

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**El principio de comunidad de la prueba y la renuncia a la prueba:
aspectos prácticos**

Sebastián Eljuri Chiriboga

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
Abogado

Quito, 20 de noviembre de 2020

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Sebastián Eljuri Chiriboga

Código: 00137736

Cédula de identidad: 172059942-0

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2020

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>

EL PRINCIPIO DE COMUNIDAD DE LA PRUEBA Y LA RENUNCIA A LA PRUEBA: ASPECTOS PRÁCTICOS¹

THE PROCEDURAL ACQUISITION PRINCIPLE AND THE WITHDRAWAL OF EVIDENCE: PRACTICAL IMPLICATIONS

Sebastián Eljuri Chiriboga²
sebaseljuri@gmail.com

RESUMEN

En Ecuador el principio de comunidad de la prueba y el desistimiento del material probatorio no han sido expresamente regulados. La doctrina ha desarrollado varias teorías respecto al alcance de estos conceptos. La relevancia de su estudio se centra en garantizar el derecho a la prueba, evitar actuaciones desleales y entender su práctica en el desarrollo del proceso. El principio dispositivo de las partes en relación a la actividad probatoria se extiende hasta antes de la admisión de la prueba. Posterior a esta etapa, la prueba le pertenece al proceso y no cabe la libre renuncia al material probatorio. Los requisitos de procedencia de la renuncia a la prueba tienen relación con el análisis del momento de su interposición, garantizar el derecho de contradicción a la contraparte y evitar conductas desleales. No hay necesidad de regular expresamente estas figuras, sino establecer criterios objetivos para su efectiva aplicación.

PALABRAS CLAVE

Principio de comunidad de la prueba, principio dispositivo, renuncia a la prueba, pertenencia de la prueba, Derecho probatorio.

ABSTRACT

The procedural acquisition principle and the withdrawal of the evidence has not been expressly regulated in Ecuador. The doctrine has developed several theories regarding the scope of these concepts. The relevance of its study focuses on guaranteeing the right of proof, avoiding misconduct actions in trial, and giving a context in the development of the process. The dispositive principle of the parties in relation to the evidentiary activity extends until the admission of the proof. After this stage, the evidence belongs to the process and it can't be freely withdrew. The requirements for the withdrawal of the evidence are related to the analysis of its submission, to guarantee the right to contradict the prof by the opposing party and to avoid unfair conducts. There is no need to regulate these figures, but rather to establish objective criteria for their effective application.

KEYWORDS

Procedural acquisition principle, dispositive principle, withdrawal of evidence, ownership of evidence, Evidence Law.

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020
Fecha de publicación: 18 de diciembre de 2020

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Vanesa Aguirre Guzmán.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO TEÓRICO.- 2.1 MARCO NORMATIVO.- 2.2 PRINCIPALES TEORÍAS.- 2.3 ESTADO DEL ARTE.- 3. PRINCIPIO DE COMUNIDAD DE LA PRUEBA.- 3.1 CONCEPTO Y NECESIDAD.- 3.2 PRINCIPALES CONSECUENCIAS EN EL PROCESO.- 4. ¿CABE LA LIBRE RENUNCIA A LA PRUEBA? - 4.1 LA PRUEBA ANUNCIADA.- 4.2 LA PRUEBA ADMITIDA.- 4.3 LA PRUEBA PRACTICADA.- 5. CONCLUSIÓN.

1. Introducción

El proceso es una relación de carácter complejo que nace como un mecanismo de origen público con la finalidad de resolver conflictos de relevancia jurídica. En el proceso confluyen un sinnúmero de actuaciones que deben observar ciertos principios procesales. El Código Orgánico General de Procesos, COGEP, ha regulado una serie de principios que rigen la materia procesal. Entre ellos destaca el principio dispositivo el cual indica que a las partes les incumbe el impulso del proceso³.

El desarrollo de la actividad probatoria constituye la columna vertebral del proceso. El juzgador debe llegar a establecer la verdad procesal y fundar su decisión considerando la totalidad de las pruebas practicadas. Bajo la regulación del derogado Código de Procedimiento Civil, CPC, el anuncio y práctica de la prueba se desarrollaba dentro de un término probatorio que variaba dependiendo del juicio⁴. Con la entrada en vigencia del COGEP, el sistema escrito cambió por el sistema oral. Con estos antecedentes el régimen probatorio dio un giro radical y hasta la actualidad presenta inconvenientes en la práctica judicial.

Del análisis del COGEP se desprende que no es preciso al regular algunas categorías jurídicas que son esenciales en la práctica del proceso civil. En este sentido, no ha determinado de forma explícita ni implícita la pertenencia del material probatorio. Es decir, no hay claridad respecto hasta cuándo se extiende la capacidad dispositiva de las partes en relación a la prueba. El COGEP no brinda una respuesta a las siguientes interrogantes: (i) ¿a quién pertenece la prueba en un proceso?, (ii) ¿pertenece a la parte procesal o al proceso?, y, (iii) ¿hasta qué momento procesal se extiende la capacidad dispositiva de las partes en relación a la prueba?

³ Artículo 5, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R.O. Suplemento 506, de 22 de mayo de 2015.

⁴ Artículo 119, Código de Procedimiento Civil [CPC], R.O. Suplemento 58, de 12 de julio de 2005.

La respuesta a la pregunta: ¿a quién pertenece el material probatorio, a la parte o al proceso?, es intuitiva. Algunos abogados y/o jueces responderán; “a la parte procesal” y otros “al proceso”. Ambas respuestas son vagas, pues no se fundamentan en ningún criterio jurídico (el porqué). He aquí el problema. Para contestar esta pregunta, se requiere de un análisis respecto a la observancia de principios y la procedencia y/o improcedencia de ciertas figuras procesales.

Establecer la pertenencia del material probatorio genera importantes consideraciones y consecuencias en el desarrollo del proceso. El proceso civil nace con un acto dispositivo de la parte actora y termina con una decisión judicial. En este trayecto resulta necesario diferenciar dos momentos: (i) hasta cuándo se extiende la capacidad dispositiva de las partes, y, (ii) desde cuándo se forma la comunidad probatoria. En este sentido, no existe una línea divisoria ni un límite temporal que determine cuando las pruebas pertenecen a las partes y cuando pertenecen al proceso. La poca regulación respecto a este tema se debe a que el desarrollo de la actividad probatoria y las decisiones judiciales que se emiten en tal virtud ocurren en audiencia.

La problemática propuesta refleja su relevancia jurídica en el estudio del principio de comunidad de la prueba⁵ que se manifiesta de forma práctica en la fase de valoración y en la figura del desistimiento al material probatorio⁶. Primero se contextualizarán estas figuras probatorias a través del ordamento jurídico ecuatoriano y de derecho comparado. En segundo lugar se estudiará la doctrina especializada y se revisarán las teorías aplicables. El concepto de la renuncia a la prueba se desarrollará extensamente, tomando en cuenta que constituye el meollo del asunto discutido. Posteriormente se abordará los elementos y las teorías que rodean el análisis de la procedencia del desistimiento. A partir del estudio detenido de estos conceptos, se establecerá cuándo la prueba pertenece a la parte procesal y cuándo pertenece al proceso.

El presente trabajo se desarrollará observando una metodología doctrinaria. El sustento jurídico del principio de comunidad y el desistimiento a la prueba se basa en el estudio de teorías y posiciones doctrinales. En la mayoría de los casos estos pensamientos se contraponen. La perspectiva normativa y jurisprudencial será utilizada como una herramienta referencial, dado que no existe regulación adecuada sobre estas figuras procesales. El aporte académico del trabajo tiene que ver con el análisis crítico de distintas teorías con la finalidad de dar solución a un problema

⁵ También conocido como principio de adquisición.

⁶ También conocido como renuncia a la prueba.

procesal-probatorio no abordado por el ordenamiento jurídico interno. También servirá como una guía para el entendimiento del alcance del principio de comunidad de la prueba y los requisitos que deben ser observados para que proceda la renuncia.

2. Marco teórico

2.1 Marco normativo

A partir de la Constitución de 2008, los legisladores sugirieron un cambio radical en el sistema procesal ecuatoriano al prescribir que la sustanciación del proceso y las actuaciones procesales se regirán conforme al sistema oral⁷. Años más tarde el COGEP desarrolló dicha disposición constitucional para reemplazar el tradicional sistema procesal escrito por uno eminentemente oral⁸. Además, el COGEP reguló expresamente una serie de principios que deben observarse dentro de la actividad procesal, entre ellos: el principio de inmediación, el principio dispositivo y el principio de intimidad. Sin embargo, hay ciertos principios que no fueron regulados pero que de igual forma se aplican en el derecho procesal civil⁹. El principio de comunidad de la prueba no está reconocido de forma expresa en el COGEP, pero existe un artículo que hace referencia a este a propósito de la valoración de la prueba.

En la fase de valoración el juez debe apreciar la prueba en su conjunto, con independencia de la aportación realizada por las partes. Dicho material probatorio debe ser juzgado tomando en cuenta las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de que en ciertos casos deba valorar la prueba conforme al sistema de prueba tasada. Posteriormente, el juzgador deberá justificar su decisión utilizando la valoración de la prueba¹⁰. En este sentido, el Código General del Proceso de Colombia, CGP, prescribe:

Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba¹¹.

Por tanto, el juez no podrá fundamentar una resolución judicial únicamente tomando en cuenta las pruebas practicadas por una de las partes.

⁷ Artículo 168 numeral 6, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

⁸ Artículo 4, COGEP.

⁹ Artículo 2, COGEP.

¹⁰ Artículo 165, COGEP.

¹¹ Artículo 176, Código General del Proceso [CGP], Ley 1564 de 2012, de 12 de julio de 2012.

La renuncia implica el abandono del derecho a practicar una prueba por una de las partes procesales y puede considerarse como una manifestación clara del principio dispositivo, así como la materialización práctica del principio de comunidad en un proceso. Por esta razón su análisis es relevante, dado que será la base para determinar a quién pertenece el material probatorio. En el contexto normativo colombiano el CGP expresa que “las partes podrán desistir de las pruebas no practicadas que hubieren solicitado. No se podrá desistir de las pruebas practicadas [...]”¹².

2.2 Principales teorías

El desistimiento de la prueba no está regulado expresamente en el sistema procesal ecuatoriano. La normativa, jurisprudencia y doctrina no han determinado los requisitos de su procedencia. Ante la falta de regulación y con la finalidad de establecer un criterio objetivo respecto a esta figura, se ha identificado tres condiciones para su procedencia¹³. El primer requisito tiene que ver con el momento procesal de su interposición. Como se verá más adelante, los autores se basan en las fases de la prueba para analizar si cabe o no la renuncia. Por tanto se revisará si procede el desistimiento sobre: (i) la prueba anunciada, (ii) la prueba admitida, y, (iii) la prueba practicada.

El segundo requisito tiene relación con el derecho de contradicción de la contraparte sobre la prueba a desistir. Sobre esta problemática, la tesis mayoritaria indica que la contraparte tiene derecho a contradecir dicha prueba e inclusive practicarla en el momento procesal oportuno. Por esta razón:

carecerá de eficacia toda renuncia a su producción [...] emanada de quien la propuso, salvo que exista consentimiento de las otras partes y del tribunal. El asentimiento general sobre la renuncia no impedirá luego, si fuera necesario, la recepción de la prueba renunciada¹⁴.

Sin embargo, algunos autores resaltan que el litigante contrario no tiene derecho a contradecir la prueba propuesta ni a exigir su práctica¹⁵. Es importante analizar esta cuestión para evitar conductas desleales por parte de quien quiere renunciar a una prueba con la finalidad de perjudicar los intereses de la contraparte.

¹² Artículo 175, CGP.

¹³ El establecimiento de los requisitos de procedencia de la renuncia a la prueba constituye el primer aporte del trabajo. Servirá para dar luz al entendimiento de esta figura procesal-probatoria en favor de los operadores de justicia, abogados y partes procesales.

¹⁴ José I. Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988), 37.

¹⁵ Ver, Juan Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil* (Navarra: Editorial Aranzadi, S.A., 2012), 106-107.

El tercer requisito tiene que ver con la mala fe y la deslealtad procesal. El juzgador deberá verificar que el proponente no haya solicitado el desistimiento para perpetrar un acto de deslealtad procesal. Si es así, el juez deberá rechazar de plano la solicitud. El ejercicio desleal de la renuncia de la prueba se puede ejemplificar cuando “un litigante dolosa o negligentemente destruye, inutiliza, impide o, de cualquier modo, frustra pruebas que la parte contraria necesitaba para hacer prosperar sus pretensiones”¹⁶. Inclusive, el Código Orgánico de la Función Judicial, COFJ, reconoce el principio de buena fe y lealtad procesal¹⁷ y el COGEP de manera expresa prohíbe a los abogados el empleo de prácticas desleales en el desarrollo del proceso¹⁸.

La actividad probatoria se divide en cuatro fases: (i) anuncio de la prueba, (ii) admisión de la prueba, (iii) práctica de la prueba, y, (iv) valoración de la prueba. Con la finalidad de determinar cuando el material probatorio deja de pertenecer a las partes y forma parte del proceso, algunos autores han establecido este límite temporal tomando en cuenta las fases de la prueba. Por ello, se ha identificado tres teorías. La primera indica que la prueba anunciada forma parte del proceso, por lo que deja de pertenecer a la espera dispositiva de las partes¹⁹. Esta tesis es minoritaria, pues la mayoría de los procesalistas extienden la capacidad dispositiva de las partes a una fase posterior.

La verdadera discusión respecto a la extensión de la capacidad dispositiva de las partes surge con los efectos jurídicos de la prueba que ha sido admitida por el juez. Dentro de la segunda teoría existen dos corrientes que se contraponen. La primera sostiene que sobre la prueba admitida cabe el desistimiento²⁰. El sustento de esta teoría radica en que el principio de adquisición procesal no despliega sus efectos en relación a la prueba propuesta y admitida sino sobre la prueba practicada²¹. En contraposición, la segunda tesis hace referencia a que la prueba admitida por el juez forma parte integrante del proceso²². En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de Costa

¹⁶ Guillermo Ormazábal, *Carga de la prueba y sociedad en riesgo* (Madrid: Marcial Pons, 2004), 54.

¹⁷ Artículo 26, Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ], R.O. Suplemento 544, de 09 de marzo de 2009.

¹⁸ Artículo 335 numeral 9, COGEP.

¹⁹ Ver, Antonio Valmaña, “El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada.” *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 2 (2012), 1-32.

²⁰ Tesis de la renunciabilidad de la prueba admitida.

²¹ Ver, Silvia García-Cuerva García, “Las reglas generales del *onus probandi*”, en *Objeto y carga de la prueba civil*, dir. de X.A. Lluch y J.P. i Junoy (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2007), 47-76.

²² Tesis de la irrenunciabilidad de la prueba admitida.

Rica sostuvo que “[...] en virtud del principio de comunidad de la prueba, aquella que ha sido aceptada para la fase de juicio se convierte común a todas las partes [...]”²³.

Para solventar las dudas que existen sobre los efectos de la prueba admitida, es necesario analizar: (i) la diferencia entre la incorporación física y la incorporación jurídica de una prueba, (ii) si la admisión genera una obligación legal o una facultad de la práctica de la prueba, y, (iii) la legitimidad de la expectativa del juez y de la contraparte sobre la práctica de la prueba admitida.

La tercera teoría determina que no es admisible renunciar a la prueba practicada²⁴. Existe unanimidad respecto a esta tesis. El material probatorio ha aportado información relevante al proceso y no se puede prescindir de ello. Lluch comparte este criterio al decir que la parte procesal puede renunciar a la prueba siempre que esta se produzca antes de la práctica dado que se desconoce el resultado que arrojará al proceso²⁵.

2.3 Estado del arte

El principio de adquisición procesal, denominado así por Chiovenda, hace alusión a que “las actividades procesales pertenecen a una relación única [...] [y que] los resultados de la actividad procesal son comunes entre las partes”²⁶. De este concepto clásico han surgido autores que lo definen desde otra perspectiva. Devis Echandía expresa que el material probatorio del proceso forma una unidad, que debe ser examinado por el juzgador y posteriormente concluir sobre el convencimiento que de ellas se forme para dictar sentencia²⁷. El mismo autor propone otra aproximación al considerar que la prueba aportada beneficia a ambas partes y que una vez practicada debe determinar la existencia o inexistencia del hecho en cuestión²⁸.

El material probatorio introducido en un proceso, eventualmente, puede llegar a ser considerado por el juez al momento de decidir sobre el fondo de la controversia. Por esta razón, es posible que el convencimiento del juez sobre lo alegado por una de las partes se alcance mediante la fundamentación de una prueba propuesta por la otra²⁹. Es necesario recordar que la finalidad de

²³ Causa No. 01-002357-0175-PE, Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera, 11 de mayo de 2007, n/d.

²⁴ Ver, Hernando Devis Echandía, *Compendio de pruebas judiciales* (Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 1984), 47.

²⁵ Ver, Xavier Abel Lluch, *Derecho Probatorio* (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2012), 304.

²⁶ G. Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil II* (Madrid: traduc. de Casaís y Santaló, 1925), 205.

²⁷ Ver, Hernando Devis Echandía, *Compendio de pruebas judiciales*, 46.

²⁸ Ver, Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la prueba judicial* (Buenos Aires: Víctor P. De Zavalía, 1981), 118.

²⁹ Ver, Antonio Valmaña, “El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada.”, 8.

la prueba es establecer la verdad procesal. Taruffo ha resaltado que la prueba sirve para determinar y resolver sobre la ocurrencia de los hechos³⁰. El juzgador tiene el deber de examinar la totalidad del acervo probatorio. En este sentido, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en Colombia ha expresado que:

el juez está en la obligación de hacer un análisis unitario, es decir, estimar cada una de las pruebas obrantes en el proceso, para darle el mérito que corresponda frente a la controversia [...] [y] en aplicación del principio de comunidad probatoria, manifestar su criterio frente al conjunto, teniendo en cuenta que éstas pertenecen al proceso [...]³¹.

La figura del desistimiento a la práctica de la prueba tiene como finalidad eliminar “un elemento probatorio que puede servir de respaldo de las hipótesis fácticas en concurso”³². El uso de esta figura no es deseable ya que la prueba aportada a un proceso debe ser actuada. La utilización del desistimiento de la prueba implica falta de planificación y estrategia procesal y probatoria. Por esta razón algunos abogados lo emplean como una herramienta para suplir negligencias probatorias.

Algunos doctrinarios han hecho énfasis sobre ciertas consideraciones a tomar en cuenta para la procedencia del desistimiento de un material probatorio. El juez deberá analizar el momento de su interposición. Se discute si el juzgador debe garantizar el derecho de contradicción sobre la prueba a desistir. El juez “antes de aceptar la renuncia a una prueba propuesta y todavía no recibida, debería [oír a] la parte contraria, dándole la oportunidad de hacerla suya”³³. Por último, se deberá tomar en cuenta si la renuncia se propone con el objetivo de generar un menoscabo en el derecho a la prueba de la contraparte. Por esta razón, Muñoz Sabaté expresa que el juez debe impedir la renuncia de la prueba “[...] en aquellos casos donde se sospeche una deslealtad procesal”³⁴.

³⁰ Ver, Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, traduc. de J. Ferrer Beltrán (Madrid: Editorial Trotta, 2011), 21.

³¹ Causa No. 66001-23-31-000-2004-00581-01 (33390), Contencioso Administrativo, Sala Plena, 8 de mayo de 2007, n/d.

³² Iván Hunter Ampuero, “La negativa injustificada a la exhibición de la prueba documental en el proceso civil chileno: una solución epistemológica para superar una regulación deficiente.” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 46 (2016), 193-226.

³³ *Id.*, 210.

³⁴ Lluís Muñoz Sabaté, *Fundamentos de la prueba judicial civil* (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2001), 210.

3. Principio de comunidad de la prueba

3.1 Concepto y necesidad

El principio de comunidad rige el desarrollo de la actividad probatoria. Mantiene una relación estrecha con el principio de verdad procesal tomando en cuenta la finalidad de la prueba³⁵. Algunos principios han sido reconocidos por la Constitución, por el COFJ y el COGEP; sin embargo no hay necesidad de tipificarlos expresamente para que sean observados por abogados y jueces. No tienen únicamente contenido teórico, pues son de aplicación práctica y directa en el proceso. Sirven como elementos para interpretar y determinar el alcance de ciertas normas del ordenamiento jurídico³⁶. Los principios son transversales en el sistema legal. Las normas y la aplicación de las figuras procesales son el reflejo de su existencia.

Varios principios procesales están asociados con el de comunidad de la prueba. Véscovi ha expresado que se relaciona con el principio de bilateralidad y contradicción en la medida que se garantiza a las partes procesales la oportunidad de ser oídas y de permanecer en un plano de igualdad de condiciones³⁷. Al analizar la comunidad de la prueba, se tiene que las partes procesales se encuentran en un plano de igualdad durante todas las etapas probatorias y tienen la facultad de contradecir la prueba aportada por la contraparte.

La comunidad de la prueba es un principio de gran relevancia, dado que garantiza la observancia de ciertos conceptos básicos en el desarrollo de la actividad probatoria. Jordi Ferrer expresa que el derecho a la prueba tiene cuatro componentes: (i) derecho a utilizar los medios de prueba, (ii) derecho a la práctica de la prueba, (iii) derecho a la valoración racional de la prueba, y, (iv) derecho a la motivación de la sentencia³⁸. El material probatorio anunciado en los actos de proposición busca introducir información al juicio y servir de fundamento para la convicción del juez. El hecho de proponer una prueba para distraer a la contraparte y prescindir de su práctica constituye una conducta de deslealtad procesal.

La formación de una comunidad de prueba reduce la posibilidad de actuar con deslealtad procesal. La Constitución establece que la deslealtad y la mala fe en un proceso será sancionado

³⁵ Artículo 27, COFJ.

³⁶ Artículo 29 numeral 2, COFJ.

³⁷ Ver, Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso* (Bogotá: Editorial Temis, 2006), 54.

³⁸ Ver, Jordi Ferrer, *La valoración racional de la prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2007), 54.

de acuerdo a la ley³⁹. Las partes procesales y los abogados deben observar una conducta de buena fe con su contraparte y en relación al proceso. En virtud del principio de comunidad, el material probatorio que ha sido practicado es parte del proceso. Por esta razón una vez formada la comunidad probatoria, no cabe el desistimiento. Inclusive antes de la práctica de la prueba, la contraparte y el juzgador conocen que material podría formar el acervo probatorio.

La necesidad de este principio implica que una parte puede beneficiarse, argumentar y contradecir una prueba aportada por la contraparte. En este sentido:

[...] las pruebas no sólo benefician a la parte que las ofrecen sino a las demás que pueden aprovecharse de ellas, lo cual obedece a la naturaleza jurídica del proceso (que es un todo unitario e indivisible). Así, las pruebas de una de las partes pueden resultar benéficas a los intereses de la contraria del oferente, así como a los del colitigante [...] ⁴⁰.

El significado de la comunidad de la prueba tiene relación con la unidad de las actuaciones procesales. El proceso es uno solo, al igual que la actividad probatoria. Ahora bien, tomando en consideración este efecto jurídico, los abogados deben trazar una efectiva estrategia procesal en relación al material probatorio. Si el abogado omite realizar este análisis, eventualmente se podrá anunciar, admitir y (peor aún) practicar una prueba que causa detrimento a la defensa y a los intereses de su cliente.

3.2 Principales consecuencias en el proceso

3.2.1 La valoración de la prueba

En virtud de la adquisición procesal, el acervo probatorio forma una unidad. Por ello, el material probatorio que ha sido actuado beneficia a ambas partes dado que la finalidad de la prueba es establecer la verdad procesal⁴¹. El juzgador debe considerar la totalidad de actuaciones que se han efectuado dentro del proceso para emitir una resolución. Considerando que la actividad probatoria constituye una actuación procesal, reviste de un carácter único y su práctica emite resultados comunes para las partes⁴².

³⁹ Artículo 174 numeral 2, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁴⁰ Causa No. 785/2014, Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, 23 de noviembre de 2015, n/d.

⁴¹ Ver, Carlos Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba en el COGEP* 1ª ed (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017), 35.

⁴² Liza Ramírez Salinas, "Principios generales que rigen la actividad probatoria." *Revista La Ley* (2005), 1028-1039.

La etapa de valoración de la prueba consagra el efecto primigenio del principio de adquisición procesal. En esta fase, el juzgador tiene que considerar la prueba en su conjunto para posteriormente emitir una resolución que verse sobre el fondo de la controversia. Podetti indica que la sentencia deberá apreciar las pruebas aportadas por las partes, sin considerar que parte procesal las produjo⁴³. El principio de adquisición procesal enseña que la prueba forma un conjunto que se diferencia de las aportaciones individuales de las partes. El resultado de la valoración de la prueba “[...] depende sólo de la fuerza de convicción que en ellas se encuentre”⁴⁴ siendo posible que “[...] el convencimiento del juzgador acerca de las alegaciones de una de las partes se alcance mediante una prueba propuesta por la otra”⁴⁵.

3.2.2 La renuncia a la prueba

La figura de la renuncia a la prueba constituye la materialización práctica del alcance y funcionamiento del principio de adquisición procesal. La determinación de la procedencia del desistimiento a la prueba merece un análisis detenido. Existen algunas teorías doctrinarias que se contraponen limitando su entendimiento; en especial respecto de: (i) el ámbito temporal de interposición, y, (ii) el alcance de conceptos jurídicos relacionados con el derecho probatorio. La precisión de estos términos será de gran utilidad para entender el principio de comunidad de la prueba y definir cuando el material probatorio pertenece a las partes o al proceso.

Como se verá en el siguiente acápite, la determinación del momento procesal en el cual se forma la comunidad probatoria tiene relevancia en la pertenencia de la prueba y en la procedencia del desistimiento. Se tiene que cabrá la renuncia sobre la prueba cuando esta pertenezca a la esfera dispositiva y disponible de las partes, y no cabrá cuando se ha formado la comunidad probatoria. El momento de interposición de la figura dota seguridad jurídica en cuanto se establece un criterio objetivo para analizar su procedencia.

Respecto al segundo requisito, se tiene que el juez debe garantizar el derecho de contradicción de la contraparte sobre la prueba a desistir. En la Constitución el derecho de contradicción se regula a través de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa. En este sentido, prescribe que las partes procesales tienen el derecho de replicar argumentos y

⁴³ Ver, J. Ramiro Podetti, *Tratado de la Tercería* (Buenos Aires: Ediar, 1949), 164.

⁴⁴ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la prueba judicial*, 305.

⁴⁵ Antonio Valmaña, “El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada.”, 8.

contradecir las pruebas que se presenten en su contra⁴⁶. La mayoría de los autores concuerdan que ante la solicitud de desistimiento el juez debe dar traslado a la contraparte para hacer efectivo el derecho de contradicción, y eventualmente, ordenar la práctica de la prueba⁴⁷. Esta teoría se sustenta en dos acepciones, (i) evitar que un material probatorio sea retirado libremente del proceso, y, (ii) evitar conductas desleales.

En contraposición, Montero Aroca aduce que es contrario al ordenamiento jurídico “[...] pretender que la parte que ha propuesto un medio de prueba no pueda renunciar a la práctica de la misma en aras de un pretendido derecho de la contraria a la defensa o contradicción [...]”⁴⁸. En este punto es preciso aclarar que el derecho de contradicción se refiere a la oportunidad para que la contraparte se manifieste respecto a lo dicho por el actor. De ninguna manera se puede decir que el desistimiento será improcedente de forma automática, pues el juzgador deberá analizar el motivo por el cual la contraparte desea que esa prueba sea practicada.

Rueda Fonseca propone las siguientes interrogantes respecto a este tema:

¿se debe contar con la aceptación del demandado como requisito *sine que non* para estimar el desistimiento?”, [y], ¿si el proceso es dispositivo y dominado por el actor será necesaria tal medida?⁴⁹.

No se debe contar con la aceptación del demandado para dar paso al desistimiento, lo que se debe garantizar es el derecho de contradicción para que tenga la oportunidad de manifestar sus argumentos. Este derecho no se observa únicamente en el ámbito probatorio, sino que se extiende durante el transcurso del proceso. El hecho de que el proceso sea dispositivo no quiere decir que la contraparte quede en estado de indefensión y sin la posibilidad de ejercer su derecho a la contradicción y a la defensa.

La autora hace una última interrogante: “¿la oposición expresa y sin justificación alguna, ejercida por el demandado es una prueba suficiente para denegar el desistimiento?”⁵⁰. La respuesta

⁴⁶ Artículo 76 numeral 7 literal h, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁴⁷ Ver, Carlos Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba en el COGEP*, 36. Ver, Antonio Valmaña, “El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada.”, 16. Ver, Pablo Talavera, *La prueba en el nuevo proceso penal* (Lima: Academia de la Magistratura – AMAG, 2009), 84. Ver, Xavier Abel Lluch, *Derecho Probatorio*, 306.

⁴⁸ Ver, Juan Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil* 6ª ed (Madrid: Editorial Civitas, 2011), 114-115.

⁴⁹ María del Socorro Rueda Fonseca, “La forma de argumentación jurídica de las resoluciones judiciales que estudian el desistimiento judicial español”, en *Nuevas tendencias del derecho probatorio*, coord. De H. Cruz Tejada (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011), 157-170.

⁵⁰ *Id.*, 161.

es negativa, pues la contraparte debe demostrar el interés que tiene para la práctica de dicha prueba. Por tanto se tiene que el juez debe garantizar el derecho de contradicción, independientemente si considera que procede o no el desistimiento al material probatorio.

El tercer requisito de procedencia indica que el juez debe denegar la renuncia en caso de verificar una actuación desleal y de mala fe. Véscovi indica que el proceso no debe ser utilizado ilegítimamente para perjudicar, ocultar la verdad y dificultar la aplicación del derecho⁵¹. La mala fe procesal en la actividad probatoria tiene relación con el engaño, la mentira, el error respecto a la prueba; así como utilizar medios probatorios para complicar el trágico del proceso⁵². La renuncia a la prueba puede ser visto como un acto de estafa procesal por cuanto frustra la expectativa de la contraparte respecto de la información que podía arrojar dicho material probatorio⁵³.

La deslealtad procesal puede manifestarse de varias maneras en el ejercicio del desistimiento. Antonio Valmaña presenta las siguientes preguntas respecto a la actitud maliciosa del proponente de la prueba:

¿la propuso a sabiendas de que no la practicaría?, ¿lo hizo para intentar que no la propusiera la adversa (lo cual extrañaría una evidente deslealtad procesal)?, [y], el tiempo o las circunstancias le han hecho ver que el sentido de esa prueba, inicialmente favorable, se ha tornado desfavorable?⁵⁴.

Estas actuaciones ejemplifican que el actor puede proponer pruebas con la única finalidad de generar una expectativa en la contraparte y desistir posteriormente. El mismo autor plantea la siguiente consideración: “la falta de proposición de la misma prueba por parte del otro litigante [...] puede dejar de parecerle necesario cuando ha visto que el otro ya lo ha hecho”⁵⁵. Por ello, si el actor renuncia a la prueba resultará imposible su práctica dado que el demandado: (i) no propuso la misma prueba, y, (ii) no se adhirió a la prueba. En este sentido, Picó i Junoy recomienda que cada parte debe solicitar la prueba necesaria independientemente de lo aportado por la contraparte y que el demandado se debe adherir de forma preventiva a la prueba de la actora⁵⁶.

⁵¹ Ver, Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, 56.

⁵² Ver, Joan Picó i Junoy, *El principio de la buena fe procesal* 2ª ed (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2013), 171.

⁵³ Ver, Lluís Muñoz Sabaté, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso* (Bogotá: Editorial Temis, 1997), 481.

⁵⁴ Ver, Antonio Valmaña, “El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada.”, 26.

⁵⁵ *Id.*, 15.

⁵⁶ Ver, Joan Picó i Junoy, *El principio de la buena fe procesal*, 177.

4. ¿Cabe la libre renuncia a la prueba?

El desistimiento al material probatorio tiene como efecto jurídico el abandono al derecho de practicar la prueba aportada al proceso. Las partes tienen la facultad de renunciar a la prueba en virtud del principio dispositivo. Este principio no se extiende durante todo el desarrollo de la actividad probatoria. La prueba dejará de pertenecer a las partes cuando forme una comunidad. A partir de ese momento, formará parte del proceso.

La doctrina especializada ha desarrollado esta problemática, presentando varias teorías que no son claras y que se contraponen entre sí. Se ha identificado que algunos autores analizan la procedencia de la renuncia a la prueba a partir del momento procesal en el cual se interpone. Por ello, se ha trazado la línea divisoria utilizando las etapas de la actividad probatoria: ¿cabe la renuncia sobre la prueba anunciada, admitida, y/o practicada?

De esta forma se analizarán tres teorías. La primera tesis sugiere que la prueba anunciada en los actos de proposición puede ser objeto de renuncia. La segunda aproximación ha sido discutida extensamente por autores y doctrinarios. Existen dos corrientes que se contraponen, una en favor de la renunciabilidad y otra en favor de la irrenunciabilidad de la prueba admitida. Para zanjar dicha contraposición doctrinaria se precisarán ciertos conceptos básicos del derecho probatorio. La tercera teoría indica que no cabe la renuncia sobre la prueba practicada.

4.1 La prueba anunciada

La primera teoría indica que la capacidad dispositiva de las partes no encuentra su limitación en la fase de anuncio de la prueba. La prueba aportada es objeto de renuncia porque las partes pueden prescindir de ella siempre y cuando el juez no haya declarado que le es útil al proceso. Además, de la prueba anunciada no se puede extraer información relevante al juicio, pues esta consecuencia jurídica ocurre en la práctica del material probatorio.

Otra argumentación para sostener este punto se basa en que sobre la prueba anunciada todavía no se ha realizado un examen de admisibilidad. El juez todavía no ha declarado si el material probatorio es conducente, pertinente y útil para probar los hechos alegados en el caso particular. Por tanto, no se podrá prohibir el retiro de la prueba dado que el juez no ha manifestado si aquella va a servir para acreditar los hechos. Para que la prueba aportada genere efectos jurídicos debe haber pasado por el examen de admisibilidad y haberse practicado en audiencia.

La prueba documental y testimonial incluida en los actos de proposición se ha incorporado físicamente al proceso. La incorporación física indica que la prueba ha sido adjuntada y constituye una prueba potencial que puede ser admitida por el juez en la fase correspondiente. Sin embargo, la prueba anunciada no se ha incorporado jurídicamente al proceso. En virtud de ello, la prueba no ha desprendido ningún resultado. El juzgador no puede extraer información de la prueba documental ni conocerá con antelación que dirá el testigo, puesto que solo ha tenido contacto con la nómina de testigos y el tema que versará su testimonio.

La segunda teoría es defendida por una parte minoritaria de la doctrina. La prueba aportada no es susceptible de renuncia. En el contexto jurisprudencial español una sentencia sostuvo que “[...] las pruebas aportadas al proceso se desvisten de su procedencia y se incorporan a éste”⁵⁷. En este sentido el material probatorio anunciado deja de pertenecer a la esfera dispositiva de las partes y se incorpora al proceso. Picó i Junoy expresa que sobre la prueba aportada no cabe el desistimiento tomando en cuenta que el juez puede valorarla sin necesidad de una actividad posterior y que influye directamente en la estrategia defensiva de la contraparte⁵⁸.

Esta teoría pretende que los abogados tracen adecuadamente la estrategia probatoria, y por ende, que no tengan un mecanismo para suplir las negligencias probatorias. Si se considera que la parte actora tiene tiempo ilimitado para plantear una demanda⁵⁹, es perfectamente entendible que no pueda renunciar a una prueba cuando ha sido propuesta. La falta de prueba conducente, pertinente y útil que logre acreditar los hechos del caso, permitirá al juez declarar como improcedente la pretensión alegada por una de las partes. Por esta razón, la recolección del material probatorio así como la planificación de la estrategia es de suma importancia porque eventualmente no se podrá renunciar a la prueba.

Otra justificación radica en el conocimiento de la contraparte y del juez respecto a la prueba que será practicada. Una vez aportada la prueba en los actos de proposición, tanto el juzgador como la contraparte tienen contacto con ella. Es decir, no se puede obtener los resultados de su práctica, pero si tener una expectativa y prever su resultado. El hecho de pretender retirar una prueba cuando ha sido anunciada puede traer repercusiones en el derecho a la defensa de la

⁵⁷ Causa No. 286/2010, Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, 25 de mayo de 2010, n/d.

⁵⁸ Ver, Joan Picó i Junoy, *El principio de la buena fe procesal*, 176.

⁵⁹ Salvo casos de prescripción de la acción.

contraparte. La parte contraria traza la estrategia argumentativa y probatoria dependiendo de lo dicho por la parte actora en la demanda. En este sentido, la contraparte se encontrará en una situación de inseguridad jurídica dado que ha planificado su defensa contradiciendo el material probatorio que eventualmente puede ser retirado del proceso.

El último argumento tiene que ver con el alcance y la diferencia entre la incorporación física y la incorporación jurídica respecto a una prueba documental. La primera aproximación es que la prueba documental contiene información directa y el juez podría analizar su resultado. En este sentido la prueba no podrá ser retirada del proceso tomando en cuenta que esta despliega información antes de su práctica. Al analizar las particularidades de la prueba admitida, se evidenciará que esta teoría carece de sustento dado que ninguna prueba despliega efectos jurídicos antes de su práctica.

La capacidad dispositiva de las partes no encuentra limitación en la fase de anuncio de la prueba. Cualquiera de las partes tendrá la facultad para solicitar la renuncia a la prueba tomando en cuenta que no se ha incorporado jurídicamente al proceso. Para que una prueba surta los efectos deseados debe ser admitida por el juez y practicada en audiencia. La prueba anunciada pertenece a las partes, por lo que cabe su renuncia.

4.2 La prueba admitida

La segunda etapa de la actividad probatoria es la admisión. En esta fase el juez debe realizar un análisis respecto a la pertinencia, utilidad y conducencia de la prueba respecto al caso concreto⁶⁰. La admisión de la prueba se efectúa en audiencia, en el cual el juzgador deberá emitir un auto interlocutorio admitiendo o negando la práctica de la prueba. Existe una discusión doctrinaria respecto al alcance del principio dispositivo de las partes que surge a partir de los efectos jurídicos de la prueba admitida⁶¹. A su vez existen varios autores que defienden la renunciabilidad y otros que defienden la irrenunciabilidad de la prueba admitida. Posteriormente se analizarán ciertas figuras del derecho probatorio para determinar la extensión de la capacidad de pertenencia y disponibilidad de las partes.

⁶⁰ Artículo 160, COGEP.

⁶¹ Ver, Antonio Valmaña, “El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada.”, 13.

La primera aproximación sugiere que cabe el desistimiento hasta antes de la práctica de la prueba. La prueba admitida y no practicada forma la autonomía de la voluntad de la parte por lo que puede renunciar a su práctica observando el principio de aportación⁶². La capacidad dispositiva se extiende hasta antes de la práctica de la prueba, pues es evidente que una vez practicada, esta pertenece enteramente al proceso. Fons Rodríguez arguye que “la prueba es renunciable por la parte proponente hasta que se haya empezado su práctica, sin poder invocar contra dicha renuncia el principio de adquisición procesal”⁶³. El criterio anterior es muy importante para resaltar la relación inversa entre el concepto de renuncia a la prueba y el principio de comunidad. El desistimiento cabe si no existe la comunidad probatoria y viceversa.

En el contexto legislativo español la Ley de Enjuiciamiento Civil, LEC, de forma implícita acoge esta posición. El cuerpo normativo prescribe que el litigante que no practique una prueba admitida será sancionado salvo que desista de practicar dicha prueba⁶⁴. Se denota que sobre la prueba admitida cabe el desistimiento, en este caso como eximente de falta de práctica de la prueba.

La segunda tesis indica que no cabe el desistimiento sobre la prueba admitida. En el ámbito temporal, una vez que la prueba ha sido admitida ya no pertenece a la etapa de proposición de la prueba sino a la etapa de juicio, por lo que ambas partes preparan su estrategia de defensa tomando en cuenta dicho material probatorio⁶⁵. En otras palabras el autor aduce que la prueba admitida no pertenece a la esfera dispositiva de las partes, sino que forma parte del proceso. En la misma línea Picó i Junoy extiende “[...] la libertad de proposición de prueba hasta que se provoca la actuación judicial de admitirla que se materializa en una resolución judicial [...]”⁶⁶. Devis Echandía cuestiona la posibilidad de renunciar a la prueba admitida tomando en cuenta que “[...] es un rezago del concepto privatista que los domina, pero sin duda es teóricamente inaceptable [...]”⁶⁷.

⁶² Ver, Antonio Valmaña, “El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada.”, 13.

⁶³ Carolina Fons Rodríguez, “Incidencia del principio de adquisición procesal en el interrogatorio de testigos”, en *La prueba judicial desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, dir. de X.A. Lluch, J. Picó i Junoy y M.R. González (Madrid: La Ley, 2011), 824.

⁶⁴ Artículo 288, Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil [LEC], BOE 7, de 08 de enero de 2000.

⁶⁵ Ver, José Manuel Soto Guitián, “La renuncia a la prueba.” *Diario La Ley* 7319 (2010), 2.

⁶⁶ Joan Picó i Junoy, “¿Es admisible la renuncia a la prueba testifical admitida?”, en *La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria*, dir. de J. Picó I Junoy, coord. de C. de Miranda Vázquez (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2019), 47-52.

⁶⁷ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la prueba judicial*, 123.

4.2.1 Diferencia entre incorporación física y jurídica de la prueba

Una de las cuestiones más discutidas tiene que ver con la diferenciación entre la incorporación física y jurídica del material probatorio. A breves rasgos se tiene que la incorporación física se da en la fase del anuncio, cuando una de las partes adjunta las pruebas a los actos de proposición. Sobre la incorporación jurídica existen algunos pensamientos que se contraponen debido a que algunos autores alegan que este fenómeno se da en la etapa de admisión y otros dicen que sucede en la práctica de la prueba.

La incorporación física de la prueba constituye un acto dispositivo de la parte en cuanto decide que material aportará al proceso. Dicha incorporación no genera efectos jurídicos dado que el juez no ha realizado el examen de admisibilidad. Se podría decir que la prueba incorporada al proceso es simplemente una prueba potencial, y eventualmente servirá al juez para decidir la controversia siempre y cuando ocurran las siguientes fases de la prueba.

En cambio, la incorporación jurídica se producirá con la admisión de la prueba. La admisión implica que la prueba documental anunciada pase a formar parte de los autos y que de la prueba testimonial sea necesario su práctica en juicio⁶⁸. En la misma línea el principio de adquisición procesal despliega sus efectos a partir de la incorporación de la prueba a los autos evitando así el desistimiento⁶⁹. La prueba documental anunciada se incorpora jurídicamente cuando forma parte de los autos, esto es, cuando el juez ha emitido una resolución respecto a la admisibilidad de dicho material probatorio. Si el juez inadmite una prueba, esta no pasará a formar parte del proceso dado que no ha considerado que es útil, pertinente y conducente para acreditar los hechos.

La razón por la que la prueba no puede ser retirada del proceso tiene que ver con la existencia de una resolución judicial en la cual se declara su admisibilidad y porque ha formado parte de la comunidad probatoria. La prueba no queda practicada con la admisión, en esta fase el juez decide si la prueba tiene capacidad de probar los hechos alegados. El hecho de que en la

⁶⁸ Ver, Antonio Valmaña, “El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada.”, 8.

⁶⁹ Ver, Virginia Fernández Pérez y Beatriz Fernández Díaz “Cuestiones sobre la prueba documental”, en *Aspectos prácticos de la prueba civil*, dir. de X.A. Lluch, J. Picó i Junoy, coord. de Y. Ríos López (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2006), 321-344.

prueba documental la información se pueda desprender directamente de su contenido, no quiere decir que ha arrojado información al proceso dado que falta su práctica.

Existe la tesis que sostiene que la incorporación jurídica del material probatorio ocurre en la práctica de la prueba. El único argumento válido tiene que ver con que la prueba admitida no ha aportado información al proceso, considerando que el resultado del material probatorio existe desde su práctica⁷⁰. Para resolver esta cuestión se estudiará si la admisión de la prueba genera una obligación o facultad de su práctica. Se tiene claro que la incorporación física ocurre en el anuncio de la prueba y que la incorporación jurídica sucede en la fase de admisión.

4.2.3 ¿La admisión genera una obligación o facultad de practicar la prueba?

En la fase de admisión el juzgador tiene la obligación de emitir un auto interlocutorio en el cual admite o inadmite la práctica del material probatorio. Esta decisión puede ser apelada con efecto diferido⁷¹, y además ayuda a entender si la admisión genera una obligación o una facultad de practicar la prueba en la fase correspondiente. Esto tiene una relación estrecha con el concepto de disponibilidad de las partes y con el alcance del principio de comunidad.

A propósito de esta disyuntiva, Valmaña ha escrito que “cabe precisar si [la] decisión admitiendo la práctica de una prueba supone, para la parte que la haya propuesto, un derecho o una obligación a llevar a cabo dicha práctica”⁷². La tesis mayoritaria indica que una vez que la prueba ha sido admitida existe una resolución judicial y el juez y la contraparte tienen conocimiento sobre dicho material⁷³. La obligación legal de practicar la prueba nace a partir de un pronunciamiento por el cual el material probatorio queda incorporado al proceso⁷⁴.

Si tomamos en cuenta que la finalidad de la prueba es establecer la verdad procesal respecto a los hechos del caso, sería indeseable que no se practique una prueba que ha sido admitida. Esto tiene relación a que se debe actuar debidamente la prueba que se aporta inicialmente al proceso. Picó i Junoy argumenta en este sentido al decir que “[...] el juez debe siempre procurar que las

⁷⁰ Ver, Antonio Valmaña, “El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada.”, 13.

⁷¹ Artículo 160, COGEP.

⁷² Antonio Valmaña, “El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada.”, 12.

⁷³ Ver, Joan Picó i Junoy “El principio de adquisición procesal en materia probatoria.” *La Ley* 1 (2006), 1304-1314.

⁷⁴ Ver, Antonio Valmaña, “El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada.”, 13.

resoluciones judiciales firmes se cumplan en todo lo dispuesto en ellas [...]”⁷⁵, por lo que defiende la regla de invariabilidad de las resoluciones judiciales. La obligación legal de practicar la prueba no solo se basa en la existencia de una resolución judicial que así lo dice. La importancia de la prueba admitida radica en que el juez ha realizado un examen de admisibilidad, y espera la práctica de la prueba para sostener y motivar la decisión final del juicio. Además con la admisión, nace la expectativa de la práctica de la prueba por la parte contraria y el juez.

En el sentido contrapuesto, hay ciertos autores que abogan que la prueba admitida genera una facultad o un derecho a la práctica. Esta teoría se basa en que una vez admitida la prueba, esta sigue perteneciendo a las partes. La admisión de la prueba por parte del juez no obliga a la parte procesal a la práctica del material probatorio, siendo posible que quepa el desistimiento⁷⁶. Fernández Urzainqui aduce que la práctica de la prueba no constituye una obligación legal impuesta a las partes sino que es una carga procesal⁷⁷. Finalmente Picó i Junoy, contradiciendo su postura inicial respecto a la invariabilidad de las resoluciones judiciales⁷⁸, expresa que la admisión de la prueba implica “[...] una concesión, un derecho que el juez otorga a la parte para la práctica de la prueba propuesta, pero eso no conlleva la obligación alguna de efectuar dicha práctica”⁷⁹.

La emisión de una decisión judicial por la cual se admite una prueba obliga a la parte a practicar dicho material probatorio. No se puede desconocer el carácter de las decisiones judiciales. La prueba se propone con la intención de que sea practicada y que desprenda su contenido para la valoración del juez. Acoger la segunda teoría implica que la capacidad dispositiva de las partes se extiende hasta antes de la práctica de la prueba, cuestión que ha sido desmitificada.

⁷⁵ Joan Picó i Junoy, “¿Es admisible la renuncia a la prueba testifical admitida?”, en *La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria*, dir. de J. Picó i Junoy, coord. de C. de Miranda Vázquez (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2019), 47-52.

⁷⁶ Ver, Juan Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, 106.

⁷⁷ Ver, Francisco Javier Fernández Urzainqui, “Art. 288. Sanciones por no ejecución de la prueba en el tiempo previsto”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. de M.A. Fernández Ballesteros, J.M. Rifa Soler y J.F. Valls Gambau (Barcelona: Iurgium, 2000), 1344-1345.

⁷⁸ Ver, Joan Picó i Junoy, “¿Es admisible la renuncia a la prueba testifical admitida?”, 47-52.

⁷⁹ Ver, Joan Picó i Junoy, “El principio de adquisición procesal en materia probatoria.”, 1304-1314.

4.2.3 Legitimidad de la “expectativa” de la práctica de la prueba

La última consideración previa para concluir sobre la pertenencia de los medios probatorios tiene que ver con la expectativa de la práctica de la prueba. Existe la máxima por la cual “las expectativas no constituyen derecho”. Esta máxima podría aplicar sobre la prueba que ha sido anunciada, pero no sobre la prueba admitida. La expectativa de la práctica del material probatorio es inexistente en la prueba anunciada por cuanto no existe un análisis de admisibilidad. Respecto a la prueba admitida, esta máxima se ve disminuida tomando en cuenta que existe una resolución judicial como base legal para tener expectativa sobre su resultado.

Cuando la prueba ha sido admitida, el juez y la contraparte tienen una legítima expectativa para que la práctica de la prueba se efectúe⁸⁰. La expectativa de la práctica de la prueba se ha adquirido para el proceso y el juez puede instar su práctica en el caso de que la parte proponente se rehúse a hacerlo⁸¹. La falta de práctica de la prueba en contravención a una expectativa puede ser considerada como una ofensa al derecho de la prueba, como un acto de deslealtad procesal y frustración a la prueba. En este sentido, la falta de realización de la prueba manifestaría un caso de frustración ante la posibilidad de la renuncia sorpresiva por parte del proponente⁸².

La prueba admitida forma parte integrante del proceso, y eventualmente el juez puede instar su práctica. Lluch expresa que:

[...] el hecho que una prueba se haya admitido genera una expectativa sobre su práctica que puede verse frustrada de admitirse el desistimiento, dado que una vez admitido un medio de prueba (ej. interrogatorio de las partes o de testigos) las demás partes no proponentes de ese medio de prueba tienen derecho a participar en el interrogatorio⁸³.

Por tanto, queda claro que existe una legítima expectativa sobre la prueba admitida, además de resaltar que no cabe el desistimiento por cuanto el material probatorio forma parte del proceso.

Por lo analizada dentro del presente acápite se tiene que la capacidad dispositiva de las partes respecto a la disponibilidad del material probatorio se extiende hasta antes de la admisión de la prueba. La admisión de la prueba ha sido motivo de la emisión de una resolución judicial por la cual el juzgador admite el material probatorio por su capacidad de probar los hechos alegados

⁸⁰ Ver, Antonio Valmaña, “El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada.”, 13.

⁸¹ Ver, Joan Picó i Junoy “El principio de adquisición procesal en materia probatoria.”, 1305.

⁸² Ver, Silvia García-Cuerva García, “Las reglas generales del *onus probandi*”, 51.

⁸³ Xavier Abel Lluch, *Derecho probatorio* (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2012), 305.

por las partes. Además, la incorporación jurídica de la prueba ocurre precisamente en esta etapa procesal. En virtud de la resolución judicial que admite la práctica de las pruebas, no se permite la frustración a la legítima expectativa tomando en cuenta que constituye una obligación hacia las partes procesales. Por estas razones no cabe el desistimiento sobre la prueba admitida dado que esta forma parte de una comunidad probatoria en la cual se profesa la indisponibilidad de las partes procesales. Los argumentos contrarios a la renunciabilidad de la prueba son más convincentes⁸⁴, tomando en cuenta el análisis de las figuras probatorias desarrolladas.

4.3 La prueba practicada

La última teoría respecto al estudio de las fases de la actividad probatoria tiene que ver con los efectos jurídicos de la prueba practicada. La práctica de la prueba es el momento más importante del proceso. Esta fase se desarrolla en audiencia de juicio o en la segunda parte de audiencia única. Durante la práctica las partes actúan el material probatorio ante el juez y la contraparte tiene el derecho de contradecir dicha prueba. En este momento procesal se verifica el resultado y el contenido de la prueba inicialmente aportada.

Varios autores y doctrinarios han asegurado que sobre la prueba practicada no cabe el desistimiento. Esto en virtud que el material probatorio ya ha aportado información al juicio, por lo que no habría forma de retrotraer estos efectos jurídicos. Además la comunidad probatoria se ha formado a partir de la admisión de la prueba, por lo que no cabe el análisis extensivo del principio dispositivo de las partes. Por esta razón una vez que la prueba ha sido practicada el resultado pertenece al proceso, imposibilitando el derecho a desistir en el caso en que sea adversa para los intereses de la parte proponente⁸⁵. En el contexto jurisprudencial español se ha establecido que “[...] no es posible la renuncia a la que ya se ha llevado a cabo, pues su resultado, en virtud del principio señalado es común para ambas partes y no se encuentra ya a la libre disposición de una de ellas [...]”⁸⁶.

La prueba practicada pertenece al proceso en virtud del principio de comunidad. Después de la práctica de la prueba, el juez deberá valorar el material probatorio que servirá de fundamento para la emisión de la decisión judicial. En esta línea una sentencia española estableció lo siguiente:

⁸⁴ Ver, Xavier Abel Lluch, *Derecho Probatorio*, 306.

⁸⁵ Ver, Virginia Fernández Pérez y Beatriz Fernández Díaz, “Cuestiones sobre la prueba documental”, 327.

⁸⁶ Causa No. 204/2010, Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, 30 de junio de 2010, n/d.

[...] las pruebas practicadas son del proceso y están destinadas al juez (que puede utilizarlas, prescindiendo de quién las haya producido o aportado), pudiendo valerse de ellas cualquiera de las partes, y habilitando al juez para fundar su decisión en la actividad probatoria desenvuelta en su conjunto⁸⁷.

La comunidad probatoria formada a partir de la admisión permite que el juez tenga la obligación de considerar la totalidad de las pruebas que obran en el acervo para justificar la resolución judicial. Por esta razón la consecuencia de la comunidad de la prueba en el proceso se manifiesta en la etapa de valoración.

5. Conclusión

La capacidad dispositiva y de disponibilidad de las partes en relación a la actividad probatoria se extiende hasta ante de la admisión de la prueba. Una vez admitida la prueba esta se considera parte del proceso tomando en cuenta la formación de la comunidad probatoria. También se ha hallado que la procedencia de la figura de la renuncia a la prueba exige, al menos, tres consideraciones. Se debe observar el momento procesal de su interposición, garantizar el derecho de contradicción a la contraparte y evitar una conducta de deslealtad procesal y mala fe.

La regulación legislativa y jurisprudencial al respecto es escasa. Desde la doctrina se ha colmado el entendimiento de la relevancia práctica y el alcance del principio de comunidad de la prueba y el desistimiento. Por ello, el presente trabajo es una guía que pretende ayudar a los operadores de justicia, a los abogados y a las partes procesales al momento de encontrarse con la aplicación de estos conceptos. No es una problemática esotérica ni teórica dado que puede tener especial relevancia en el desarrollo del juicio.

La novedad del trabajo radica en el desarrollo de instituciones no tratadas por la legislación y la jurisprudencia procesal. Resuelve un problema sobre la capacidad dispositiva de las partes en relación a la actividad probatoria y además sobre la pertenencia del material probatorio. También establece criterios objetivos sobre los requisitos de procedencia de la renuncia a la prueba. Todo esto con el afán de evitar vulneraciones al derecho a la prueba y para dar significado y contexto a una figura no regulada. Sin embargo, el principio de comunidad de la prueba y la renuncia se armoniza con la regulación procesal actual. No hay necesidad de una regulación expresa de estos conceptos, sino, criterios objetivos para su entendimiento.

⁸⁷ Causa No. 183/2011, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 14 de abril de 2011, n/d.