corte Constitucional del Ecuador dictó la sentencia N° 012-17-SIN la cual, entre otras decisiones más, declaró la inconstitucionalidad sustitutiva del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 506 del 22 de mayo de 2015.

Esta sentencia fue dictada debido a los casos números 0026-10-IN, 0031-10-IN y 0052-16-IN acumulados, que llegaron ante la Corte Constitucional del Ecuador, debido al objeto de estudio el que nos compete analizar es el caso N° 0052-16-IN.

El 4 de agosto de 2016, el señor Javier Renán Donoso Saldarriaga presentó acción pública de inconstitucionalidad de actos normativos, por razones de fondo, en contra del primer inciso del

artículo 137 del COGEP, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 506 de 22 de mayo de 2015, es ese entonces, el artículo 137 establecía:

“Artículo 137.- Apremio personal en materia de alimentos. En caso de que el padre o la madre incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias, la o el juzgador apetición de parte y previa constatación mediante la certificación de la respectiva entidad financiera o del no pago dispondrá el apremio personal hasta por treinta días y la prohibición de salida del país. En caso de reincidencia el apremio personal se extenderá por sesenta días más y hasta por un máximo de ciento ochenta días.”

El demandante consideraba que este primer inciso vulneraba varios artículos de la Constitución de la República, así como también, algunos artículos del Código de la Niñez y Adolescencia. Los argumentos jurídicos planteados por el accionante fueron que el apremio personal por el incumplimiento del pago de pensiones alimenticias no es una medida proporcional.

También señaló que la aplicación del apremio personal por el incumplimiento de pensiones alimenticias no ha logrado convenientemente su fin, debido a que, al ser privado de la libertad el progenitor no puede generar los recursos suficientes que le permitan cubrir sus obligaciones.

Estableció también que como está regulado el apremio, no hace una distinción entre el progenitor que, por su situación laboral y económica, no puede pagar las pensiones alimenticias y el progenitor que, haciendo uso de artificios y medios maliciosos, intenta burlar el cumplimiento de su obligación.

El demandante manifestó también que en el caso del apremio personal el juzgador no puede efectuar una valoración para dictar esa medida, debido a que el artículo 137 establece expresamente como debe ser aplicado, sin que exista por tanto una valoración o proporcionalidad. Considerando que la medida de apremio personal no cumple con los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Bajo estos argumentos el accionante solicitó a la Corte Constitucional declarar la inconstitucionalidad sustitutiva por el fondo del primer inciso del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, toda vez que esta alta Magistratura puede modular los efectos de las sentencias constitucionales y en aplicación de los principios del control abstracto de constitucionalidad, reformar la disposición acusada como inconstitucional, ya que los derechos de

alimentos de los NNA merecen pronta e inmediata satisfacción.

Las consideraciones de la Corte Constitucional para el caso N° 0052-16-IN fueron entre otras que, el derecho de alimentos guarda una estrecha relación con el derecho a una vida digna y al desarrollo integral. Por lo mencionado, cualquier medida orientada a garantizar la prestación de alimentos está, a su vez, coadyuvando al cumplimiento efectivo de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Para garantizar el cumplimiento del derecho de alimentos de los NNA, el legislador estableció algunas medidas destinadas a asegurar al cumplimiento de la prestación de alimentos, no obstante, a criterio del accionante, la forma en la que está regulada la medida de apremio personal en materia de alimentos adolece de inconstitucionalidad porque vulnera el derecho al trabajo, al desarrollo integral, el principio del interés superior del niño, el derecho a desarrollar actividades económicas, la promoción de la maternidad y paternidad responsables, y el derecho al debido proceso en la garantía de la proporcionalidad.

De lo expuesto por el accionante en el párrafo precedente, el criterio de la Corte fue que con la aplicación de la privación de libertad habría una probable colisión de derechos constitucionales, como es el derecho a una vida digna de los NNA y su desarrollo integral, y el derecho a la libertad personal del obligado a la prestación de alimentos, cuya afectación restringiría el ejercicio de otros derechos.

Para determinar si dicha colisión existe la Corte utilizó el principio de proporcionalidad y verificó si la medida de apremio personal de privación de libertad es idónea, necesaria y proporcional.

El apremio personal por el incumplimiento de pensiones alimenticias constituye una medida coercitiva que tiene como finalidad incentivar al obligado el pago de la prestación de alimentos correspondiente. Esta medida busca garantizar la prestación de alimentos; que, a su vez, sirve para satisfacer las necesidades básicas de los NNA, y permitir que tengan una vida digna y un desarrollo integral adecuado. Se trata de imponer una medida de presión que permita ejercer influencia en la voluntad del obligado, a efectos de que cumpla con la prestación lo antes posible.

La Corte verificó mediante el test de proporcionalidad si la medida de apremio personal prevista en el artículo 137 del COGEP garantiza la satisfacción del derecho a la vida digna de los NNA.

Con respecto a la idoneidad se consideró que, en el caso concreto se debe establecer si la

aplicación de la medida de apremio personal en contra del obligado, cuando no haya cancelado el valor de dos o más pensiones alimenticias, resulta adecuado para alcanzar el fin que se persigue con esa medida. En este contexto, la norma solo permite al juzgador valorar el incumplimiento de dos o más pensiones alimenticias para disponer el apremio personal con privación de la libertad, sin que pueda considerar otros elementos.

El accionante en la demanda indicó que la regulación del apremio en el primer inciso del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, no ha resultado eficaz y describe dos consecuencias en primer lugar la privación de libertad de los progenitores ha generado la pérdida de sus empleos, y en segundo lugar la limitación para obtener los mismos.

Respecto de la primera consecuencia, que es si el obligado cuenta con un empleo, por las garantías constitucionales que sustentan el derecho al trabajo, se colige que percibe una remuneración por la prestación de sus servicios lícitos y personales.

Por tanto, al momento de decidir el destino de sus recursos, se comprendería que el padre o madre obligada a la prestación de alimentos debe priorizar los recursos necesarios para garantizar la vida digna y desarrollo integral de sus hijos e hijas.

Más aún, si el obligado omite el pago de la prestación de alimentos al menos por dos ocasiones y cuenta con un empleo que le permite la generación de recursos.

Sin embargo, la norma no establece excepciones, cuando por ejemplo, el alimentante usa dichos recursos para dar tratamiento a una discapacidad o a una enfermedad catastrófica, grave o de alta complejidad que permiten su supervivencia, como es el caso del accionante, que a pesar de poseer un cáncer terminal fue privado de su libertad por haber incumplido el pago de las pensiones alimenticias, además de haberse visto obligado a interrumpir sus tratamientos médicos, lo cual puso en riesgo sus derechos a la salud, integridad y vida.

Así también, puede darse el caso que dicho progenitor erogue dichos ingresos para solventar los gastos de otras cargas familiares que posean las enfermedades antes descritas, para otros hijos e hijas.

De lo expuesto, la Corte colige que existen casos como los señalados en los párrafos precedentes en los cuales el artículo 137 no permite al juzgador dictar medidas idóneas, necesarias y proporcionales considerando, además, que, en el caso relatado, el obligado principal pertenece a uno de los grupos de atención prioritaria previstos en nuestra Constitución, cuyo tratamiento jurídico debe ser especial.

Respecto de la segunda consecuencia, esto es que la privación de libertad impide encontrar un empleo, la Corte consideró que si bien es cierto existen límites establecidos expresamente en la ley para la aplicación del apremio personal siendo para la primera vez de treinta días y en caso de reincidencia por sesenta días más y hasta por un máximo de ciento ochenta días, la mentada regulación si limita el encontrar un empleo que permita al alimentante pagar no solo las pensiones adeudadas que generaron el apremio personal, sino las demás que se acumulan durante la privación de la libertad con los respectivos intereses de ley lo cual se constituye en un círculo vicioso que agrava más la situación, impidiendo garantizar el derecho a la vida digna y desarrollo integral que se merecen los NNA.

De lo expuesto, la Corte concluyó que la medida de apremio personal establecida en el artículo 137, no es idónea debido a que no cumple con los preceptos generales de aplicación del artículo 134, tampoco garantiza de manera eficaz el derecho de alimentos y vulnera derechos constitucionales de los alimentantes.

Con respecto a la necesidad, se tuvo que determinar si la medida de apremio personal es necesaria en la forma prevista en el artículo 137.

Al respecto, la Corte consideró que existen varias medidas de apremio que los administradores de justicia pueden aplicar para garantizar la prestación de alimentos. Como, por ejemplo, las medidas de apremio de carácter real y la medida de apremio personal de prohibición de salida del país. Las medidas que recaen sobre el patrimonio como las que se aplican sobre la persona, buscan el mismo fin, que es garantizar el derecho a la vida digna y protección integral de los NNA, por medio del pago de la prestación.

Sin embargo, dichas medidas violentan el principio de igualdad y no discriminación previsto en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución, que entre otras situaciones, prohíbe la discriminación por razones socio-económicas, ya que el alimentante que posee patrimonio suficiente como bienes muebles e inmuebles y otros activos que garanticen el pago de la adeudado se le aplicará el apremio real y no el apremio personal mientras que, el alimentante de escasos recursos e ingresos económicos que no pueda garantizar el cumplimiento de la deuda con su patrimonio se le aplicará directamente la privación de la libertad, al ser la única medida aplicable, es decir, la norma favorece a los que poseen bienes y es gravosa para el que no los tiene. Por tanto, la regulación vigente sobre apremio no es idónea y es lesiva de derechos al limitarlos.

Para su decisión, la Corte citó el derecho comparado que el accionante estableció en su

demanda, por ejemplo, en Chile, el incumplimiento de las pensiones alimenticias es sancionado con apremio parcial nocturno por quince días.

Según lo expuesto, la Corte demostró la existencia de medidas alternativas menos lesivas que posibilitan el pago de la obligación y la reivindicación del principio pro libertate, el cual implica que la interpretación y aplicación de las normas reguladoras que pueden limitar derechos, deben hacerse con carácter restrictivo y a favor de derecho a la libertad que dichas normas restringen, lo cual determinará la aplicación de la norma menos lesiva a la libertad.

Con respecto a la proporcionalidad, la Corte tuvo que determinar la intervención sobre un derecho fundamental que se justifica en virtud de la importancia del fin que persigue la medida, en otras palabras, los beneficios de la medida deben ser suficientes para compensar el sacrificio de un derecho.

La medida coercitiva de apremio personal por el incumplimiento de pensiones alimenticias no cumple convenientemente su fin, el cual consiste en incentivar al obligado al pago de la prestación de alimentos correspondiente, debido a que, al estar privado de la libertad el alimentante no puede generar los recursos necesarios para pagar su obligación, tampoco garantiza de manera eficaz el derecho de alimentos y vulnera derechos constitucionales de los alimentantes, teniendo en cuenta que esta medida es de última ratio en visión del Derecho Penal, el cual debe ser el último instrumento al que la sociedad recurra para proteger determinados bienes jurídicos.

Por lo tanto, en el caso en cuestión, se pudo colegir que se afectan otros derechos constitucionales con el apremio por el incumplimiento de las pensiones alimenticias, previstos en la forma del artículo 137, de manera principal el derecho a la libertad pues su limitación provoca lesiones para otros derechos por su grado de interdependencia, como el derecho a la vida, a la salud, al trabajo, al ejercicio de actividades económicas y principalmente, el derecho a la vida digna y desarrollo integral de los NNA, que no es satisfecho en su totalidad de manera continua y permanente.

De todo lo analizado, la Corte concluyó que el contenido del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, es vulneratorio de derechos constitucionales. Por lo tanto, a efectos de evitar un vacío jurídico derivado de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma referida, hasta que la Asamblea Nacional lo regule de manera definitiva, y en atención a lo establecido en el artículo 436 numerales 1 y 2 de la Constitución y en los artículos 5 y 76 numerales 5 y 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional en

el numeral 6.1. de su decisión, declaró la inconstitucionalidad sustitutiva del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 506 del 22 de mayo de 2015, reemplazándolo íntegramente por el siguiente texto:

“Art. 137.- Apremio personal en materia de alimentos.- En caso de que el alimentante incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias sean o no sucesivas, la o el juzgador a petición de parte, previa constatación del incumplimiento del pago pecuniario o no pecuniario, dispondrá la prohibición de salida del país y convocará a audiencia que deberá realizarse en un término de diez días conforme a este artículo.

La audiencia tendrá por objeto determinar las medidas de apremio aplicables de acuerdo a las circunstancias del alimentante que no le permitieron cumplir con el pago de sus obligaciones, por lo que no se discutirá sobre el monto de las pensiones adeudadas u otros aspectos que no tengan que ver con su objeto. Sí el alimentante no compareciere a la audiencia, la o el juzgador aplicará el régimen de apremio personal total. Si el alimentante no demostrare de manera justificada su incapacidad de cumplir con el pago de las pensiones adeudadas a causa de no tener actividad laboral ni recursos económicos; o, ser persona discapacitada, padecer una enfermedad catastrófica o de alta complejidad que le impidan el ejercicio de actividades laborales, la o el juzgador dispondrá el apremio total hasta por treinta días, los apremios reales que sean necesarios: prohibición de salida del país; y, el pago por parte de los obligados subsidiarios. En caso de reincidencia el apremio personal total se extenderá por sesenta días más y hasta un máximo de ciento ochenta días.

En el caso que el alimentante demostrare de manera justificada su incapacidad de cumplir con sus obligaciones, la o el juzgador aprobará una propuesta del alimentante en torno a su compromiso de pago para cancelar lo adeudado, precautelando siempre los derechos del alimentado. En caso de incumplimiento del compromiso de pago, el juzgador dispondrá el apremio parcial, los apremios reales que correspondan y el cumplimiento del pago por parte de los obligados

subsidiarios. De ser necesario, el juez dispondrá de manera motivada el uso de dispositivo de vigilancia electrónica.

El apremio personal parcial consistirá en la privación de la libertad entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente por treinta días, salvo que el alimentante demostrare que realiza actividades económicas o laborales en el horario señalado, en cuyo caso el juzgador determinará el horario aplicable que deberá ser de ocho horas. En los casos de reincidencia en el incumplimiento del pago o incumplimiento del apremio personal parcial la o el juzgador ordenará el apremio total.

En la misma resolución en la que se ordene el apremio personal parcial o total, la o el juzgador ordenará el allanamiento del lugar en el que se encuentre el deudor; así también, en los casos en los que se dicte el uso de dispositivo de vigilancia electrónica, dispondrá su instalación a las entidades competentes.

Previo a disponer la libertad de la o el alimentante, la o el juzgador requerirá la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptorá el pago en efectivo, cheque certificado o mediante la verificación de los documentos que justifiquen el pago. Pagada la totalidad de la obligación, la o el juzgador dispondrá su libertad inmediata y de ser el caso, el retiro del dispositivo de vigilancia electrónica por las entidades competentes. Similar procedimiento se cumplirá cuando la o el obligado haya dejado de pagar dos o más obligaciones asumidas mediante acuerdos conciliatorios.

No cabe apremio personal en contra de las o los obligados subsidiarios ni garantes; o, en contra de personas discapacitadas o que padezcan una enfermedad catastrófica o de alta complejidad que le impidan el ejercicio de actividades laborales.”

Este artículo promueve principalmente la prohibición de salida del país como una medida de apremio y estableció que se debe realizar la audiencia en la cual el alimentante debe justificar las circunstancias que no le permitieron cumplir con el pago de la pensión, cabe mencionar que en esta audiencia no se tratará nada más que no sea la justificación del incumplimiento.

Esta ley establece las circunstancias que el deudor debe justificar por no cumplir con su obligación, por ejemplo, no contar con ninguna actividad laboral, no tener los recursos económicos suficientes, ser una persona discapacitada o sufrir una enfermedad que le impida trabajar.

Si el alimentante no justifica su incapacidad de pagar las pensiones adeudadas, el juzgador dispondrá el apremio total, sin embargo, si el deudor justifica las causas de su incumplimiento, el juzgador aprobará una propuesta de pago que no contraponga el interés superior del niño.

En caso de que exista incumplimiento a la propuesta de pago aceptada, el juzgador podrá disponer el apremio parcial que consiste en la prisión en horarios que no afecten el desempeño laboral del demandado, el apremio real, o el pago de los alimentantes subsidiarios, o el uso del dispositivo de vigilancia electrónica que será convocada en las instalaciones de las entidades correspondientes.

El artículo 139 *ibidem* establece que la orden de apremio personal cesará cuando, entre otras, se cumpla con la obligación impuesta, por lo tanto, para el análisis en cuestión, una vez pagada la totalidad de las pensiones adeudadas, el juzgador dispondrá la libertad del alimentante y el retiro del dispositivo de vigilancia electrónica.

2. La prueba según el Código Orgánico General de Procesos

Un procedimiento para la administración de justicia es la audiencia que se encuentra establecida en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), la cual exige de los abogados un nuevo comportamiento procedimental en la presentación de la demanda, que debe contemplar de pruebas.

En el mencionado código, entre algunas consideraciones en torno a la prueba encontramos que tiene como propósito llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias; el anuncio en la demanda de todas las pruebas e inclusión de los documentales; para ser admitida la prueba debe ser pertinente, útil y conducente; para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en el COGEP; las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirlas; y, la prueba nueva puede ser introducida hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio (León Ordoñez, León Ortiz, & Durán Ocampo, 2019).

De conformidad con las atribuciones que le confiere la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de la Función Legislativa, la Asamblea Nacional discutió y aprobó el Código Orgánico General de Procesos el cual dedica el título II del libro III sobre “Disposiciones comunes a todos los procesos” a los capítulos concernientes a la prueba; en estos se estipulan entre otras cuestiones: la finalidad, oportunidad de presentación, admisibilidad, conducencia y pertinencia, necesidad, valoración, derecho de contradicción de la prueba, prueba nueva, prueba para mejor resolver y carga de la prueba.

Sin embargo, el primer acercamiento a la prueba lo encontramos en el título I, capítulo I de dicho libro que en su artículo 142 sobre “Contenido de la demanda”, numeral 7, establece:

“Art. 142.- Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito y contendrá:

7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.”

Por otro lado, un segundo acercamiento es el que se encuentra en el capítulo II, artículo 152 “Anuncio de la prueba en la contestación”:

“Art. 152.- Anuncio de la prueba en la contestación. La parte demandada al contestar la demanda deberá anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando toda la información que sea necesaria para su actuación.

A este efecto, se acompañará la nómina de testigos indicando los hechos sobre los cuales deberán declarar y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otros similares.

Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, indicando con precisión el lugar en que se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.”

De los artículos mencionados se desprende que, el momento oportuno para anunciar todos los medios de prueba que se pretendan usar para acreditar los hechos es en la demanda y en la contestación a la misma, en el caso de que no se tenga acceso a cualquier prueba, se debe indicar en donde se las puede encontrar, pero siempre hay que anunciarlas, es decir, todas las pruebas deberán ser presentadas previo a la audiencia.

La Corte Constitucional en su sentencia N.º 053-14-SEP-CC manifestó que un proceso judicial o administrativo tiene el objetivo de que se equilibren, en lo posible, las facultades otorgadas a los sujetos procesales accionante y defendido, para contradecir la prueba de cargo, aportar medios de prueba que afiancen su condición y para impugnar las decisiones judiciales que le sean contrarias, y de esta manera, acceder a una eficaz administración de justicia.

Como ya se mencionó, el título II es el concerniente a las reglas generales de la prueba, procederemos a analizar cada uno de los artículos que nos servirán para nuestro estudio, y así también entender porque es importante la prueba en todos los procesos.

El propósito de la prueba es llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos, artículo 158.

Es importante recordar que, según la sentencia No. 505-16-EP/21, las partes tienen un rol importante en cuanto a la producción de prueba en un proceso, ya que son éstas las que aportan los medios que le permiten al juez llegar al convencimiento de los hechos, así como de las circunstancias que rodean al proceso, con el fin de adoptar la respectiva resolución

La oportunidad, que es objeto de estudio, es un aspecto muy importante de la prueba, puesto que, estipula cuando es el momento apropiado para presentar las pruebas, según el artículo 159, la prueba documental que esté en manos de las partes deberá adjuntarse a la demanda y contestación a la demanda, como lo mencionamos en párrafos anteriores, cabe aclarar que, la prueba a la que las partes no pudieron tener acceso también deberá ser anunciada porque **aquella prueba que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia** (el énfasis me pertenece). En caso de que los documentos no estén en poder de las partes, el juzgador tendrá la facultad de ordenar a la contraparte o a terceros que los entreguen. Después de ser anunciadas todas las pruebas, la práctica de éstas será de manera oral en las audiencias, las partes para demostrar los hechos controvertidos

podrá utilizar cualquier tipo de prueba que no vulnere el debido proceso.

En todo proceso, las partes exponen hechos que deben probarse, el deber del juez consiste en verificar dichos hechos con las pruebas que fueron aportadas y así expedir su decisión, para lograrlo, el material probatorio debe ser idóneo para su uso en la audiencia. Una vez anunciadas, el siguiente paso es la admisibilidad, del artículo 160 podemos decir que, para que las pruebas sean admitidas, deben cumplir los requisitos de pertinencia, utilidad y conducencia, el artículo 161 nos brinda un concepto de estos requisitos y reza:

“Art. 161.- Conducencia y pertinencia de la prueba. La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso.

La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos.”

Las pruebas siempre deben referirse directa o indirectamente a los hechos controvertidos, deben servir para llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y deben demostrar determinado hecho. El juzgador rechazará de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente, de igual manera, declarará improcedente la prueba obtenida con vulneración a la ley. Conforme el artículo 170, las partes “[...] podrán objetar las actuaciones contrarias al debido proceso o lealtad procesal, así como cualquier prueba impertinente, inútil o inconducente.”

El artículo 160 también menciona que, la prueba que se haya obtenido mediante simulación, dolo, fuerza física y moral, o soborno **será ineficaz del mismo modo que la prueba actuada sin oportunidad de contradecir** (el énfasis me pertenece), ya que esto vulnera el derecho de contradicción de la prueba que hace referencia al derecho que tienen las partes en el proceso de conocer de manera oportuna las pruebas que se van a practicar en la audiencia, esto les brinda la posibilidad de objetar de manera fundamentada y contradecirla, pues así lo estipula el artículo 165 del COGEP:

“Art. 165.- Derecho de contradicción de la prueba. Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla.”

En concordancia con ese artículo tenemos el 169 que trata sobre la carga de la prueba, este

artículo básicamente establece quien es el encargado de probar los hechos que se están alegando, en otras palabras, la parte actora está obligada a probar los hechos que ha detallado en la demanda, por otro lado, no es obligación de la parte demandada producir pruebas cuando su contestación a la demanda fue simple o negativa, no obstante, cuando en su contestación hubo afirmaciones explícitas o inclusive implícitas sobre el hecho o el derecho, sí deberá probarlas.

El derecho de contradicción de la prueba también se encuentra presente en este artículo, pues del análisis de su tercer párrafo se desprende que el juzgador es el encargado de ordenar a las partes que pongan sus pruebas a disposición de la contraparte con suficiente anticipación, ya que existirán sanciones si no se cumple. También es necesario recalcar que las pruebas anunciadas tienen que estar adjuntas al proceso previo a la audiencia preliminar o única. En caso de derechos de NNA, “en materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima.”

El juzgador a cargo del proceso no puede aplicar como prueba su propio conocimiento de los hechos controvertidos, según el artículo 164, se debe realizar una adecuada valoración de la prueba, ésta deberá solicitarse, practicarse e incorporarse siempre dentro de los términos establecidos en el COGEP, el juzgador debe valorar la prueba en conjunto, conforme las reglas de la sana crítica que son las reglas del correcto entendimiento humano, en ellas interfieren las reglas de la lógica, con las de la experiencia del juez, ambas contribuyen de la misma forma a que el juzgador pueda analizar la prueba⁹. El deber del juez es expresar en su decisión, la valoración íntegra de las pruebas que le ayudaron para dictar su resolución.

Con respecto a la prueba nueva el COGEP tiene un artículo que establece lo que sucede en ese caso y reza:

“Art. 166.- Prueba nueva.- Se podrá solicitar prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio o única, siempre que se acredite que no fue de conocimiento de la parte a la que beneficia o que, habiéndola conocido, no pudo disponer de la misma. La o el juzgador podrá aceptar o no la solicitud de acuerdo con su sana crítica.”

⁹ Ramírez Romero, Carlos. *Apuntes sobre la Prueba en el COGEP*. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017.

Debido al objeto de estudio de esta investigación cabe aclarar que, este es un caso excepcional en el cual se puede solicitar una prueba que no fue anunciada, sin embargo, como está escrito, esto debe ser antes de la audiencia.

3. Derecho a la Defensa en la legislación

El derecho a la defensa y el derecho de las partes a la prueba el cual, como ya se mencionó en párrafos anteriores, consiste en la oportunidad que tienen las partes de presentar sus pruebas, practicarlas y contradecirlas ante el juzgador, están estrechamente relacionados, la prueba constituye un requisito primordial para garantizar el derecho a la defensa que es en una de las garantías básicas más importantes del debido proceso.

El derecho a la defensa se puede interpretar como la posibilidad real de las personas de argumentar en favor de sus derechos, intereses y posiciones dentro de un proceso llevado en su contra. Según la sentencia N.º 1880-14-EP/20-CC, el derecho a la defensa está compuesto por un derecho subjetivo de las partes procesales y una dimensión estructural del proceso en sí mismo, ya que, el proceso se compone de la afirmación y la negación, debido a la acción mutua entre la pretensión del accionante y la oposición del accionado, es decir, su defensa.

Según el artículo 75 de la CRE, el acceso gratuito a la justicia, a la tutela efectiva, imparcial y expedita son derechos de todas las personas, quienes en ningún caso podrán quedar en indefensión y deberán obtener una decisión fundamentada en derecho, este artículo puede ser entendido como el derecho de toda persona a que se le haga justicia.

La Corte Constitucional en su Sentencia No. 004-13-SEP-CC, ha considerado que:

El derecho a la defensa en el ámbito constitucional, obliga a que nadie sea privado de los medios necesarios para proclamar y hacer respetar sus derechos en el desarrollo de un proceso legal, con base en la igualdad de condiciones y facultades de las partes procesales.

La vulneración del derecho a la defensa conduce también a una violación al debido proceso que está establecido constitucionalmente. El Ecuador al ser un estado constitucional de derechos y justicia, preserva la seguridad jurídica de los ecuatorianos, de este modo, la justicia está orientada a brindar lo justo y verdadero.

El derecho a la defensa está establecido en las letras a), b), c) y h), numeral 7 del artículo

76 de la Constitución el cual señala:

“**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...]

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.”

Los operadores de justicia son los encargados de constatar la validez del proceso, garantizando el respeto del derecho de la defensa y que en todos los procedimientos se cumplan con los derechos reconocidos en la CRE, tratados internacionales y la ley.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), hace un acercamiento al derecho a la defensa y en el numeral 1, artículo 8 expresa:

“Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus

derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

Las garantías en este artículo tienen similitud con las establecidas en nuestra Constitución, la cual reconoce que ninguna persona debe ser privada de su derecho a la defensa y deben ser oídos en igualdad de condiciones.

La sentencia N° 4-19-EP/21 señala que el literal a), numeral 7 del artículo 76 constitucional, consiste en un medio de tutela en el proceso judicial, esto hace posible que las partes procesales puedan exponer de manera oportuna todas las situaciones de hecho y derecho que apoyan sus pretensiones ante el juzgador, de este modo, se garantizan los principios de igualdad de las partes y de contradicción, para que se obtenga una decisión debidamente motivada.

La indefensión de alguna de las partes procesales provoca una violación a las garantías mencionadas, los procesos deben contar con el tiempo suficiente para que los sujetos puedan conocer los hechos que se exponen y poder defenderse, es importante tomar en cuenta los términos que la ley establece para lograr una defensa efectiva, de acuerdo a cada caso.

Debido a nuestro estado constitucional de derechos y justicia, todas las personas somos iguales ante la ley, por tanto, todas las personas podemos alegar, fundamentar nuestros argumentos y contradecirlos. Todos debemos tener un trato similar con respecto a la oportunidad de la defensa, cabe mencionar que, hay que respetar el tiempo de la contraparte para ser escuchado en el momento adecuado.

La Corte Constitucional en su sentencia N° 987-15-EP/20, establece que la garantía establecida en el literal c), previamente expuesto, tiene una estrecha relación con la posibilidad de todos los sujetos procesales de presentar argumentos y pruebas, así como de ejercer el derecho de contradicción respecto de éstos, conforme lo reconoce el literal h).

Como se mencionó en el capítulo anterior, el COGEP establece que es en la demanda y en la contestación a la misma, el momento oportuno para presentar los hechos, pruebas y pretensiones, de este modo, la contraparte conocerá lo que se va a exponer y podrá ejercer su derecho de contradicción.

4. Derecho Comparado

4.1. Colombia

La legislación colombiana, precisamente en el Código de la Infancia y Adolescencia en el CAPÍTULO V sobre procedimiento judicial y reglas especiales, en su artículo 129 establece que la sentencia es la que dispone que los alimentos se paguen y aseguren mediante la constitución de un capital cuya renta los satisfaga, si el obligado no cumple la orden dentro del tiempo establecido, el juzgador procederá a adoptar las medidas necesarias para que el alimentante cumpla con su obligación.

Dichas medidas se encuentran en el subsiguiente artículo 130 el cual expresa:

“Artículo 130. Medidas especiales para el cumplimiento de la obligación alimentaria. Sin perjuicio de las garantías de cumplimiento de cualquier clase que convengan las partes o establezcan las leyes, el juez tomará las siguientes medidas durante el proceso o en la sentencia, tendientes a asegurar la oportuna satisfacción de la obligación alimentaria:

1. Cuando el obligado a suministrar alimentos fuere asalariado, el Juez podrá ordenar al respectivo pagador o al patrono descontar y consignar a órdenes del juzgado, hasta el cincuenta por ciento (50%) de lo que legalmente compone el salario mensual del demandado, y hasta el mismo porcentaje de sus prestaciones sociales, luego de las deducciones de ley. El incumplimiento de la orden anterior, hace al empleador o al pagador en su caso, responsable solidario de las cantidades no descontadas. Para estos efectos, previo incidente dentro del mismo proceso, en contra de aquél o de este se extenderá la orden de pago.

2. Cuando no sea posible el embargo del salario y de las prestaciones, pero se demuestre el derecho de dominio sobre bienes muebles o inmuebles, o la titularidad sobre bienes o derechos patrimoniales de cualquier otra naturaleza, en cabeza del demandado, el Juez podrá decretar medidas cautelares sobre ellos, en cantidad suficiente para garantizar el pago de la obligación y hasta el cincuenta por ciento (50%) de los frutos que produzcan. Del embargo y secuestro quedarán excluidos los útiles e implementos de trabajo de la persona llamada a cumplir con la obligación alimentaria.”

Como podemos observar, el mencionado artículo en ninguno de sus párrafos establece

como medida cautelar el apremio personal al alimentante que ha incumplido con su obligación, lo que sucede es que el juzgador tomará durante el proceso o en la sentencia las dos medidas que existen para el cumplimiento del pago de las pensiones alimenticias, estas son el descuento de hasta el cincuenta por ciento del salario mensual del obligado, dejando como consecuencia que si el empleador incumple está orden será responsable solidario del valor no descontado; y, el descuento de hasta el cincuenta por ciento de los frutos que produzcan los bienes muebles o inmuebles que estén en titularidad del obligado.

Por lo tanto, diferente a lo que sucede en Ecuador, en Colombia no se convoca a ninguna audiencia porque en la legislación colombiana no se dicta el apremio personal al obligado por incumplimiento de la pensión alimenticia, bajo este sentido, debido a que no existe ninguna audiencia en la cual se puedan producir las pruebas que justifican el incumplimiento del pago, los demandados no tienen por ningún motivo que anunciar los medios probatorios que justifiquen su incumplimiento, de esta manera, el juzgador tampoco realiza un examen de admisibilidad de las pruebas.

4.2. Chile

Le legislación chilena precisamente en la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, en su artículo 14 establece las medidas que se tomarán en caso de incumplimiento de la obligación alimentaria:

“Artículo 14. Si decretados los alimentos por resolución que cause ejecutoria en favor del cónyuge, de los padres, de los hijos o del adoptado, el alimentante no hubiere cumplido su obligación en la forma pactada u ordenada o hubiere dejado de pagar una o más de las pensiones decretadas, el tribunal que dictó la resolución deberá, a petición de parte o de oficio y sin más trámite, imponer al deudor como medida de apremio, el arresto nocturno entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente, hasta por quince días. El juez podrá repetir esta medida hasta obtener el íntegro pago de la obligación.

Si el alimentante infringiere el arresto nocturno o persistiere en el incumplimiento de la obligación alimenticia después de dos periodos de arresto

nocturno, el juez podrá apremiarlo con arresto hasta por quince días. En caso de que procedan nuevos apremios, podrá ampliar el arresto hasta por 30 días.

Para los efectos de los incisos anteriores, el tribunal que dicte el apremio, si lo estima estrictamente necesario, podrá facultar a la policía para allanar y descerrajar el domicilio del demandado y ordenará que éste sea conducido directamente ante Gendarmería de Chile. La policía deberá intimar previamente la actuación a los moradores, entregándoles una comunicación escrita o fijándola en lugar visible del domicilio. Si el alimentante no es habido en el domicilio que consta en el proceso, el juez ordenará a la fuerza pública investigar su paradero y adoptará todas las medidas necesarias para hacer efectivo el apremio.

En todo caso, la policía podrá arrestar al demandado en cualquier lugar en que éste se encuentre.

En caso de que fuere necesario decretar dos o más apremios por la falta de pago de unas mismas cuotas, las pensiones alimenticias atrasadas devengarán el interés corriente entre la fecha de vencimiento de la respectiva cuota y la del pago efectivo.

En las situaciones contempladas en este artículo, el juez dictará también orden de arraigo en contra del alimentante, la que permanecerá vigente hasta que se efectúe el pago de lo adeudado. Para estos efectos, las órdenes de apremio y de arraigo expresarán el monto de la deuda, y podrá recibir válidamente el pago la unidad policial que les dé cumplimiento, debiendo entregar comprobante al deudor. Esta disposición se aplicará asimismo en el caso del arraigo a que se refiere el artículo 10.

Si el alimentante justificare ante el tribunal que carece de los medios necesarios para el pago de su obligación alimenticia, podrá suspenderse el apremio y el arraigo, y no tendrá aplicación lo dispuesto en el inciso cuarto. [...]"

A diferencia de lo que sucede en Colombia, en la legislación chilena en caso de que el alimentante haya incumplido su obligación dejando de cancelar una o más de las pensiones

pactadas, **el tribunal a petición de parte o de oficio y sin más trámite dictará en contra del demandado como medida de apremio** (el énfasis me pertenece) el arresto nocturno, algo un poco similar sucede en Ecuador, no obstante, como podemos evidenciar en lo subrayado, en Chile el juzgador tampoco convoca a una audiencia en la que el alimentante deba justificar las causas de su incumplimiento, sino que, claramente manifiesta que a más de la petición de parte o de oficio, no existirá ninguna otra diligencia para dictar el apremio personal.

Por el contrario, el séptimo inciso del artículo mencionado contiene algo importante a analizar, este párrafo establece que, en caso de que el alimentante justifique ante el tribunal que no tiene los medios necesarios para cancelar el pago de su obligación alimentaria, podrá suspenderse las medidas de apremio, como sucede en la legislación ecuatoriana, el demandado deberá justificar los motivos de su incumplimiento estrictamente en la audiencia ante el juzgador, sin tener que anunciar las pruebas que servirán para demostrar su incapacidad y a su vez, sin que el juzgador califique la admisibilidad de las mismas, en este sentido, el artículo 14 de la ley chilena al igual que el artículo 137 de la ley ecuatoriana no exige que exista las fases de anuncio y admisibilidad de los medios probatorios que el demandado deberá justificar respecto del incumplimiento de su obligación.

5. Conclusiones generales del capítulo

De lo expuesto en este segundo capítulo podemos concluir que, el apremio personal es una medida coercitiva que el juzgador impone al alimentante por el incumplimiento de pago de dos o más pensiones alimenticias al que está obligado, garantizando siempre el principio de interés superior del niño.

El CONA establece que el incumplimiento de pago de las pensiones alimenticias genera que el juzgador imponga la prohibición de salida del país al deudor, así como también, para asegurar el pago el juzgador podrá dictar cualquiera de los apremios contemplados en el COGEP.

Estas medidas cautelares deben ser idóneas y proporcionales, y se clasifican en dos tipos: apremio personal, la medida recae sobre la persona; y, apremio real, recae sobre el patrimonio.

El apremio analizado según el objeto de estudio de esta investigación fue el apremio personal en materia de alimentos establecido en el artículo 137 del COGEP, cabe mencionar que este artículo pasó por una declaración de inconstitucionalidad sustitutiva la cual lo reemplazó íntegramente para estar regulado como lo está en la actualidad.

La sentencia N° 012-17-SIN dictada el 10 de mayo de 2017 por la Corte Constitucional inició cuando a ellos llegó el caso N.º 0052-16-IN, el cual trataba acerca de una acción pública de inconstitucionalidad en contra del primer inciso del artículo 137 presentada por el señor Javier Donoso, el cual argumentaba que este apremio no era una medida proporcional y que no lograba convenientemente su fin. Por tanto, el accionante solicitó a la Corte declarar la inconstitucionalidad sustitutiva por el fondo del artículo 137.

Las consideraciones de la Corte fueron que, cualquier medida orientada a garantizar la prestación de alimentos está, a su vez, coadyuvando al cumplimiento efectivo de los derechos de los NNA y que con la aplicación de la privación de libertad habría una colisión de derechos. Para determinar si esta colisión existía la Corte verificó si la medida era idónea, necesaria y proporcional.

Con respecto a la idoneidad, se tenía que considerar si la medida alcanzaba el fin que perseguía, el accionante en su demanda describió dos consecuencias de la privación de la libertad al alimentante, una es la pérdida del empleo y la otra la limitación para obtener uno, respecto de estas consecuencias la Corte concluyó que esta medida no era idónea porque no cumplía con los preceptos generales de aplicación del artículo 134, tampoco garantizaba de manera eficaz el derecho de alimentos y vulneraba derechos constitucionales de los alimentantes.

Con respecto a la necesidad, se tenía que determinar si la medida de apremio personal era necesaria en la forma prevista en el artículo 137, al respecto al Corte consideró que existen varias medidas de apremio que los administradores de justicia pueden aplicar para garantizar la prestación de alimentos, por ejemplo, las medidas de apremio de carácter real y la medida de apremio personal de prohibición de salida del país, citó también ejemplos de derecho de comparado, concluyendo que existen medidas alternativas menos lesivas para garantizar el cumplimiento de la obligación alimentaria.

Con respecto a la proporcionalidad, la Corte coligió que con la aplicación de la medida de apremio establecida en el artículo 137 se estaban afectando derechos constitucionales como el derecho a la libertad, a la vida, a la salud, al trabajo, a la vida digna y al desarrollo integral de los NNA. Concluyó que el contenido del artículo 137 era vulnerador de derechos, por lo que declaró la inconstitucionalidad sustitutiva del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, publicado en el suplemento del Registro Oficial N° 506 del 22 de mayo de 2015 y lo reemplazó íntegramente.

En la actualidad este artículo promueve en general como medida de apremio la prohibición de salida del país, incorporó la convocatoria a una audiencia en la cual el alimentante debe justificar los motivos que le impidieron cumplir con el pago de su obligación, establece que los motivos a justificar son entre otros, no tener empleo, no tener suficientes recursos económicos, ser discapacitado o sufrir una enfermedad catastrófica. En caso de justificar el incumplimiento de la obligación el juzgador dispondrá una propuesta de pago, por otro lado, si el alimentante no lo justifica el juez dictará el apremio total.

La audiencia establecida en el artículo 137 en ninguno de sus incisos manifiesta que el alimentante tiene que anunciar las pruebas que usará para justificar el incumplimiento de su pago, si no que, es en el momento de la audiencia en donde justificará los motivos, sin existir tampoco un examen de admisibilidad en estricto sentido.

El COGEP establece que el momento oportuno para anunciar todos los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos es en la demanda, en este sentido, la parte demandada al contestar la demanda deberá anunciar todos los medios probatorios que sustentarán su contradicción. Cabe mencionar que, la prueba que no sea anunciada no podrá introducirse en la audiencia Según jurisprudencia de la Corte Constitucional, las partes son las que aportan las pruebas que le permiten al juez llegar al convencimiento de los hechos.

El deber del juez consiste en verificar los hechos alegados por las partes mediante las pruebas aportadas, para lograrlo, una vez anunciadas, las pruebas deben pasar por un examen de admisibilidad cumpliendo los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad, esto es que las pruebas siempre deben referirse directa o indirectamente a los hechos controvertidos, deben servir para llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y deben demostrar determinado hecho.

La prueba obtenida por medio de vicios será ineficaz, al igual que la prueba actuada sin oportunidad de contradecir, esto último es lo que sucede en la audiencia del artículo 137, al no anunciar la prueba, la contraparte no puede ejercer su derecho de contradicción que consiste en conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar y contradecirla. El juzgador es el encargado de ordenar que las partes pongan las pruebas a disposición de la contraparte con suficiente anticipación para garantizar su derecho a la defensa.

El derecho a la defensa y el derecho de las partes a la prueba están estrechamente relacionados, el derecho a la defensa consiste en la posibilidad real de las personas de argumentar en favor de sus derechos, la vulneración de este derecho conduce a una violación al debido proceso

que está establecido constitucionalmente.

La CRE establece que el derecho de las personas a la defensa incluirá algunas garantías como nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa, ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones y presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

Con respecto al derecho comparado podemos concluir que en la legislación colombiana no existe una audiencia como la establecida en el artículo 137 del COGEP, porque en Colombia no se dicta el apremio personal al obligado en caso de incumplimiento de la pensión alimenticia, lo que sucede es que el juzgador toma medidas que recaen sobre el patrimonio de la persona, más no sobre él mismo.

Por otro lado, a diferencia de lo que sucede en Colombia, en la legislación chilena si el alimentante incumplió su obligación, el tribunal a petición de parte o de oficio y sin más trámite dictará en contra del demandado como medida de apremio el arresto nocturno. La similitud que tiene Chile con Ecuador es que en la ley chilena el alimentante también debe justificar únicamente ante el tribunal que es incapaz de cumplir con su obligación, como pudimos evidenciar, el artículo 14 de la ley chilena al igual que el artículo 137 de la ley ecuatoriana no exigen que exista las fases de anuncio y admisibilidad de los medios probatorios que el demandado deberá justificar respecto del incumplimiento de su obligación.

CAPÍTULO III

RESULTADOS ALCANZADOS

1. Inexistencia de la etapa de anuncio y admisibilidad de medios probatorios en la audiencia de apremio personal en materia de alimentos

Como podemos evidenciar en el subcapítulo 1.1, a raíz de la sentencia N° 012-17-SIN, el artículo 137 del COGEP dispone que previo a dictar las medidas de apremio aplicables al alimentante en virtud del incumplimiento en el pago de las pensiones alimenticias, se convoque previamente a una audiencia, en la cual el alimentante tiene la obligación procesal de demostrar y acreditar las circunstancias extraordinarias que le impidieron cumplir con el pago de la obligación;

ya que, si no se demuestran tales circunstancias, el juez procederá a dictar el apremio total hasta por treinta días y los apremios reales que sean necesarios.

El artículo 137, en ninguno de sus incisos exige que el alimentante previo a la audiencia anuncie los medios probatorios destinados a demostrar su incapacidad de cumplir con el pago de las pensiones adeudadas, sin que exista, por tanto, un examen riguroso respecto a la admisibilidad de los mismos.

En la práctica los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia tan solo en el momento de la audiencia convocada al amparo del artículo 137, analizan los medios probatorios destinados a justificar el incumplimiento de pago por parte del alimentante.

La inexistencia del anuncio y admisibilidad de la prueba, ocasiona que no se tome en consideración la veracidad de los documentos, es decir, en el caso de que se esté presentando documentos fraudulentos, se necesita tiempo antes para preparar y contradecir la prueba pero esto solo se podría conociendo que pruebas se van a justificar en la audiencia, la necesidad del anuncio de prueba de cara a que los juzgadores realicen un ejercicio de admisibilidad de la prueba que sea pertinente, conducente y útil al caso que se está litigando, pero esto solo se puede lograr con una fase de admisibilidad en estricto sentido.

La prueba es de suma importancia en las audiencias, ya que mediante ella el juzgador debe llegar al convencimiento de los hechos, en esta disposición podemos encontrar elementos de valoración de la prueba, así como la verdad procesal y realización de la justicia, ya que, la masa probatoria debe llevar al juez a una certeza sobre los hechos alegados en la controversia.

El espíritu del COGEP consiste en que las partes procesales anuncien los medios probatorios, con anterioridad a la audiencia, con la finalidad de garantizar el derecho de contradicción de la otra parte, por tanto, el momento oportuno para anunciar todos los medios de prueba que se pretendan usar para acreditar los hechos es en la demanda y en la contestación a la misma, situación que en la audiencia en análisis no sucede.

Cabe mencionar que esta ley también establece que las pruebas que no sean anunciadas no podrán introducirse en la audiencia.

Es indispensable que las partes pongan con anticipación la prueba para que la contraparte pueda conocerla y disponer de ella, los medios de prueba deben ser anunciados e incorporados al proceso antes de la audiencia.

Una vez anunciados los medios probatorios, los juzgadores deben calificar su

admisibilidad, la ley establece ciertos requisitos para admitir las pruebas, como se desprende de los capítulos previos, estos son pertinencia, conducencia y utilidad, debido a que es en el momento de la audiencia en donde el alimentante debe justificar las circunstancias del incumplimiento del pago, esta etapa tampoco se cumple en la audiencia en cuestión.

De lo expuesto, podemos concluir que la necesidad de que exista una fase de anuncio y admisibilidad de la prueba previo a la audiencia constituye en que las pruebas que se reproduzcan para justificar la incapacidad del alimentante de cumplir con el pago de lo adeudado, sean pertinentes, útiles y conducentes al caso y que la contraparte tenga la oportunidad de conocer y replicar las pruebas que se van a presentar, la implementación de esta fase ayudaría a que las pruebas no tengan ningún tipo de vicio y se ejerza el derecho a la defensa.

2. Vulneración del Derecho a la Defensa

Como ya se analizó, en la audiencia de apremio personal en materia de alimentos establecida en el artículo 137 COGEP, no se exige una etapa de anuncio y admisibilidad de los medios probatorios, por lo que, es en el momento de la misma audiencia en donde se produce la prueba, esta práctica conlleva una vulneración al derecho a la defensa establecido en la Constitución, la cual manifiesta que ninguna persona en ningún caso quedará en indefensión, la falta de las dos etapas en la audiencia no vela por las garantías del derecho a la defensa, ya que, no conocer previamente las pruebas que el alimentante va a justificar en la audiencia, provoca que la parte actora sea privada de su derecho a la defensa, porque no contó con el tiempo y los medios adecuados para lograr una defensa eficaz, no pudo replicar los argumentos de la contraparte, presentar pruebas y contradecir las que se presentaron, por lo tanto, tampoco se cumpliría con la garantía de ser escuchado en igualdad de condiciones.

La inexistencia de estas etapas de la prueba vulnera también el derecho de contradicción de la prueba, debido a que, no se conocerá de manera oportuna las pruebas que se van a practicar en la mencionada audiencia y de nuevo, no se logrará una defensa y una contradicción adecuada.

-Análisis de caso N° 17203-2020-04850

N° proceso: 17203-2020-04850

Acción/Infracción: Alimentos

La parte accionante presentó una demanda de pensión alimenticia en contra de la parte demandada la cual, al reunir los requisitos establecidos en el COGEP, con fecha 28 de octubre de 2020 fue calificada y aceptada a procedimiento sumario. La pensión provisional que debía cancelar el demandado a favor de su hijo, a partir de la fecha de la presentación de la demanda se reguló en ciento dieciocho 00/100 dólares de los Estados Unidos de América, estos valores debían ser depositados en la cuenta bancaria de la parte actora.

Con fecha 20 de enero de 2021 se derivó la causa al Centro de Mediación de la Función Judicial de Quito y se llegó a un acuerdo total, sin embargo, el demandado no canceló los valores que le correspondían y la parte actora solicitó la retención judicial de las pensiones alimenticias de los haberes que percibe el demandado en su calidad de empleado de una empresa de artículos deportivos, valores que debían ser depositados en la cuenta bancaria de la actora.

El día 04 de mayo de 2020, se dispuso que, en el término de cinco días, el señor demandado, pague la suma de ochocientos cincuenta y nueve 03/100 dólares de los Estados Unidos de América, por concepto de pensiones alimenticias que adeuda.

En mérito que el accionado adeudaba más de dos pensiones alimenticias, el 26 de julio de 2020, se le dispuso la prohibición de salida del país.

Con fecha 29 de julio de 2022, al tenor del artículo 137 del COGEP se convocó a las partes procesales a la audiencia que tendría por objeto determinar las medidas de apremio aplicables de acuerdo a las circunstancias del alimentante que no le permitieron cumplir con el pago de sus obligaciones.

La audiencia tuvo lugar el día 09 de septiembre de 2022 a las 10:00 am, la jueza dio por iniciado el juicio y la secretaria constató la presencia de las partes procesales.

Posterior a esto, la juzgadora dio la palabra al abogado de la parte demandada quien empezó mencionando que su defendido adeuda un valor de ochocientos ochenta y tres 17/100 dólares de los Estados Unidos de América y propuso que se pueda hacer un diferimiento de doce meses para poder realizar el pago.

La parte actora por su parte, no aceptó dicha propuesta manifestando que ella necesita todo el dinero ya que está adeudando esos valores en otros lugares.

En respuesta a esto, el abogado de la parte demandada solicitó a la jueza darle la palabra al señor demandado, la jueza accedió y le preguntó al demandado cuánto es el sueldo que perciba, fue en ese momento en el que el demandado expuso las razones por las cuales no ha podido cumplir

con el pago de lo adeudado y manifestó que, en su empresa cambiaron los contratos de trabajo por lo que ya no les pagan horas extra, bonos o comisión y que él solo recibe un sueldo básico, manifestó también que él en ese momento no tenía dinero porque sigue pagando deudas que le quedaron del divorcio, añadió que él no puede quedarse sin trabajo ya que no tendrá de donde cancelar los valores y solicitó que se le refinance lo adeudado. También aclaró que su empresa actualmente le está descontando directamente de su rol de pagos el valor de la pensión alimenticia y se lo deposita en la cuenta de la actora.

La parte actora no aceptó lo solicitado por la parte demandada, pero propuso que el valor adeudado se cancele en seis cuotas mensuales más la pensión alimenticia.

Acerca de la nueva propuesta el demandado volvió a solicitar que el pago se lo cancele en doce cuotas mensuales.

La parte actora manifestó que no tienen intención de privar de la libertad al demandado ya que, mediante su trabajo él cancela los valores de la pensión alimenticia, y le pidieron que analice la propuesta.

La parte demandada en su contrapropuesta pidió que la deuda sea cancelada en nueve cuotas mensuales, a lo que la parte actora no accedió.

Debido a que no existió un acuerdo entre las partes, la jueza decidió que los valores adeudados se pagarán en doce cuotas mensuales más la pensión alimenticia, valores que serán descontados del rol de pagos.

De lo analizado, como pudimos evidenciar, el momento en el cual el demandado manifestó las razones por las cuales no ha podido cumplir con el pago de lo adeudado fue en la audiencia, en donde dijo también cuánto era el sueldo que percibía, sin presentar un documento que constate su afirmación provocando que la actora no tenga oportunidad de contradecir, por lo tanto, mediante este caso podemos concluir que actualmente en las audiencias de apremio personal en materia de alimentos no se requiere el anuncio y admisibilidad de las pruebas que los demandados deberán justificar en dicha audiencia.

3. Efectos y alcance de los resultados alcanzados

A lo largo de la presente investigación y del caso analizado previamente, hemos evidenciado de qué manera la falta de las etapas de anuncio y admisibilidad de los medios probatorios en la audiencia de apremio personal en materia de alimentos establecida en el artículo

137 del COGEP vulnera el derecho a la defensa reconocido constitucionalmente, concomitante el derecho de contradicción de la prueba y yéndose en contra del espíritu del COGEP el cual consiste en que las pruebas se anuncien antes de la audiencia para que puedan pasar por el examen de admisibilidad bajo los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad, y así puedan ser producidas en la audiencia, garantizando el derecho a la defensa porque la prueba estaría con suficiente anticipación en la manos de la contraparte, la cual podrá realizar una adecuada defensa y ejercerá su derecho de contradicción de la prueba.

3.1. Propuesta normativa

Mi solución para este problema consiste en una reforma normativa al artículo 137 del COGEP únicamente en el inciso de la convocatoria a audiencia, esta reforma consistiría en añadir en el artículo un inciso el cual establezca que debe existir las etapas de anuncio y admisibilidad de las pruebas que servirán para que el demandado justifique el incumplimiento del pago de las pensiones alimenticias.

La reforma quedaría de la siguiente manera:

REFORMA NORMATIVA AL ARTÍCULO 137 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

A partir de la sentencia N° 012-17-SIN, el artículo 137 del COGEP dispone que previo a dictar las medidas de apremio aplicables al alimentante en virtud del incumplimiento en el pago de las pensiones alimenticias, se convoque a una audiencia, en la cual el demandado tiene la obligación procesal de demostrar y acreditar las circunstancias extraordinarias que le impidieron cumplir con el pago de la obligación; ya que, si no se demuestran tales circunstancias, el juez procederá a dictar el apremio personal.

El artículo 137, no exige que el alimentante previo a la audiencia anuncie los medios probatorios destinados a demostrar su incapacidad de cumplir con el pago de las pensiones adeudadas, sin que exista, por tanto, un examen riguroso respecto a la admisibilidad de los mismos.

Es en el momento de la misma audiencia en donde se produce la prueba, esta práctica conlleva una vulneración al derecho a la defensa establecido en la Constitución de la República del Ecuador, la cual manifiesta que ninguna persona en ningún caso quedará en indefensión, por

tanto, la falta de las dos etapas en la audiencia no vela por las garantías del derecho a la defensa, ya que, no conocer previamente las pruebas que el alimentante va a justificar en la audiencia, provoca que la parte actora sea privada de su derecho a la defensa, porque no contó con el tiempo y los medios adecuados para lograr una defensa eficaz, no pudo replicar los argumentos de la contraparte, presentar pruebas y contradecir las que se presentaron, por lo tanto, tampoco se cumpliría con la garantía de ser escuchado en igualdad de condiciones.

En el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 137, para garantizar a la contraparte procesal el derecho a la defensa y el derecho de contradicción de la prueba, se debe añadir un párrafo en el que obligue al demandado anunciar las pruebas que usará para justificar el incumplimiento de su obligación, y a su vez mandar que el juzgador califique dichas pruebas bajo los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad, y las admita para ser producidas en la audiencia.

Es necesario aumentar este inciso, puesto que, con esta reforma el artículo 137 obligaría al alimentante que previo a la audiencia, anuncie todos los medios probatorios que usará para justificar el incumplimiento de su pago, posterior a esto, el juez para admitir los medios probatorios a juicio, tendrá el deber de calificar estas pruebas bajo los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad, es decir, las pruebas presentadas por el alimentante deben referirse directa o indirectamente a los hechos controvertidos, en este caso a las razones del incumplimiento de su pago, dichas pruebas deben servir para llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y deben demostrar determinado hecho. El anuncio de los medios probatorios garantiza el derecho a la defensa y el derecho de contradicción de la prueba a la contraparte, ya que, al estar las pruebas en manos de la contraparte con suficiente anticipación, esta podría realizar una adecuada defensa y podrá contradecir las pruebas que se van a producir en la audiencia.

Las ventajas de implementar este inciso resultarían en la garantía del derecho a la defensa y también el derecho a la contradicción de la prueba, una vez anunciadas y admitidas las pruebas, en la audiencia no debería existir ningún tipo de vicio, por ejemplo, documentos fraudulentos, y las partes podrían ejercer los derechos ya mencionados que tienen en todos los procesos.

Para tal propósito, con base a lo expuesto, se somete a consideración de la Asamblea Nacional, una reforma al artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, para que lo analice, enriquezca y expida de conformidad con la normativa pertinente.

LA ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”

Que el artículo 76.7 letras a, b, c y h, de la Constitución es claro al disponer que el derecho de las personas a la defensa incluirá que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa, las personas deberán contar con el tiempo y medios adecuados para preparar su defensa, serán escuchados en igualdad de condiciones y, presentar pruebas y contradecir las presentadas en su contra.

Que el artículo 142.7 del Código Orgánico General de Procesos dispone que en la demanda constará el “anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos”

Que el artículo 152 del COGEP dispone que “la parte demandada al contestar la demanda deberá anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción.”

Que el artículo 159 del COGEP es claro al disponer que la prueba documental con que cuenten las partes se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción y que la prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia.

Que el artículo 160 del COGEP dispone que para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad.

Que el artículo 165 del COGEP es claro en disponer que las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla.

En ejercicio de las atribuciones legales,

EXPIDE:

Sustitúyase el artículo 137 por el siguiente:

“Art. 137.- Apremio personal en materia de alimentos.- En caso de que el alimentante incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias sean o no sucesivas, la o el juzgador a petición de parte, previa constatación del incumplimiento del pago pecuniario o no pecuniario, dispondrá la prohibición de salida del país y convocará a audiencia que deberá realizarse en un término de diez días conforme a este artículo.

La audiencia tendrá por objeto determinar las medidas de apremio aplicables de acuerdo a las circunstancias del alimentante que no le permitieron cumplir con el pago de sus obligaciones, por lo que no se discutirá sobre el monto de las pensiones adeudadas u otros aspectos que no tengan que ver con su objeto. Sí el alimentante no compareciere a la audiencia, la o el juzgador aplicará el régimen de apremio personal total.

El alimentante previo a la audiencia deberá anunciar la o las pruebas con las que justificará su incapacidad de cumplir con el pago, el juzgador o juzgadora será el encargado de admitir las pruebas que deberá contener los requisitos establecidos en el primer inciso del artículo 160 de este cuerpo legal.

Si el alimentante no demostrare de manera justificada su incapacidad de cumplir con el pago de las pensiones adeudadas a causa de no tener actividad laboral ni recursos económicos; o, ser persona discapacitada, padecer una enfermedad catastrófica o de alta complejidad que le impidan el ejercicio de actividades laborales, la o el juzgador dispondrá el apremio total hasta por treinta días, los apremios reales que sean necesarios: prohibición de salida del país; y, el pago por parte de los obligados subsidiarios. En caso de reincidencia el apremio personal total se extenderá por sesenta días más y hasta un máximo de ciento ochenta días.

En el caso que el alimentante demostrare de manera justificada su incapacidad de cumplir con sus obligaciones, la o el juzgador aprobará una propuesta del alimentante en torno a su compromiso de pago para cancelar lo adeudado,

precautelando siempre los derechos del alimentado. En caso de incumplimiento del compromiso de pago, el juzgador dispondrá el apremio parcial, los apremios reales que correspondan y el cumplimiento del pago por parte de los obligados subsidiarios. De ser necesario, el juez dispondrá de manera motivada el uso de dispositivo de vigilancia electrónica.

El apremio personal parcial consistirá en la privación de la libertad entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente por treinta días, salvo que el alimentante demostre que realiza actividades económicas o laborales en el horario señalado, en cuyo caso el juzgador determinará el horario aplicable que deberá ser de ocho horas. En los casos de reincidencia en el incumplimiento del pago o incumplimiento del apremio personal parcial la o el juzgador ordenará el apremio total.

En la misma resolución en la que se ordene el apremio personal parcial o total, la o el juzgador ordenará el allanamiento del lugar en el que se encuentre el deudor; así también, en los casos en los que se dicte el uso de dispositivo de vigilancia electrónica, dispondrá su instalación a las entidades competentes.

Previo a disponer la libertad de la o el alimentante, la o el juzgador requerirá la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptorá el pago en efectivo, cheque certificado o mediante la verificación de los documentos que justifiquen el pago. Pagada la totalidad de la obligación, la o el juzgador dispondrá su libertad inmediata y de ser el caso, el retiro del dispositivo de vigilancia electrónica por las entidades competentes. Similar procedimiento se cumplirá cuando la o el obligado haya dejado de pagar dos o más obligaciones asumidas mediante acuerdos conciliatorios.

No cabe apremio personal en contra de las o los obligados subsidiarios ni garantes; o, en contra de personas discapacitadas o que padezcan una enfermedad catastrófica o de alta complejidad que le impidan el ejercicio de actividades laborales.”

DISPOSICIÓN FINAL

Este artículo entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. CONCLUSIONES

- En todos los procesos en los que se encuentren inmersos niños, niñas y adolescentes es primordial precautelar su interés superior, garantizando el pleno ejercicio de sus derechos y asegurando su total protección, debido a que, los NNA cuentan con una protección especial por parte de la Constitución, ya que se encuentran dentro de los grupos de atención prioritaria.

- El derecho de alimentos es connatural a la relación parento-filial, está relacionado con el derecho a una vida digna, conlleva la obligación de asistir al prójimo, de esta manera, los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria de sus hijos, debiendo suministrarles los recursos esenciales para satisfacer sus necesidades.

- A partir de la sentencia N° 012-17-SIN, el artículo 1317 dispone la convocatoria a una audiencia que tiene por objeto determinar las medidas de apremio aplicables de acuerdo a las circunstancias del alimentante que no le permitieron cumplir con el pago de sus obligaciones, el alimentante debe demostrar de manera justificada su incapacidad de cumplir con el pago de lo adeudado a causa de no contar con ninguna actividad laboral, no tener los recursos económicos suficientes, ser una persona discapacitada o sufrir una enfermedad que le impida trabajar.

- El momento en donde el alimentante debe probar y acreditar las circunstancias extraordinarias que le impidieron cumplir con su obligación de pago es en la audiencia, si no se demuestra, el juez procederá a dictar las medidas de apremio aplicables, en esta disposición no se exige que el alimentante deba anunciar las pruebas que va a justificar en la audiencia, sin que exista tampoco un examen de admisibilidad en estricto sentido.

- La prueba es muy importante en la vida jurídica, pues sin ella los derechos subjetivos de la persona frente a los demás serían simples apariencias. Para el abogado o el juez, la prueba es el

complemento indispensable de sus conocimientos, ya que, sin ella no podría ejercer su profesión ni administrar justicia.

- El Código Orgánico General de Procesos establece que las pruebas para ser producidas en audiencia deben pasar por las etapas de anuncio y admisibilidad.

- El derecho a la defensa y el derecho de contradicción de la prueba están estrechamente relacionados, la prueba constituye un requisito primordial para garantizar el derecho a la defensa que es en una de las garantías básicas más importantes del debido proceso.

- Del análisis del derecho comparado podemos concluir que, a diferencia de lo que sucede en Ecuador, en la legislación colombiana no se convoca a ninguna audiencia, ya que, en Colombia no se dicta el apremio personal al obligado por incumplimiento de la pensión alimenticia, por lo tanto, los demandados no tienen por ningún motivo que anunciar los medios probatorios que justifiquen su incumplimiento, de esta manera, el juzgador tampoco realiza un examen de admisibilidad de las pruebas.

- Respecto a la legislación chilena, podemos concluir que, al igual que en la legislación ecuatoriana, en Chile el alimentante justifica ante el tribunal que no tiene los medios necesarios para cancelar el pago de su obligación alimentaria, por lo tanto, en ninguna de las dos legislaciones existe las fases de anuncio y admisibilidad de los medios probatorios.

- Bajo todo lo expuesto podemos concluir que, la falta de las etapas de anuncio y admisibilidad de los medios probatorios en la audiencia de apremio personal en materia de alimentos establecida en el artículo 137 del COGEP vulnera el derecho a la defensa reconocido constitucionalmente, concomitante el derecho de contradicción de la prueba y se va en contra del espíritu del COGEP el cual consiste en que las pruebas se anuncien antes de la audiencia para que puedan pasar por el examen de admisibilidad bajo los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad, y así puedan ser producidas en la audiencia.

2. RECOMENDACIONES

Para la solución de este problema mi recomendación es una reforma normativa al artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos aprobada por parte de la Asamblea Nacional, la cual consistiría en añadir en el artículo un inciso el cual establezca que debe existir las etapas de anuncio y admisibilidad de las pruebas que servirán para que el demandado justifique el incumplimiento del pago de las pensiones alimenticias, dicho párrafo debería quedar de la siguiente manera:

El alimentante previo a la audiencia deberá anunciar la o las pruebas con las que justificará su incapacidad de cumplir con el pago, el juzgador o juzgadora será el encargado de admitir las pruebas que deberá contener los requisitos establecidos en el primer inciso del artículo 160 de este cuerpo legal.

Con la implementación de este inciso se garantizaría el derecho a la defensa y también el derecho a la contradicción de la prueba, ya que, una vez anunciadas y admitidas las pruebas, la contraparte podría realizar una adecuada defensa y contradecir las pruebas presentadas.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Cavallo, G. (2008). *El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios constitucionales, vol. 6, núm. 1*. Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de Chile.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Arreaga Ramírez, M. (2021). *La admisibilidad de los medios de prueba en los procesos civiles, a partir de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos y la vulneración del Derecho a la Defensa*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

Artavia, S. & Picado, C. (2019). Medios probatorios. Declaración de parte. Recuperado de: https://www.masterlex.com/descargas/PuntoJuridico/2019/Enero/Capitulo_Medios%20probatorios.pdf

- Ávila Santamaría, R. (2012). *Los derechos y sus garantías, ensayos críticos; prólogo de Miguel Carbonell*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Bentham, J. (1825). *Tratado de las pruebas judiciales*. París: Bossange.
- Cabanellas, G. (2007). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Editorial Heliasta.
- Cárdenas Paredes, K. & Cárdenas Paredes, C. (2022). *La Prueba y su Valoración dentro del Código Orgánico General de Procesos, Ecuador*. Revista Sociedad & Tecnología, 5(S1), 17-29.
- Chumi Pasato, A. (2017). *El deber judicial de admisión de los medios probatorios y la vulneración al derecho a la prueba en relación con el derecho a la defensa*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (1999). *Observación General 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11): 12.05. 99*. Ginebra. Recuperado el 15 de julio de 2015.
- Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)**.
- Couture, E. J. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera edición*. Buenos Aires: Roque Depalma.
- Cruz Barney, O. (2015). *Defensa a la defensa y abogacía en México*. México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Devis Echandía, H. (1981). *Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía.
- Enciclopedia jurídica. (2020). Prueba pericial. Recuperado de: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/prueba-pericial/prueba-pericial.htm>
- Escobar Arcos, L. (2015). *El anuncio de prueba dentro del juicio de alimentos y la violación del principio constitucional de igualdad procesal*. Ambato: Universidad Técnica de Ambato.

- Ferrer Beltrán, J. (2017). *El control de la valoración de la prueba en segunda instancia*. Revus, 33, pp. 107-126.
- Gaitán Reyes, J. (2017). *El debido proceso: La carga de la prueba en el proceso jurisdiccional transicional en Colombia*. Bogotá: Revista Diálogos de saberes, (46) 161-185.
- García Falconí, J. (2016). *Ofrecimiento de la Prueba en el COGEP*. Recuperado de DerechoEcuador.com: <https://derechoecuador.com/ofrecimiento-de-la-prueba-en-el-cogep/>
- García Falconí, J. (2017). Prueba documental. Recuperado de DerechoEcuador.com: <https://derechoecuador.com/prueba-documental/>
- García Falconí, J. (2012). *¿Qué es la prueba?*. Recuperado de DerechoEcuador.com: <https://derechoecuador.com/que-es-la-prueba/>
- León Ordoñez, D. A., León Ortiz, R. B., & Durán Ocampo, A. R. (2019). *La prueba en el Código Orgánico General de Procesos. Ecuador*. Recuperado de Revista Universidad y Sociedad: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202019000100359#B32
- Lessona, C. (1964). *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Madrid: Reus.
- Mayancela Iguasnia, H. (2020). *El juicio de admisibilidad de medios probatorios en el Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Universidad Internacional SEK.
- Montero, D. & Salazar, A. (2013). *Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32676.pdf>.
- Pájaro, J. (1976). *Inspección judicial*. Cartagena: Universidad de Cartagena.
- Palacio, L. (2017). *Derecho Procesal Civil*, Tomo IV. Buenos Aires: Abeledot Perrot.
- Palau, L. (2008). *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio*. México: Aranzadi

- Parra Quijano, J. (2007). *Manual de Derecho Probatorio. Décima Sexta Edición*. Bogotá: Ediciones del Profesional LTDA.
- Pérez, J. & Merino, M. (2013). *Definición de prueba pericial - Qué es, Significado y Concepto*. Recuperado de Definición.de: <https://definicion.de/prueba-pericial/>
- Ramírez, C. (2017). *Apuntes sobre la Prueba en el COGEP*. Quito: Corte Nacional de Justicia.
- Ramón, J. (2014). La prueba pericial. Lima: Revista de la Facultad de Ciencias Contables, vol(22), pp. 137-146.
- Ravetllat Ballesté, I. (2012). *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*. Educatio siglo XXI, vol. 30, núm. 2, pp. 89-108.
- Real Academia Española. (2001). *Anuncio de prueba*. Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/anuncio-de-prueba#:~:text=Constancia%20que%20aparece%20en%20la,ofrecen%20para%20acreditar%20los%20hechos>.
- Real Academia Española. (2006). Prueba. Recuperado de: <https://www.rae.es/desen/prueba>
- Rivera, R. (2011). *La prueba: Un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez, G. (1983). *Curso de derecho probatorio*. Bogotá: Librería del Profesional
- Ruiz, A; Aguirre, P & Ávila, D. (2016) *Desarrollo jurisprudencial de la primera Corte Constitucional (Periodo noviembre de 2012 - noviembre de 2015)*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Taruffo, M. (2009). *La prueba, Artículos y Conferencias*. Metropolitana.
- Velepucha Ríos, M. (2018). *La oportunidad de la prueba (La adquisición o comunidad de la prueba)*. Recuperado de: http://www.escuelajudicial.ec/efj_2016/archivos/Cogep/Ensayo-4.pdf.

PLEXO NORMATIVO

Ecuador [CRE] (2008). Constitución de la República del Ecuador. Asamblea Nacional. Registro Oficial 449.

Organización de Estados Americanos [OEA] (1978). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José). Gaceta Oficial No. 9460.

Organización de Naciones Unidas [ONU] (1989). Convención de los Derechos del Niño.

Ecuador [CONA] (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial No. 737.

Ecuador [COGEP] (2015). Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial No. 506.

Colombia. Código de la Infancia y Adolescencia. Ley 1098 de 08 de noviembre de 2006.

Chile. Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional del Ecuador [CCE] (2017). Sentencia N° 012-17-SIN-CC. Casos Nros° 0026-10-IN, 0031-10-IN y 0052-16-IN, acumulados.

Corte Constitucional del Ecuador [CCE] (2014). Sentencia N° 053-14-SEP-CC. Caso N° 2048-11-EP.

Corte Constitucional del Ecuador [CCE] (2021). Sentencia N° 505-16-EP/21. Caso N° 505-16-EP.

Corte Constitucional del Ecuador [CCE] (2020). Sentencia N° 1880-14-EP/20. Caso N° 1880-14-EP.

Corte Constitucional del Ecuador [CCE] (2013). Sentencia N° 004-13-SEP-CC. Caso N° 0032-11-EP.

Corte Constitucional del Ecuador [CCE] (2021). Sentencia N° 4-19-EP/21. Caso N° 4-19-EP.

Corte Constitucional [CCE] (2020). Sentencia N° 987-15-EP/20. Caso N° 987-15-EP.