

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Procesal

**La iniciativa probatoria del juez en el Código Orgánico General de
Procesos**

Pablo Javier Silva Mejía

Tutora: Ana Carolina Donoso Bustamante

Quito, 2019

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra	
	No comercial	
	Sin obras derivadas	
Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia		

Clausula de cesión de derechos de publicación

Yo, Pablo Javier Silva Mejía, autor del trabajo intitulado “La iniciativa probatoria del juzgador dentro del Código Orgánico General de Procesos”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previstos para la obtención del título de Magister en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses, a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda la responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

2 de julio de 2019

Firma: _____

Resumen

El nuevo esquema constitucional y procesal orgánico que se ha implementado en el Ecuador, brinda una expectativa de un cambio radical en la actitud de los intervinientes en la actividad judicial. La oralidad brinda más facultades a los operadores de justicia para que exista una mayor tutela de los derechos de los ciudadanos que acuden a la administración judicial, con ello lo que se espera de los jueces es que tengan una actividad más participativa dentro del proceso. El Código Orgánico de la Función Judicial siguiendo esta línea constitucional aumenta los poderes y facultades del juez, siendo una de estas potestades la de ordenar la práctica de pruebas para mejor resolver, cuestión que no ha estado exenta de polémica, ya que algunos tratadistas señalan que a través de este mecanismo se mejora la prueba de la parte procesal que actúa con negligencia. Por eso, el proporcionar un conocimiento realista de la práctica de la prueba para mejor resolver o de oficio -dentro de todos los procesos contenidos en el COGEP-, es una razón para investigar la actitud pro actividad o pasiva del operador de justicia, en virtud de que uno de sus principales deberes es buscar la verdad de los hechos controvertidos o en conflicto, empleando todos los medios, facultades y atribuciones legales disponibles; es decir, el juzgador busca la realidad de lo ocurrido. Para esto, se efectuó una investigación analítica, descriptiva y explicativa, partiendo de la contextualización de los hechos y de los escenarios que se producen con el tema planteado, basado en fuentes bibliográficas especializadas de derecho civil, derecho constitucional, jurisprudencia, así como en normativa nacional e internacional. Finalmente, se determinará que la prueba para mejor resolver, es una facultad muy importante para el juzgador dentro del proceso, tiene su base tanto en la normativa legal como en la jurisprudencia, no se contrapone con el principio dispositivo, sino que por el contrario, con una adecuada contradicción de las pruebas decretadas de oficio, se vuelve en un completo muy útil para la realización de la justicia.

Palabras clave: atribuciones del juez, principio dispositivo, activismo, garantismo, igualdad procesal, imparcialidad, contradicción, iniciativa probatoria de oficio, verdad, carga probatoria, momento y límites de la prueba de oficio.

A Dios, por brindarme la sabiduría y fuerza necesaria para realizar este trabajo de graduación y no desmayar en los momentos más difíciles. A mis padres, por su amor, su paciencia, por enseñarme el sentido de superación y por su apoyo incondicional. A la pequeña Victoria, quien ha llegado para transformar mi forma de ver la vida.

Agradecimientos

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por abrirme sus puertas y por todas las enseñanzas brindadas a través de su planta docente, lo cual ha sido fundamental para mi desarrollo académico, profesional y personal.

A la Dra. Ana Carolina Donoso Bustamante, tutora de este trabajo, por toda su colaboración, ayuda y consejos, ello fue un aporte significativo dentro de la realización de esta investigación.

A dos grandes personas, compañeras y amigas, María José y Katerine, quienes desde que tuve la suerte de conocerlas, siempre me han brindado su apoyo en todas las actividades que he efectuado, y sobre todo en la consecución de mis objetivos académicos.

A la Lcda. Marianela Ortega Sánchez, por la ayuda facilitada en el manejo de las bases de datos y material bibliográfico que posee la Universidad, quien con paciencia ha compartido sus conocimientos.

A la Dra. Lidia Naranjo Llerena, quien con sus saberes, consejos y experiencias desde el área judicial, fue un gran sustento para la culminación de este trabajo académico.

A todas las personas que pusieron en mí su confianza y que en su momento fueron parte de mi vida, siendo mi motivación para mi desarrollo intelectual y profesional en el ámbito del Derecho.

Tabla de contenidos

Introducción	13
Capítulo primero: El nuevo sistema procesal ecuatoriano.....	15
1. Cambio del sistema procesal ecuatoriano	15
2. El rol del juez en este sistema	17
3. El principio dispositivo dentro del proceso	19
4. El principio de igualdad procesal.....	23
5. El principio de imparcialidad.....	26
6. El principio de libertad probatoria.	31
6.1. Disponibilidad y renuncia de los medios probatorios	33
7. La prueba dentro del proceso.....	34
8. Carga de la prueba	35
8.1. La igualdad material de las partes procesales en relación a la carga probatoria.....	39
9. La dinámica probatoria	40
Capítulo segundo: La iniciativa probatoria del juez	49
1. ¿Qué persigue el aumento de poderes del juzgador?.....	49
2. La prueba de oficio como manifestación de las atribuciones del juez..	51
3. Facultad legal para disponer práctica de pruebas por parte del juzgador .	54
4. Eficacia probatoria de las partes	59
5. La prueba de oficio en el código orgánico general de procesos	61
6. Relación entre la prueba de oficio y la verdad.....	64
7. Análisis de derecho comparado	66
7.1 Chile	66
7.2. Argentina.....	68
7.3. Perú.....	70

8.	Momento procesal en el que procedería la prueba de oficio	71
9.	Análisis de oficiosidad por cada elemento probatorio que existe en el COGEP	72
9.1.	Prueba testimonial	72
9.2.	Prueba documental	74
9.3.	Prueba pericial.....	75
9.4.	Inspección judicial.....	76
10.	Límites de la actividad probatoria de oficio	77
Capítulo tercero: Problemática de la prueba de oficio en el derecho procesal ...		81
1.	Aspectos Generales	81
2.	Tensiones provocadas por la actuación de prueba oficiosa	84
3.	Juez como garantista de los derechos de las partes procesales.....	90
3.1	Rol del juez dentro de esta visión.....	93
4.	Juez como activista del proceso	94
4.1	Rol del juez en esta visión.....	97
5.	Cuál es la tendencia para acoger al activismo judicial	98
6.	Recomendaciones legislativas.	99
6.1.	Incorporación de la dinámica probatoria.....	100
6.2.	Limitación de la prueba de oficio de testigos.....	101
Conclusiones.....		103
Bibliografía		105

Introducción

El cambio del sistema procesal implementado dentro del Ecuador ha generado una gran expectativa dentro de la sociedad, por cuanto se han concentrado en una sola norma legal todos los tipos de procedimiento para materias no penales. Este proceso se basa actualmente en un sistema por audiencias, en el cual el principio dispositivo es primordial para su desenvolvimiento, en aplicación de importantes principios procesales como el de concentración, inmediatez, igualdad, imparcialidad, entre otros, los cuales son necesarios para una adecuada administración de justicia.

Para el desarrollo del proceso judicial por audiencias es necesario definir los roles que tienen tanto el juzgador como las partes procesales. La dirección del proceso recaerá sobre el juez y el impulso del litigio será responsabilidad de los sujetos procesales, quienes acuden a la administración de justicia con la finalidad de obtener una tutela judicial efectiva de sus derechos, los cuales se encuentran en conflicto y a la espera de una solución.

Concatenado con eso, un elemento de mucha importancia es lo referente a las pruebas judiciales, las cuales se practicarán dentro del proceso y serán las que determinen quién está asistido de la razón acerca de las pretensiones expuestas dentro del litigio. Por ello, en esta investigación se analiza los aspectos más importantes de los elementos probatorios y sus cargas que ayuden a entender de mejor manera el tema propuesto.

Se estudia la iniciativa probatoria del juez dentro de la nueva normativa procesal del país, por tanto se busca explicar la razón de ser de esta facultad, sus manifestaciones, los fundamentos legales que justifican esta atribución, la relación que tiene la prueba de oficio con la verdad de los hechos controvertidos, el momento en el cual se debe disponer la realización de este tipo de pruebas, así como los límites de dicha actividad probatoria.

Se debe tener presente que la facultad probatoria oficiosa que tiene el juez genera varias tensiones, por lo que da origen a la discusión sobre la actitud garantista o activista que debe tener el juzgador dentro del proceso y el choque con varios principios procesales, lo que ponen en duda si la aplicación de la prueba para mejor resolver (prueba de oficio) es adecuada dentro del ordenamiento jurídico.

Con esas consideraciones, resulta oportuno determinar si la facultad oficiosa del juez de disponer la práctica de pruebas contraviene principios procesales como el

dispositivo, la igualdad y la imparcialidad. Asimismo, resulta necesario determinar si el ejercicio de esta facultad permite que la administración de justicia alcance una resolución acorde a las exigencias de los litigantes o en su defecto ocasiona un perjuicio a los sujetos procesales el actuar de manera injusta y arbitraria. Por lo dicho, este trabajo investigativo pretende analizar estos temas y explicar la pertinencia de la prueba para mejor resolver, comúnmente, conocida como prueba de oficio.

Capítulo primero

El nuevo sistema procesal ecuatoriano

1. Cambio del sistema procesal ecuatoriano

Dentro de los últimos años, la sociedad ha criticado duramente al sistema judicial ecuatoriano desde diferentes perspectivas. El principal reclamo de la sociedad a la administración de justicia ha sido la falta de celeridad en la tramitación de los juicios, razón por la cual se promovió una reforma al proceso judicial, que tuvo como resultado la implementación de un nuevo ente rector administrativo y la promulgación de nuevos cuerpos normativos procesales.

Dicha reforma, en palabras de Pásara, no solo debe beneficiar a jueces y a abogados, sino que el principal favorecido debe ser la ciudadanía, sin importar si quien litiga es un empresario o un morador humilde, ya que la finalidad de la transformación de la justicia es que ésta sea un servicio.¹ Es así que, dentro un proceso judicial, los derechos y obligaciones de las personas, serán reconocidos por un tercero imparcial (independiente), facultado para ello, en virtud del encargo efectuado por el interés público de la administración de justicia, quien resolverá el conflicto suscitado, una vez trabada la litis.

En virtud a ello, se implementa un nuevo sistema procesal judicial, lo que conlleva un sinnúmero de cambios, no solo en las normas jurídicas internas, sino en la mentalidad de los actores que intervienen dentro de un litigio. Establecer nuevas normas de procedimiento en base al principio de oralidad, genera un gran impacto en el desarrollo de la contienda judicial. La parte integral del sistema alcanza un giro total hacia un esquema de intervención en iguales términos y condiciones, siendo que se robustece la contradicción de los actos procesales.

Es así que, el primer cambio producido fue la promulgación de la actual Constitución ecuatoriana, base de toda la normativa interna. Luego de un año de la promulgación de la Constitución, se expidió el Código Orgánico de la Función Judicial, con la finalidad de cristalizar la idea de que todos los procesos se desarrollen mediante el

¹ Luis Pásara, “Desafíos de la transformación de la justicia en América Latina”, en *La transformación de la justicia*, eds. Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzán (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 87.

sistema oral en todas sus etapas, conforme lo establece el artículo 168 numeral 6 de la Carta Fundamental. El Código Orgánico de la Función Judicial recoge los principios rectores y las disposiciones generales que encaminarán a una eficiente y eficaz administración de justicia, donde el sistema procesal² es el medio para realización de la justicia, garantizando el acceso a la justicia, el debido proceso, la seguridad jurídica y la independencia judicial.

La idea de la oralidad, fue desarrollándose a través del tiempo de forma paulatina para los procesos judiciales no penales, hasta que, en el año 2015, la Asamblea Nacional, luego de varios análisis e intervenciones de juristas de todo el país, decidió aprobar el Código Orgánico General de Procesos. Dicho código tiene como finalidad “armonizar el sistema procesal actual a las normas constitucionales y legales vigentes través de un cambio sustancial que propone, bajo el principio de la oralidad, la unificación de todas las materias, excepto la constitucional y penal”.³

Es así que para Álvaro Mejía Salazar, el Código Orgánico General de Procesos recoge una serie de preceptos que concretan de forma expresa a la oralidad, como la forma para desarrollar los procedimientos contenidos en dicho cuerpo normativo. Sin embargo, la oralidad en el sistema ecuatoriano no es pura o extrema como lo expresa la Carta Fundamental del país, pues no todas las diligencias y etapas del proceso se las puede realizar de manera oral. Por ello el legislador incorporó un añadido importante a este Código,⁴ indicando dentro de su artículo 4 que “[L]a sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se desarrollarán mediante el sistema oral, *salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito*”.

Respecto a la combinación de estos dos sistemas, Diego Palomo Vélez, menciona que:

La realidad exige entender a la oralidad y la escritura como lo que jurídicamente son, esto es, como formas procesales contingentes que admiten, sin mayores problemas, distintas combinaciones según lo requieran las necesidades procesales en un momento dado y lo permitan las posibilidades y recursos con los que se cuentan. La clave estará en respetar el núcleo intocable que debe someterse a la forma oral por las ventajas que dicha forma manifiesta en el desarrollo del juicio, especialmente en lo que se vincula a la práctica de las pruebas (inmediación y concentración procesal encabezando la lista), decidiendo racionalmente para los demás actos procesales que conforman el proceso, optando por

² Ecuador, *Código orgánico de la función judicial*, Registro Oficial Suplemento 544, 9 de marzo de 2009, modificado en mayo de 2015, art. 18.

³ Ecuador, *Código orgánico general de procesos*, Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015, considerando séptimo.

⁴ Álvaro Mejía Salazar, *La oralidad y los principios del procedimiento* (Quito: Ius et Histariae, 2018), 155-6.

aquella forma que se muestre más atinada con la obtención de las distintas finalidades a ellos asignados.⁵

La oralidad entonces es la base del sistema procesal por audiencias, ya que se ha consolidado a ésta por sobre el proceso escrito (sin desconocerlo) en el desarrollo de los juicios. La oralidad brinda, como una de sus mayores ventajas, la publicidad y transparencia del litigio, otorga un mejor control de las actuaciones tanto del juzgador como de las partes, y además, hace posible la concentración de la mayor cantidad de actuaciones procesales en su solo acto, con su respectiva contradicción e inmediación.

Dentro de un proceso mayoritariamente oral, los jueces reciben a las partes en una audiencia pública, para que argumenten sus pretensiones y los medios de defensa relativos al proceso que se está tramitando. Así, el litigio se basa en el principio dispositivo, esto es, que el desarrollo procesal se da por iniciativa e impulso de los litigantes, en el que el administrador de justicia deberá resolver el conflicto conforme los elementos aportados y actuados con sujeción a la ley.⁶ Bajo el principio dispositivo, la intervención del juez es nula o mínima en relación a los hechos puestos a su conocimiento, aplicando únicamente sus funciones de director del proceso, para llevar de forma ordenada la discusión de los sujetos procesales.

La transformación del sistema procesal ecuatoriano ha generado cambios positivos dentro de la función judicial. Los procesos evolucionaron de un sistema en el que predominaba lo escrito sobre lo hablado, a uno por audiencias, evitando la dispersión de los actos procesales. Este cambio fundamental permite al juez a sanear posibles vicios del proceso, dirigir la práctica y el debate probatorio, y escuchar los alegatos de las partes, para determinar que ocurrió en litigio puesto a su conocimiento y así emitir su resolución de manera rápida en audiencia.

2. El rol del juez en este sistema

Según el nuevo esquema constitucional y procesal orgánico, uno de los protagonistas esenciales del cambio de visión del sistema judicial ecuatoriano, es el

⁵ Diego Palomo Vélez, “Y ahora, tras la experiencia procesal penal ¿La oralidad al proceso civil? algunas claves y criterios a seguir”, *Revista Ius et Praxis* 10, n.º 2 (2010): 245, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19710208>.

⁶ José García Falconí, *Los principios rectores y disposiciones fundamentales que se deben observar en la administración de justicia en el Ecuador según el Código Orgánico de la Función Judicial* (Quito: Ediciones Rodin, 2009), 280.

Estado, quien contribuye a ello mediante las reformas implementadas dentro del ámbito de la justicia. El establecer un medio adecuado para resolver los conflictos entre particulares, respetando la libertad y los derechos fundamentales de las personas, es primordial para el buen desenvolvimiento de la administración judicial, como pilar fundamental de la sociedad.

Es así que, el neo-constitucionalismo en el Ecuador a partir de la promulgación de la Constitución del año 2008, tiene como una de sus misiones fundamentales, la transformación de la administración de justicia, mediante la evolución del rol del órgano judicial, pasando de ser una función de mera aplicación de la ley, a una de interpretación crítica del ordenamiento jurídico.⁷ Bajo este nuevo esquema, el juzgador pasa a ser un ente activo en el desarrollo de los procesos judiciales.

El papel de los jueces se debe determinar, de acuerdo a las necesidades sociales, sin dogmas ni prejuicios, con la finalidad de establecer los poderes que deben otorgárseles y cuáles son los límites de los mismos, con el fin de que no exista un abuso de poder dentro del proceso.⁸ La sujeción de los jueces a la norma constitucional, es un gran avance a esta evolución de la justicia, teniendo una gran importancia el rol de los jueces como garantes de los derechos, sin estar limitados por prácticas exageradamente legalistas.

Por ello, la expedición de un nuevo ordenamiento jurídico, enfocado en la aplicación directa de principios procesales como el de intermediación y concentración, fue necesaria dentro del país, con la finalidad de dejar de lado viejas prácticas procedimentales de un sistema puramente escrito. Con este cambio, se ha conferido al juzgador dos tipos de roles o funciones de forma general, los de dirección formal del proceso y los de instrucción,⁹ mismos que se refieren al debate de los hechos, pretensiones y la práctica de los elementos probatorios, con el cual se determinará la resolución respectiva.

Bajo esta visión, ahora el juez debe ser más activo, participativo y se debe involucrar más en la causa, con una actitud comprometida con la justicia. El juez debe aplicar la Carta Fundamental en todos los procesos, no solo como una declaración de derechos, sino como una norma jurídica de utilización directa; brindando así seguridad

⁷ Diego Mogrovejo, *Los presupuestos de la acción extraordinaria de protección. El control del rol del juez en el neoconstitucionalismo garantista* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2014), 15.

⁸ Clemente Valdés, “El poder de los jueces”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional*, coords. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Lelo de Larrea (México: Marcial Pons, 2008), 7: 210.

⁹ Diana Ramírez Carvajal, “La oralidad y su relación con los poderes de instrucción que tiene el juez en el proceso”, en *Oralidad y proceso: una perspectiva desde Iberoamérica*, ed. Leonardo David López Escobar (Medellín: Universidad de Medellín, 2010), 16.

jurídica. Teniendo así, la certeza de que tanto la norma suprema como las demás leyes, serán efectivamente aplicadas en todos los casos puestos a conocimiento de los jueces.

Es por ello, que dentro de este nuevo esquema constitucional y procesal orgánico -que se viene efectuando en el Ecuador-, se pretende brindar una expectativa de un cambio radical en la actitud de los intervinientes en la actividad judicial. La Constitución, al fijar el contenido de la ley, la forma de acceder al sistema de justicia y las funciones que realiza el juez como autoridad,¹⁰ brinda más facultades a los operadores de justicia, para que exista una mayor tutela de los derechos de todos los ciudadanos que acuden a la función judicial.

Este cambio, empieza con la aplicación del principio de concentración, lo que significa que la mayor cantidad de actuaciones o diligencias judiciales se las realiza dentro de una audiencia –sea única o de juzgamiento-, esto bajo la dirección íntegra del juez, utilizando la facultad otorgada por la norma.

Finalmente, el operador de justicia en su nuevo rol debe afianzar la confianza del ciudadano en el poder judicial, esto a través de sus decisiones, que se brinde seguridad jurídica a las partes en litigio, que la solución del conflicto se la realice en base a las pretensiones jurídicas actuadas en el proceso, y al mismo tiempo que se respeten sus derechos fundamentales y garantías constitucionales,¹¹ que esta transformación profunda se vea reflejada en la satisfacción que sienta la población por el servicio de la justicia.

3. El principio dispositivo dentro del proceso

El principio dispositivo es uno de los pilares fundamentales sobre el cual se desarrolla el proceso judicial. En la actualidad, la Constitución del año 2008 ubica al principio dispositivo dentro del derecho al debido proceso,¹² dándole una connotación muy importante. El concepto del principio dispositivo ha evolucionado de su forma literal

¹⁰ Ramiro Ávila, “Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia”, en *La Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el derecho comparado*, ed. Ramiro Ávila (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008), 22.

¹¹ Diana Ramírez Carvajal, “Facultades probatorias del juez en el estado social de derecho”, en *Confirmación Procesal*, dirs. Adolfo Alvarado Velloso y Oscar Zorzoli (Buenos Aires: Ediar, 2007). 233.

¹² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 76, num. 7 literal h.- El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: 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.

o clásica. En la norma procesal actual,¹³ las partes son las llamadas a ejercitar el impulso de cualquier procedimiento, en base a este sistema (dispositivo).

Este principio se refiere a que las partes tienen la iniciativa procesal y la facultad de proponer las actividades que se van a realizar dentro del proceso. El principio dispositivo incluye la posibilidad de renunciar respecto a ciertos actos procesales que resulten ser inconducentes para la resolución del litigio. A este principio se lo conoce también como de iniciativa o de responsabilidad de las partes, ya que el proceso siempre inicia a petición de una de ellas, consecuentemente, se determina las actividades que han solicitado dentro del proceso acorde al aporte de los hechos del conflicto. De esto parte la congruencia de las resoluciones judiciales con las pretensiones, pudiendo ser del caso que la finalización de la actividad jurisdiccional también sea por voluntad de los litigantes.¹⁴

Sobre el principio dispositivo, Alvarado Velloso, menciona lo siguiente:

Las partes son dueñas del impulso procesal (por tanto, ellas son quienes deciden cuándo activar o paralizar la marcha del proceso), y son las que fijan los términos exactos del litigio a resolver afirmando y reconociendo o negando los hechos presentados a juzgamiento, las que aportan el material necesario para confirmar las afirmaciones, y las que pueden ponerle fin al pleito en la oportunidad y por los medios que deseen.¹⁵

Partiendo de aquello, una definición clásica de este principio, comienza con el derecho de acción, el cual se activa por una iniciativa particular propia, en donde se relata los hechos que se encuentran en conflicto con otra persona. Así pues, los litigantes tienen la libertad de disponer de sus intereses privados para reclamarlos o no por la vía judicial, lo cual se transmite en que el proceso, únicamente, puede iniciar por el ejercicio de la acción (demandante o actor), en el cual habrá una contradicción a este accionar.

Con estos actos de proposición, son las partes involucradas quienes determinen el objeto de lo que se va a discutir dentro la controversia, con el fin de que la resolución que emita el juez sea congruente a lo pedido por accionante y accionado. Sin olvidar que esta actividad jurisdiccional puede finalizar en cualquier momento por voluntad de los mismos sujetos procesales, mediante figuras como el allanamiento, la renuncia, el desistimiento, el abandono o la transacción.¹⁶

¹³ Ecuador, *Código orgánico general de procesos*, art. 5.

¹⁴ García Falconí, *Los principios rectores y disposiciones fundamentales*, 281.

¹⁵ Adolfo Alvarado Velloso, *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial: ¿Qué es el garantismo procesal?* (Rosario: Ediciones nueva jurídica, 2011), 36.

¹⁶ Joan Picó i Junoy, *El juez y la prueba* (Bogotá: Ediciones Ibáñez, 2011), 114-5.

Lo señalado, deja en claro que el juzgador no tiene la facultad para iniciar ningún tipo de proceso de oficio. No puede introducir hecho alguno que las partes procesales no lo hayan mencionado o alegado dentro de sus actos de proposición, así como tampoco, puede dentro de su sentencia, otorgar o resolver una pretensión diferente a las señaladas por los litigantes. Así también, si el accionante o ambos litigantes, deciden no continuar con la tramitación del proceso y poner fin al mismo, esta decisión deberá ser aceptada por el juez, siempre y cuando no se encuentren en las excepciones previstas en la ley (procesos de fijación de pensiones alimenticias).¹⁷ Es importante también señalar que, puede darse el caso que la inactividad de la parte accionante desemboque en un abandono del proceso.

Por esta razón, para que inicie el proceso se requiere la iniciativa de la parte interesada y para llevarlo hasta su culminación es indispensable que ese interés privado subsista, ya que puede ponerle fin con un desistimiento. Pero como observa el gran maestro italiano Francesco Carnelutti, eso significa que el interés de las partes es un medio para la realización de la finalidad pública del proceso; el fin del mismo no es resolver el o los problemas de uno de los sujetos procesales, o mucho menos otorgarle de forma favorable su pretensión, sino por el contrario, hacer que el orden jurídico se realice a cabalidad en los casos concretos, de acuerdo con la ley, la moral, los principios generales del derecho, la equidad y la realidad de los hechos.¹⁸

Dentro de un proceso inspirado en el principio dispositivo, los sujetos procesales sin duda alguna son los dueños auténticos de sus derechos procesales e intereses, y pueden hacerlos efectivos ante la administración de justicia- Ello no quiere decir que sin embargo que las partes sean los dueños del proceso,¹⁹ lo cual también deriva en que no se puede tratar de limitar la actuación del juez, que utiliza todas sus facultades legales en miras del esclarecimiento de los hechos controvertidos, mediante una sentencia justa y motivada.

Es decir, las partes son dueñas absolutas del impulso procesal mas no del proceso. Las partes son los llamadas a que la prosecución del juicio llegue a su final o en su defecto puede ser del caso que, no se continúe con la instancia legal que se ha propuesto por actor o recurrente (impugnación), ello mediante cualquier figura procesal, esto es, el desistimiento de la pretensión por parte del actor, el demandado puede allanarse a la

¹⁷ Ecuador, *Código orgánico general de procesos*, art. 240.

¹⁸ Devis Echandía. "La iniciativa probatoria del juez civil", en *Actos del juez y prueba civil*, comp. Fernando Quinceno Álvarez (Bogotá: Editorial jurídica bolivariana, 2001), 216.

¹⁹ Mejía Salazar, *La oralidad y los principios del procedimiento*, 34.

demanda, o en su defecto pueden llegar a una conciliación o transacción dentro del desarrollo del proceso, que permita dar fin al mismo.

Como menciona Giuseppe Chiovenda, el principio dispositivo es considerado por muchos como un principio absoluto, el cual únicamente debe ser limitado por una norma expresa, sin que el juez deba ocuparse de otros hechos que una de las partes no quiera someter a su conocimiento. Por lo dicho, podría resultar que ciertos aspectos de los hechos en litigio son ocultados, para favorecer la pretensión de uno u otro lado. Así, la imparcialidad pasa a ser un tema muy importante, ya que el juez debe ser un tercero que no tenga que ver en absoluto con las partes procesales, y no debe tener ningún interés - sea personal, familiar, de negocios, etc.- con el resultado final del litigio puesto a su conocimiento.

Así también, en palabras de los autores Valentín Cortés y Víctor Moreno, acerca del principio dispositivo, mencionan algo muy interesante, el cual también abarca a la actividad probatoria, tanto de las partes procesales, como la facultad de oficio que posee el juzgador, al señalar lo siguiente:

Si bien la naturaleza del derecho dispositivo impone un proceso en el que domine el principio de la demanda y en donde sean las partes quienes aporten en exclusiva el material de hecho o propongan en exclusiva los términos concretos del debate, esa naturaleza dispositiva no impone que el juez quede totalmente maniatado en el amplio campo de los actos probatorios. Un juez mero espectador de lo que las partes hacen en materia probatoria en el proceso, no es la mejor garantía para la obtención de la decisión justa, entendiendo ésta como la más adecuada a la realidad fáctica y jurídica de las cosas. (...) Es importantísimo el equilibrio entre los poderes del juez y las partes en materia probatoria.²⁰

De hecho, hay que despojarse de la idea de que toda actividad que efectúa el juzgador (en el proceso), desequilibra necesariamente el desarrollo del litigio o afecta su imparcialidad. Al respecto, se debe tener en cuenta que la actitud activa que puede llegar a tener el juez, no significa una afectación de algún derecho de las partes, sino que, por el contrario, dicho activismo se ejerce con el fin de encontrar la mejor solución del conflicto y sustentar de forma correcta la sentencia.

Cabe mencionar que no se debe confundir al principio dispositivo con el principio procesal de *aportación de parte*, el cual regula la actividad probatoria y la entrega de

²⁰ Valentín Cortés Domínguez y Víctor Moreno Catena, *Derecho procesal civil. Parte general* (Valencia: Ediciones Tirat lo Blanch, 2005), 239.

todos los medios de prueba que servirán para la sustentación de las pretensiones y excepciones de las partes.²¹

En definitiva, como se puede observar el principio dispositivo no es absoluto, y dependerá mucho del ámbito del derecho en el cual se haya generado el conflicto para su adecuada aplicación. Por ejemplo, dentro del ámbito del derecho laboral, este principio tiene plena vigencia, pero el mismo, sufre una cierta atenuación a consecuencia de la naturaleza de los intereses discutidos dentro del proceso laboral. Así, si bien los derechos laborales son subjetivos (pertenecen a los litigantes), son también sociales, lo que significa que interesan en general a la colectividad.²² Por ello, el juez debe ser muy cauteloso, con el fin de evitar que se renuncie respecto a derechos indisponibles.

4. El principio de igualdad procesal

Siguiendo el análisis, otro de los principios trascendentales dentro de este estudio, es el de igualdad, el cual, a más de ser un principio procesal, es un derecho fundamental que ha sido recogido por la Constitución de la República²³, así como en varios instrumentos internacionales de derechos humanos. En este sentido, se establece que todas las personas poseen los mismos derechos, deberes y oportunidades y que el Estado será el encargado de implementar las medidas necesarias con el fin de que se promueva una igualdad real en favor de todos los titulares de derechos.

El principio de igualdad se encuentra desarrollado también en la norma constitucional entre de los derechos de libertad²⁴, con los cuales se garantiza una igualdad formal y material a todas las personas, sin que puedan ser discriminadas en ningún ámbito o situación específica. Esto implica que se ofrezca un trato idéntico a destinatarios que se encuentran en situaciones idénticas, un trato diferenciado a quienes se encuentren en situaciones que no compartan ningún aspecto en común, un trato paritario a quienes a pesar de que tengan alguna diferencia, sus similitudes son más relevantes y un trato

²¹ Mejía Salazar, *La oralidad y los principios del procedimiento*, 35.

²² Raúl Fernández Toledo, *Las facultades y deberes del juez en materia probatoria* (Santiago de Chile: PuntoLex-Thomson Reuters, 2011), 44.

²³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11, num. 2.

²⁴ *Ibíd.*, Art. 66.

diferenciado a quienes a pesar de tener una similitud, existe una diferencia entre ellos más relevante.²⁵

Ahora, la igualdad de las partes en el proceso constituye una de las garantías básicas del debido proceso, en lo que concierne al derecho a la defensa,²⁶ por cuanto, en todo proceso en el que se estén discutiendo derechos, los intervinientes de dicho conflicto, deben ser escuchados dentro del litigio, en las mismas condiciones. La igualdad ante la ley -formal-, significa que debe existir un trato paritario tanto en la legislación, como en la aplicación del Derecho, con el fin de evitar arbitrariedades en la aplicación de la norma por parte del poder público.

El principio de igualdad es significativo en el proceso, tan es así que la Corte Constitucional ecuatoriana ha mencionado que, es de naturaleza compleja, teniendo una dimensión formal y material. Este principio debe ser aplicado en la labor jurisdiccional, desde el punto de vista formal, en razón de que el juez debe administrar justicia en base a la Constitución y a la ley, tutelando el derecho en conflicto por medio de su decisión y posterior ejecución.²⁷ Por su parte, desde la dimensión material, este principio debe traducirse en igualdad de oportunidades, mediante la aplicación de varios mecanismos, con la finalidad de evitar injusticias.

Aquí se habla de una igualdad de oportunidades, tanto para acceder a la administración de justicia, como con relación a la intervención dentro del proceso (sea como accionante o accionado), con el fin de ser escuchado y demostrar las razones de las cuales se crean asistidos (acción y contradicción). Adicionalmente, la igualdad es fundamental respecto a las condiciones de la obtención y práctica de elementos probatorios, que servirán para la resolución del conflicto.

Las partes que intervienen en la controversia judicial, al momento de pedir justicia deben estar en absoluta paridad de condiciones. Esto quiere decir que, es necesario desarrollar aquellos institutos que son útiles, para determinar quién es el litigante más débil y quién es el litigante más fuerte, esto enfocado a que, la parte más débil del proceso pueda actuar en condiciones de paridad frente a la parte más fuerte. Esto con la finalidad de evitar que la igualdad ante la ley, se transforme en una desigualdad de hechos ante los

²⁵ Alfredo Ruiz Guzmán, Pamela Aguirre Castro y Dayana Ávila Benavidez, eds., *Desarrollo jurisprudencial de la primera corte constitucional. Periodo noviembre 2012 – noviembre 2015* (Quito: CEDEC, 2016), 37.

²⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76, num. 7, literal c.

²⁷ Ruiz Guzmán, Aguirre Castro y Ávila Benavidez, eds., *Desarrollo jurisprudencial de la primera corte constitucional*, 76. Ver sentencias No. 080-13-SEP-CC, No. 040-14-SEP-CC, No. 208-14-SEP-CC.

jueces,²⁸ lo que quiere decir que no toda desigualdad dentro del proceso, produce una especie de indefensión o afectación a los derechos que se encuentran también reclamando el litigante más fuerte.

Este principio es bastante amplio, tal es así que dentro del mismo aparece la conocida *igualdad de armas* (o igualdad procesal), la cual está enfocada a que los sujetos procesales tengan las mismas oportunidades para defenderse de las alegaciones de su contraparte. Es importante señalar que la obligación de garantizar el equilibrio entre los justiciables corresponde tanto al juzgador como al legislador. Solamente cuando las partes gozan de igualdad de condiciones dentro del proceso, podrán proponer sus posiciones dentro del litigio, para que sean resueltas dentro de la contienda con apego a derecho.²⁹ Por lo dicho, la igualdad de armas o de medios, exige que los sujetos ostenten medios parejos, tanto de ataque como de defensa, para evitar el desequilibrio entre los mismos, pues es necesario que ambos tengan similares posibilidades de alegación, de prueba y de impugnación.³⁰

Este principio lo que busca es un equilibrio no solo de derechos, sino también de cargas y deberes procesales entre los litigantes, tanto en el derecho de acción como en el derecho de contradicción, y así evitar el surgimiento de alguna ventaja para una de las partes, en detrimento o perjuicio de la otra. Ello no significa que los sujetos procesales, pueden actuar sin la debida diligencia en defensa de sus intereses, pues si por dicha razón se produce cierta desventaja, esta situación no es responsabilidad del operador de justicia.

Es por ello que, para la intervención de cada una de las partes, se debe hablar de una igualdad procesal, la cual es importante en la administración de justicia, ya que los intervinientes en el litigio, actúan bajo las mismas condiciones y reglas procesales. Las partes deben disponer de las mismas oportunidades para hacer valer sus derechos -acción y contradicción- durante todo el trámite,³¹ en referencia a las dos posiciones que se encuentran en conflicto -las cuales son claramente identificadas-, y una pretensión se deberá imponer a la otra.

²⁸ Piero Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. Santiago Santis Melendo (Buenos Aires: EJE, 1973), 418-9.

²⁹ Mejía Salazar, *La oralidad y los principios del procedimiento*, 31.

³⁰ España Tribunal constitucional, *Sentencia 90/1994*, Boletín Oficial del Estado 89, 14 de abril de 1994, ECLI:ES:TC:1994:90

³¹ Hernando Devis Echandía, *Estudios de derecho procesal* (Bogotá: Editorial ABC, 1979), 194.

5. El principio de imparcialidad

Otro principio procesal importante, es el de imparcialidad. Cabe mencionar que la imparcialidad es parte de las garantías del debido proceso, donde se establece que quien imparta justicia, debe ser independiente, imparcial y competente para ello, esto es una muestra de confianza para los intervinientes dentro del litigio, en el sentido de que, quien va a impartir justicia, no posee un interés particular en el objeto de la controversia.

El proceso en un sistema oral, es un método de debate dialogal y argumentativo, en el que participan como sujetos procesales dos o más personas (naturales o jurídicas), situados en posiciones antagónicas, respecto a la discusión de un conflicto judicial, y que se igualan jurídicamente, cuando someten su contienda a la resolución de un juez.

El principio de imparcialidad es entendido como la ausencia de prejuicios o parcialidades, en la cual se distinguen dos presupuestos, *el subjetivo* que consiste en la convicción personal del juzgador en un determinado caso, y *el objetivo* que se refiere a que, si el juez ofrece las garantías necesarias para poder excluir cualquier duda sobre su actuación, en base a la convicción antes mencionada.³² Esto con el fin de alejar todo interés particular que pueda tener el juez, tanto de las pretensiones de uno de los litigantes, como también del objeto materia del conflicto, y así tutelar el derecho e interés legítimo de cada uno, mediante la aplicación de la norma respectiva.

Esta imparcialidad, está reflejada como un deber del juzgador en relación al cumplimiento de sus funciones dentro del proceso y de su independencia en relación a las partes en conflicto y su controversia. La imparcialidad tiene como fin que la resolución sea el resultado de la objetividad del juez, olvidándose de su propia personalidad y dejando de lado todas las consideraciones subjetivas que puedan aparecer,³³ evitando así que existan privilegios para una determinada parte procesal, pudiendo ser un ente Estatal, una persona natural o una persona jurídica.

Analizando este principio, Alvarado Velloso menciona que existen elementos básicos que son implícitos dentro de la imparcialidad. Estos elementos son en primer lugar, la ausencia de prejuicios, lo que significa abstenerse de emitir cualquier opinión que persuada a una de las partes en su pretensión. En segundo lugar, no identificarse con

³² Juan Montero Aroca, "Derecho a la imparcialidad judicial. Comentario al artículo II-107 del tratado por el que se establece una Constitución para Europa y al artículo 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos", *Revista europea de derechos fundamentales*, n.º 7 (2006): 79, <http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/view/365/353>

³³ Pedro Aragonese, *Proceso y derecho procesal* (Madrid: Aguilar ediciones, 1960), 90.

ideología alguna. En tercer lugar, no aceptar dádivas o sobornos de las partes, ni de terceros con interés en la causa, a cambio de una decisión específica. Y, en cuarto lugar, no influenciarse por sentimientos de amistad, odio, caridad, etc., o involucrarse emocionalmente con uno de los litigantes.³⁴

Ello delimita entonces, cuál debería ser el espacio en el que el juez debe desempeñar sus funciones directrices y jurisdiccionales, diferenciando lo que el juez puede realizar de lo que no, siendo el termómetro para medir dicha imparcialidad.³⁵ El juzgador como tercero imparcial, respetará los derechos de las partes en conflicto, desarrollando el litigio originado por las mismas, dentro de las garantías del debido proceso, ello como demostración de que la resolución que sea emitida por la autoridad que lo enviste, responderá a su compromiso con la verdad y la justicia, como garante de los derechos fundamentales.

No hay que olvidar que, para garantizar esta imparcialidad, dentro de la norma procesal, se ha establecido las causales de excusa y recusación³⁶ de los jueces que conocen un proceso determinado. Cabe señalar que las causas de recusación y excusa han sido plasmadas de forma taxativa, es decir, no se puede alegar una causa diferente a la que se establece en la ley. Según lo previsto en la ley, cuando se solicita la recusación del juez, se fija una caución para continuar con el proceso (excepto en temas de familia y laborales), con la finalidad de que si se niega la recusación planteada, se ejecute la caución a fin de resarcir los daños que el retardo produjo respecto al desenvolvimiento del proceso.

La decisión que tome el juez acerca de la controversia debe ser la correcta, en aplicación de los motivos y razones jurídicas adecuadas, lo cual será la motivación de su sentencia, la legitimación de la misma. Pues la carga argumentativa que se vaya a utilizar, reflejará la conexión que existe entre la parte fáctica del conflicto con la parte legal utilizada para la resolución. Ello no debe estar influenciado de ninguna circunstancia externa o interna, sea de índole ideológica, clase social, de religión, e incluso en ocasiones de medios de comunicación o redes sociales, cuyas opiniones de estas dos últimas, se vuelven en críticas externas hacia la labor de la administración de justicia.

³⁴ Adolfo Alvarado Velloso, *Sistema de derecho procesal* (Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2009), 237.

³⁵ Carlos Adolfo Picado Vargas, "El derecho a ser juzgado por un juez imparcial", *Revista de IUDEX*, n.º 2 (2014): 40, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32673-1.pdf>.

³⁶ Ecuador, *Código orgánico general de procesos*, artículos del 22 al 28, referente a las causas de excusa y recusación, su procedencia, inadmisión, procedimiento (audiencia), competencia y caución.

Cabe añadir, que el principio de imparcialidad, es recogido por el Código Iberoamericano de Ética Judicial, en su capítulo segundo, el cual menciona que la *imparcialidad* se fundamenta en el derecho de un trato igualitario de los justiciables en el desarrollo de la función jurisdiccional. Según dicho Código, el juez debe perseguir con objetividad y con fundamento en las pruebas, la verdad de los hechos. El juez debe evitar todo comportamiento que pueda reflejar algún tipo de prejuicio, predisposición o favoritismo respecto a una de las partes, por lo que, está obligado a no intervenir en las causas que se encuentre comprometida esta imparcialidad.

El juez debe evitar situaciones que directa o indirectamente le obliguen a apartarse de la causa que está en su conocimiento (recusación), las que incluyen un trato preferencial a los abogados que intervienen en el litigio, tanto por su parte como de los integrantes de su despacho judicial. Así mismo, el juez está impedido de mantener reuniones privadas con las partes procesales o sus patrocinadores.³⁷

La imparcialidad del juzgador es una garantía esencial del debido proceso, que se encuentra inmersa dentro del derecho a la defensa³⁸, el cual se enfoca a la posición ecuánime que debe tener el juzgador, ante quienes han sometido su controversia, al conocimiento de la administración de justicia. El juzgador no tiene que poseer una posición ni a favor ni en contra de alguna de las pretensiones puestas a su consideración, debiendo tomar su decisión en base a criterios objetivos. El juez está obligado a dejar de lado tanto prejuicios, así como influencias externas e internas que pueden darse dentro del proceso, al momento de resolver las causas puestas a su conocimiento.

La Corte Constitucional ecuatoriana, ha analizado este tema, desde la óptica del derecho a la defensa, definiendo a este principio como una garantía que torna operable al debido proceso. Según la Corte, el principio de imparcialidad garantiza un equilibrio en las facultades que tiene el sujeto procesal, principalmente en la presentación de pruebas, la contradicción y la impugnación. A decir de la Corte, la instancia juzgadora, al momento de tomar la decisión del caso, debe desterrar todo tipo de indefensión y asegurar la mayor imparcialidad posible.³⁹

³⁷ Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, *Código Iberoamericano de ética judicial*, adoptado el 22 de junio de 2006 por la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, en Santo Domingo, República Dominicana, y modificado el 2 de abril de 2014 en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana en Santiago de Chile. Capítulo II, artículos 10 – 18. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/CIEJ/Codigo-Iberoamericano-de-Etica-Judicial/>

³⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76, num.7, literal k). Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente.

³⁹ Ruiz Guzmán, Aguirre Castro y Ávila Benavidez, eds., *Desarrollo jurisprudencial de la primera corte constitucional*. 91. Ver sentencias No. 091-13-SEP-CC y No. 076-13-SEP-CC.

Considero que, cuando el juzgador por proteger y efectivizar el derecho a la defensa de los litigantes, puede dejar en entre dicho su aptitud imparcial, es decir, que habrá casos en los que se “rompa” esta posición, con el objetivo de buscar un efectivo ejercicio del derecho antes mencionado, para resolver el litigio de mejor forma, actuando siempre de una manera objetiva.

Continuando con la búsqueda de la explicación de este principio, hay que mencionar que:

la imparcialidad es entonces la ausencia de designio o de prevención en el juez, de poner su función jurisdiccional al servicio del interés particular de una de las partes. La función jurisdiccional consiste en la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas por medio de la aplicación del derecho en el caso concreto y la imparcialidad se quiebra cuando el juez tiene el designio o la prevención de no cumplir realmente con esa función, sino que incumpliendo con ella puede perseguir en un caso concreto servir a una de las partes.⁴⁰

Esta es una definición que recoge todos los elementos acerca de la imparcialidad, es un punto de vista muy crítico, que enseña verdaderamente como debe ser el accionar del juzgador en el proceso.

Consolidando esta idea, el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 9 habla sobre el principio de imparcialidad que rige para la justicia en el país. Entre otras cosas, esta norma señala que como parte de este principio es el respeto a la igualdad ante la ley, y sobre esa base, resolver los conflictos teniendo como fundamento las pretensiones y excepciones planteadas por las partes, en aplicación de la Constitución y la ley. Asimismo, el cuerpo legal mencionado establece la prohibición expresa de que las partes procesales se reúnan de forma privada con el juez, ya que esto contraviene este principio. Además, cabe señalar que dentro de los deberes de los administradores de justicia se encuentra el de actuar de forma leal, eficaz e imparcial.

Dentro de otra óptica, una actitud imparcial del juzgador, es que no debe estar colocado en la posición de parte procesal, en lo referente a aportar elementos al conflicto, por cuanto, nadie puede ser actor y juez al mismo tiempo, ya que esto conllevaría a que no pueda actuar con jerarquía respecto de las dos partes procesales.⁴¹ Por lo tanto, como

⁴⁰ Juan Montero Aroca, “La imparcialidad judicial en el convenio europeo de derechos humanos”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional*, coords., Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Lelo de Larrea (México: Marcial Pons, 2008), 9: 210.

⁴¹ Adolfo Alvarado Velloso, “La imparcialidad Judicial y la Función del Juez en el proceso civil”, en *Proceso Civil, hacia una nueva justicia civil*, coords., Andrés de la Oliva Santos y Diego Iván Palomo Vélez (Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007), 287.

juzgador, el juez no puede estar inclinado por ciertos hechos acaecidos y relatados en el conflicto, ni mucho menos por alguno de los intervinientes.

La independencia de un juicio y la ausencia de preconcepciones en el examen y en la valoración crítica de las pruebas, es además otro de los puntos importantes en esta posición.⁴² Esta actitud imparcial ayudará a la observación de forma equitativa, de los intereses de las partes en conflicto y de las distintas reconstrucciones e interpretaciones de los hechos por ellas expuestas, este es el compromiso que debe tener el juez neutral, para que realice dentro del proceso una actuación objetiva.

A todo ello, pese a que la independencia judicial, es una figura distinta a la de imparcialidad, es importante mencionarle, puesto que, tiene relación con este último principio, por una posible injerencia que pueda tener el juzgador dentro o fuera del proceso, que pueda afectar a su imparcialidad. Así, la existencia de operadores de justicia independientes e imparciales forman el núcleo central de un sistema judicial garante de los derechos humanos, en el cual la Constitución y las leyes deben asegurar una verdadera independencia, sobre todo sobre los demás poderes del Estado.⁴³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, realiza un análisis de lo que significa la imparcialidad⁴⁴, entre otras cosas menciona que la imparcialidad debe relacionarse estrechamente con la independencia judicial, ambas tienen un contenido jurídico propio, y en conjunto su función es evitar que el juzgador, sea restringido indebidamente en sus actuaciones.

En concreto a la imparcialidad significa que el juzgador que interviene en una contienda particular, debe aproximarse a los hechos de la causa, careciendo de manera subjetiva, de todo prejuicio, y ofreciendo todas las garantías de forma objetiva para que el justiciable o la comunidad -ciudadanía- destierre toda duda respecto de la ausencia de imparcialidad.

A propósito de lo mencionado en el párrafo anterior, es interesante hacer una reflexión entre imparcialidad e independencia del juzgador, ya que, sin independencia en

⁴² Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, trad. Andrés Ibáñez (Madrid: Trotta, 1998), 56.

⁴³ Comisión Internacional de Juristas, *Principios internacionales sobre la independencia judicial y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*, Serie guía para profesionales n.º 1 (2005), 2.

⁴⁴ Corte IDH, “Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Apitz Barbera vs Venezuela*, 5 de agosto de 2008, párr. 56, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf. La demanda se relaciona con la destitución de los ex-jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz Barbera, por haber incurrido en un error judicial inexcusable, al conceder un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo que había negado el registro de una compraventa.

las funciones de juzgador, existiera una alteración a su imparcialidad, debido a que, una injerencia o presión que venga de órganos externos que pertenezcan a cualquiera de las funciones del Estado, con la finalidad de que se emita un fallo favoreciendo de forma ilegítima a una u otra tesis de los litigantes, pone al juez en una situación preocupante, debiendo resolver la causa por una “sugerencia” y no en base a lo aportado dentro del proceso.

En fin, una actitud imparcial de los operadores de justicia, será la mejor forma de asegurar la igualdad de las partes procesales, que sean ellos -los participantes del conflicto-, quienes prueben sus hechos de acuerdo a las reglas de las cargas probatorias. A ello hay que sumarle que, no se debe entender a la imparcialidad como falta de interés del juez en la causa.

6. El principio de libertad probatoria.

Los sujetos procesales con la finalidad de demostrar sus pretensiones dentro de la contienda judicial, puede utilizar todos los medios de prueba que considere necesarios y que constan en el Código Orgánico General de Procesos, para formar la convicción del juzgador.

La actividad probatoria se encuentra estrictamente relacionada con el debido proceso, es así que la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto menciona que:

es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal.⁴⁵

En miras a buscar esta solución justa de los hechos puestos en conocimiento del juez, según Joan Picó, la prueba es un derecho que posee los litigantes por lo que este “implica, en primer, lugar el derecho a que se admita toda aquella prueba que, propuesta por alguna de las partes, respete los límites inherentes a la actividad probatoria y los debidos a los requisitos legales de proposición. En segundo lugar, supone que el medio

⁴⁵ Corte IDH, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, *Opinión consultiva OC-16/99*, 1 de octubre de 1999, párr. 117, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf.

probatorio sea practicado, pues, caso contrario, estaremos en presencia de una denegación tácita del mencionado derecho.”⁴⁶

Dicho esto, se observa que dentro del actual sistema procesal se establece una libertad probatoria para los litigantes, pues serán ellos quienes decidan cuales y cuantas serán las pruebas que se presentarán enfocadas a demostrar la verdad de los hechos en conflicto, y para lograr el convencimiento del juez.

En si esta libertad probatoria significa que los hechos y circunstancias relatados dentro del proceso pueden ser demostrados por cualquier medio que tenga capacidad, descartando la posibilidad de que un determinado hecho en específico solo se lo pueda establecer a través de un elemento específico de prueba, sin desconocer que pueden existir elementos con mayor idoneidad probatoria que otros.⁴⁷ En otras palabras, “para demostrar los hechos en controversia, el COGEP establece libertad probatoria, en cuanto a que las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba, siempre y cuando no violente el debido proceso ni la ley”⁴⁸ conforme así consta en el artículo 159 del citado código, desterrando así las denominadas pruebas legales o pruebas tasadas.

En este mismo sentido, Devis Echandía menciona:

Para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, en forma que se ajuste a la realidad, es indispensable otorgar libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las que sean pertinentes, con la única limitación de aquellas que por razones de moralidad versen sobre hechos que la ley no permite investigar, o que resulten inútiles por existir presunción legal que las hace innecesarias o sean claramente impertinentes o inidóneas.⁴⁹

Con lo cual, esta libertad no sería absoluta, puesto que los elementos de prueba aportados deben cumplir sin lugar a duda la aptitud de ser lícitos, conducentes, pertinentes y útiles, además de que deben ser incorporados, adjuntados o anunciados en el momento procesal determinado por la norma, con el fin de ser practicados en la audiencia respectiva con miras a que la resolución o sentencia del conflicto este ajustada a la realidad de los hechos. Lo que se busca con esto es que exista la conexidad del elemento probatorio con los hechos o circunstancias en litigio.

⁴⁶ Joan Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil* (Barcelona: J.M. Bosch, 1996), 16-8.

⁴⁷ Jairo Quijano Parra, *Manual de derecho probatorio* (Bogotá: Editorial ABC, 2006), 15.

⁴⁸ Carlos Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba en el COGEP* (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017), 153. El artículo 159 del COGEP se refiere a la oportunidad en la cual se deben adjuntar todos los medios probatorios y la libertad de utilizar cualquier elemento de prueba, lo cual se conecta con lo que señala el numeral 7 del artículo 142 *Ibidem*.

⁴⁹ Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba* (Buenos Aires: V.P. de Zavalía, 1972), 131.

6.1. Disponibilidad y renuncia de los medios probatorios

En virtud de lo mencionado es importante establecer que, dentro de esta libertad probatoria, los sujetos procesales en base a su estrategia pueden decidir no utilizar un determinado medio de prueba y renunciar o desistir de la práctica del mismo, para explicar ello, hay que diferenciar los momentos o fases en los cuales se desarrolla esta actividad probatoria.

Hay un momento de anuncio de todos los medios probatorios que están en poder de los litigantes, lo cual es en los actos de proposición; luego de ello, pasan por un momento o fase de admisibilidad, aquí se examina que dichos medios cumplan con los requisitos fijados por la norma procesal; todos estos elementos de prueba son puestos a disposición de la contraparte para su respectiva contradicción (debate probatorio), aquí el juzgador mediante un auto interlocutorio señalará cuales son las pruebas que deberán practicarse y cuales son rechazadas por no pasar este filtro de admisibilidad.

En este último evento, el litigante que anunció el medio de prueba puede interponer el o los recursos que considere necesarios.⁵⁰ Una vez que se ha realizado todo lo expuesto, procede ahora la práctica de todos los elementos de prueba admitidos por el juzgador; para que finalmente se proceda a su valoración o apreciación.

Ahora bien, aquí surgen dos inquietudes importantes la primera de ellas es que ¿las partes procesales tienen la facultad de renunciar a un medio de prueba que fue anunciado o incorporado en uno de los actos de proposición? La respuesta sería que si tienen esta facultad, lo cual se remite a una cuestión de planificación, estrategia y teoría del caso que maneje el litigante, en aplicación a la libertad probatoria, así como también que no existe norma alguna dentro del COGEP que impida dicha renuncia.

En base a ello, la segunda inquietud sería el determinar ¿cuál es el momento procesal para renunciar a un medio probatorio?, para responder esta interrogante, como base se tomará lo que menciona el Dr. Ernesto Guarderas, cuando cita lo siguiente:

Consideramos que si la renuncia se da antes de la admisión de la prueba por parte del juez y la parte contraria no tiene objeción a ella, es posible hacerla pues aún no forma parte del proceso; en cambio, si la renuncia se realiza una vez que el juez la ha admitido ya no es posible hacerlo, ya que, de conformidad con los principios de adquisición procesal y

⁵⁰ Hay que recordar que no se debe interponer recursos sucesivos o subsidiarios, conforme el artículo 252 del COGEP.

comunidad de la prueba, ahora la prueba le pertenece al proceso y no a las partes, por tal razón, no se puede renunciar a su práctica.⁵¹

Esto se traduce a que la renuncia de un medio de prueba se la debe efectuar antes del debate probatorio, es decir en la fase o en el momento de la admisibilidad, por cuanto, al decidir dicha renuncia, el elemento de prueba anunciado por escrito no ingresa al proceso y su contenido no forma parte del acervo probatorio, es decir, no pasaría a formar parte de la actividad probatoria. De igual manera como todas las actividades, peticiones y alegaciones desarrolladas dentro de audiencia, se debe permitir el derecho a la contradicción⁵², luego de la cual el juez resolverá la aceptación o no de lo solicitado.

Es así que, en cuanto *al principio de comunidad de la prueba*, esto se refiere a que, el medio de prueba “no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que solo a este beneficie, puesto que, *una vez introducida legalmente al proceso*, debe tenérsela en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla”⁵³ (énfasis añadido), lo cual reafirma que una vez calificado como pertinente, conducente, idóneo y útil al elemento probatorio anunciado, este pasa a formar parte del proceso, de modo que, ya no existiría la posibilidad de renunciar a su práctica.

Este principio determina la aparición de otro denominado de no disponibilidad e irrenunciabilidad de la prueba, el cual significa que “una vez solicitada la práctica de una prueba por una de las partes, carece de facultad para renunciar a su práctica si el juez la estima útil y que si fue ya practicada o presentada (como en el caso de los documentos y copias de pruebas trasladadas), no puede renunciar a ella para que deje de ser considerada por el juez.”⁵⁴

7. La prueba dentro del proceso

En el cambio del sistema procesal, a los principios se les ha dado la importancia, relevancia y trascendencia que se merecían, lo cual ha servido como un aporte para la evolución de la administración de justicia en el país. Ahora pues, siguiendo la temática,

⁵¹ Dr. Ernesto Guarderas, Ab. María Belén Cañas y Ab. Ricardo Hernández, *Código orgánico general de procesos. Manual práctico y analítico. Procedimientos, audiencias y teoría del caso* (Quito: Ediciones Legales, 2016), 76.

⁵² Ecuador, *Código orgánico general de procesos*, art. 79 inciso segundo.

⁵³ Echandía, *Teoría general de la prueba*, 118.

⁵⁴ *Ibíd.*, 140.

es hora de hacer un breve análisis de la práctica de pruebas dentro del juicio, lo cual es fundamental para la resolución del conflicto.

La prueba es el procedimiento dirigido a la verificación de los hechos relatados por las partes dentro del proceso. Por tanto, lo que se prueba es una afirmación sustentada en un hecho que constituye las razones que fundamentan las pretensiones.⁵⁵ En otras palabras, la prueba es el proceso del raciocinio que se produce partiendo de un dato sensible a una verificación que constituye el fundamento de la razón, en este sentido la justificación de las pretensiones y los medios de defensa para contradecir las mismas, a través de los diferentes medios probatorios, son las que conducen a los juzgadores a generar un juicio fundamentado para la resolución.

Esto es muy importante, puesto que la actividad probatoria dentro del proceso judicial, es esencial, porque por medio de ella se acreditarán las alegaciones y pretensiones tanto de la acción como de la contestación. Gracias a la prueba, el operador de justicia, va formando su criterio de la verdad de los hechos litigiosos, direccionado en ofrecer una tutela judicial más justa⁵⁶ de los hechos en conflicto. Así pues, la prueba de los hechos tiene que ser enfocada a determinar con una precisión infalible lo sucedido lo cual nos remite a la carga de la prueba.

8. Carga de la prueba

Dentro de la relación jurídico-procesal de los intervinientes en el litigio, existen determinados actos que deben ser cumplidos al iniciar el proceso o en el desarrollo del mismo, es así que aparecen los derechos, las obligaciones y las cargas procesales, cuyo incumplimiento trae consecuencias más o menos graves sobre las partes, como la pérdida de una oportunidad procesal.⁵⁷ Estos derechos, cargas u obligaciones, implican la realización de una determinada conducta o actividad. En el caso de las cargas, el sujeto procesal tiene la libertad de decidir si lo cumple o no, con la consecuencia de que la falta de acatamiento de la disposición normativa o judicial, tiene consecuencias irreversibles. Incluso se puede mencionar que existen cargas procesales que se terminan convirtiendo en obligaciones.

⁵⁵ Francisco Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil, de la estructura del proceso* (México: Cárdenas, 1998), 398-9.

⁵⁶ Joan Picó i Junoy, *El principio de la buena fe procesal* (Madrid: Bosh, 2013).

⁵⁷ Hernando Devis Echandía, *Nociones de derecho procesal civil* (Madrid: Aguilar, 1966), 7.

Partiendo de aquello, la carga procesal es una relación jurídica activa, considerada como una facultad, que consiste en la posibilidad de que una parte procesal, ejecute o no (de forma libre) un acto que la norma jurídica contempla, esto encaminado a su propio beneficio, sin que ninguna persona pueda exigirle su cumplimiento.⁵⁸ La falta de cumplimiento de ciertos actos, trae consigo en muchas ocasiones una consecuencia negativa, como por ejemplo, al no completar una demanda conforme la normativa procesal, su consecuencia será el archivo de la causa.

Eduardo Couture manifiesta que la carga funciona como una conducta de realización facultativa que tiene el litigante para contestar, probar y alegar lo que considere necesario dentro del litigio, con el riesgo de que, si no lo hace de manera oportuna, se falla el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas y sin saber sus conclusiones.⁵⁹

Ahora bien, dentro de las cargas procesales, una de ellas es la aportación de las pruebas por las partes al litigio., De ahí deviene su nombre de “carga de la prueba”, pues se refiere a “lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso, es decir, cuales hechos entre los que forman el tema de la prueba en ese proceso, necesita cada una que aparezcan probados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones (incluyendo la punitiva del Estado), excepciones o defensas, y le dice al juez como debe fallar en caso de que esas pruebas falten”.⁶⁰

Entonces, la carga probatoria es una regla fundamental en la disciplina del proceso, dado que la proposición de la prueba por cada una de las partes, lleva a la resolución del juicio⁶¹. En este contexto, y toda vez que la litis se trabó con la contestación a la demanda, cada litigante está obligado a justificar sus afirmaciones como lo prescribe el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos;⁶² lo que nos lleva a pensar, que si el demandado en su contestación no solo ha negado los hechos, sino también ha alegado otros acontecimientos que deben ser demostrados y no lo realiza, es obligación del

⁵⁸ *Ibíd.*, 9.

⁵⁹ Eduardo J, Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil* (Montevideo: Editorial B de F. 2002), 174

⁶⁰ Hernando Devis Echandía, *Compendio de la prueba judicial* (Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni. 2000), 1: 74.

⁶¹ Salvatorre Satta, “Los poderes del juez”, en *Actos del juez y prueba civil*, comp., Fernando Quinceno Álvarez, 64.

⁶² Ecuador, *Código orgánico general de procesos*, art. 169.- Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada

accionante evidenciar que las aseveraciones realizadas en la demanda sobre el hecho controvertido, son verdaderas.

Con respeto a ello Leo Rosenberg señala lo siguiente:

Las reglas sobre la carga de la prueba ayudan al juez a formarse un juicio, afirmativo o negativo, sobre la pretensión que se hace valer, no obstante, la incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho, porque le indican el modo de llegar a una decisión en semejante caso. La esencia del valor y las normas sobre la carga de la prueba consisten en esa instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante. La decisión debe dictarse en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba con respecto a la afirmación de hecho no aclarada, esto es, (...) en contra del demandado, siempre que se lo tenga por grabado con aquella carga (...) o bien, en contra del demandante si se impone a éste la carga de la prueba.⁶³

Se reconocen dos categorías de la carga probatoria: la carga objetiva o material de la prueba y la carga subjetiva o de comprobación de la prueba. La primera se refiere a la certeza de la prueba; aquí se atiende a los efectos de la falta o deficiencia de la prueba, independientemente de la actividad que corresponda a cada sujeto procesal. En cambio, la segunda trata sobre la determinación de qué pruebas que debe proporcionar cada parte, a fin de establecer un hecho afirmado por ella y obtener así que se reconozca su pretensión en sentencia.⁶⁴

Según el Código Orgánico General de Procesos, las pruebas deben ser adjuntadas y anunciadas (documental, testimonial, pericial, etc.) en los actos de proposición, esto es en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción. Según dicho código procesal, se reconocen dos momentos adicionales en los cuales se pueden adjuntar elementos probatorios,⁶⁵ estos son, si de la contestación a la demanda y si de la fundamentación del recurso de apelación surgen hechos nuevos o aparecen nuevos acontecimientos que deben ser justificados.

Se debe partir de que la afirmación de un hecho como presupuesto de la demanda, supone la existencia del mismo, razón por la que, su comprobación estará ligado a los elementos de prueba aportados, con los cuales se demostrará la existencia material de lo dicho. A manera de ejemplo, si una persona solicita al juzgador que se le restituya el dinero que ha entregado a otra en calidad de préstamo, presentando un documento escrito donde consta la obligación (título ejecutivo), pues con ello está corroborando la existencia

⁶³ Leo Rosenberg, *La carga de la prueba* (Buenos Aires: Editorial B de F, 2002), 17.

⁶⁴ Jorge Fábrega P, *Teoría General de la Prueba* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997), 227-8.

⁶⁵ Ecuador, *Código orgánico general de procesos*, arts. 142 num. 7 y 8; 151 inc. 4; 152; 156; y, 166.

de la deuda y la entrega del dinero reclamado a la persona accionada, quien por su parte, deberá evidenciar si lo reclamado es realmente lo que se debe, o si en su defecto se produjeron pagos parciales de dicha deuda.

La aplicación de la carga de la prueba, otorga la facultad de prever y escoger las pruebas idóneas que sustenten el litigio, determinando las consecuencias de la insuficiencia de las mismas, que se verá reflejado al momento de la decisión final del juez.⁶⁶ En dicho contexto, la norma procesal determina que todas las pruebas deben acompañarse o adjuntarse a los actos de proposición, con la finalidad de que al momento de la práctica y contradicción, se precise los datos necesarios para su actuación y refutación; incluso si esta no se encuentra en poder de quien solicita, se la debe detallar para acceder al auxilio judicial para su obtención.

La Corte Nacional de Justicia, hace un razonamiento muy interesante y claro sobre la carga de la prueba de la siguiente manera:

La necesidad que tiene cada una de las partes en el proceso de producir pruebas que lleven al juzgador al pleno convencimiento de los hechos expuestos en su demanda o en las excepciones, según corresponda. Los juzgadores incurren en violación de esta norma cuando ignoran la carga de la prueba dando por existentes ciertos hechos sin que estén demostrados o revierten la carga de la prueba, obligando al demandado a desvirtuar los hechos que ha negado.⁶⁷

Esto es corroborado por la normativa procesal actual, cuando en el caso de que el accionado en la contestación ejercida dentro del proceso, niega de forma simple los hechos propuestos por el actor, no se encuentra obligado a anunciar, adjuntar o producir pruebas.⁶⁸ Esta circunstancia no le impide en todo caso al demandado a contradecir las pruebas que han sido presentadas por el accionante, lo cual no significa que esto se deba considerar como una inversión de la carga probatoria.

En este orden de ideas, la Corte Nacional menciona en otra de sus sentencias que:

La carga de la prueba consiste en la obligación legal que tienen las partes de demostrar satisfactoriamente a los juzgadores acerca de la veracidad de sus afirmaciones sobre los hechos constantes en la demanda o en la contestación a la demanda si en ella existen afirmaciones explícitas o implícitas; por tanto, cada una de las partes está en el deber de

⁶⁶ Antonio Menacho de Solá-Morales, “La duda del abogado ante la prueba”, en *La prueba judicial, desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, dirs. Xavier Abel Lluch, Joan Picó i Junoy y Manuel Richard Gonzales (Madrid: La Ley / Grupo Wolters Kluwer, 2011), 271.

⁶⁷ Ecuador. Corte Nacional de Justicia Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia de casación”, en *Juicio ordinario No. 176-2014, 04 de junio del 2014*, http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_civil/2014/176-2014.pdf

⁶⁸ Ecuador, *Código orgánico general de procesos*, art. 142 num. 7, 143, 152; y 169 inc. 2.

actuar pruebas que permitan al juzgador establecer sin lugar a dudas los hechos para formarse un criterio y una decisión.⁶⁹

Esto significa que el juzgador lo que busca a través de la prueba judicial, es la certeza de los hechos en conflicto, de acuerdo a los medios presentados y actuados ante su autoridad, con la finalidad de demostrar la pretensión o excepción de los sujetos procesales.

En términos generales, el accionante tiene un deber implícito de probar los hechos alegados, con el fin de verificar la pretensión planteada, apoyándose de todos los elementos documentales, testimoniales, pericial, etc., que ayuden a la resolución del caso, a menos que la ley lo releve de esta carga (fijación de pensión alimenticia, materia ambiental, extinción de las obligaciones, etc.). En este sentido, no es suficiente enunciar de manera subjetiva los hechos controvertidos, sino acompañarlos de pruebas fehacientes que demuestren su posición dentro de la contienda legal.

En definitiva, la norma adjetiva brinda la posibilidad de colocarse en una inactividad probatoria total o parcial, lo cual corre a cuenta y riesgo de los litigantes. Por lo dicho, la ley atribuye una responsabilidad propia a cada parte procesal, en lo referente a las pruebas de los hechos que las benefician, pudiendo ser que, al no comprobarse dichos hechos, se reciba una resolución contraria a las pretensiones reclamadas.

8.1. La igualdad material de las partes procesales en relación a la carga probatoria.

Como se había mencionado, en el desenvolvimiento del proceso aparecen las llamadas cargas procesales (incluida la probatoria), que se las define como una relación jurídica activa, instituida por la ley, que consiste en la posibilidad de ejecutar o no libremente un acto en beneficio propio.⁷⁰ Así, una carga procesal es una conducta que debe realizar una de las partes, la cual no es obligatoria, dado que el sujeto tiene la libertad de decidir si lo hace o no, sin perjuicio de que su inacción pueda generar consecuencias negativas dentro del proceso.

⁶⁹ Ecuador. Corte Nacional de Justicia Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia de casación”, en *Juicio ordinario No. 422-2012*, 21 de mayo del 2014. http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_civil/2014/422-2012.pdf.

⁷⁰ Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004), 7.

Con todo lo mencionado, la igualdad material en cuanto a la carga probatoria, se refiere esencialmente a que las partes procesales disponen de las mismas oportunidades prácticas, para por los medios y procedimientos legales necesarios,⁷¹ hacer valer sus derechos, llevando a cabo -dentro de la audiencia- una especie de debate probatorio, donde se conceda la posibilidad de solicitar, producir, incorporar, contradecir, objetar e incluso interponer apelación,⁷² respecto a las pruebas a practicarse dentro del proceso.

El juzgador es el garante de esta igualdad, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso y equiparando las condiciones de cada litigante, para que no exista diferencia en cuanto a la relación procesal. Esto permite que ambas partes gocen de iguales medios de ataque y de defensa, para alegar y probar las razones que los asisten,⁷³ aplicando de principio procesal de igualdad de armas.

Por lo tanto, esta igualdad material del aporte en la práctica de pruebas, será la mejor forma de justificar los hechos relatados por actor y demandado; le dará un sentido propio a la contienda judicial, en la cual cada una de las partes tendrá sus intereses particulares, pero a través de los elementos probatorios, se podrá establecer la verdad o falsedad de sus enunciados, una vez concluido el proceso legal.

9. La dinámica probatoria

Como un recuento de lo ya analizado, el concepto natural de la carga probatoria es considerado como una facultad procesal, su creación se la puede atribuir a Goldschmidt, quien desarrolló la teoría de la situación jurídica. En relación a ello, la carga en materia de la prueba contiene dos reglas, una para las partes procesales y otra para el juez⁷⁴. En las distintas legislaciones se ha entendido como regla general que corresponde al actor justificar los hechos propuestos en la demanda y negados por el demandado, pudiendo el juzgador decretar la práctica de pruebas por su iniciativa, con el fin de esclarecer y tener por cierto los hechos controvertidos.

⁷¹ Benigno Cabrera Acosta, *Teoría general del proceso y de la prueba* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996), 351

⁷² Ecuador, *Código orgánico general de procesos*, art. 262 num. 3.

⁷³ Faustino Cordón, *Introducción al derecho procesal* (Pamplona: Universidad de Navarra, 1998), 36.

⁷⁴ Juan Luis Avendaño Valdez, "Las cargas probatorias dinámicas", en *Las garantías del justo proceso, ponencias del tercer seminario internacional proceso y constitución, coord.*, Giovanni Priori Posada (Lima: Palestra Edit., 2013), 427.

En otros términos, dentro del proceso se debe respetar la igualdad probatoria entre las partes, de acuerdo a las posiciones que adopten dentro sus actos de proposición, pero puede darse el caso que, para llegar a esta igualdad, el juzgador tenga que identificar que el aporte probatorio de uno de los litigantes tenga cierta debilidad, por cuanto no tuvo el acceso necesario a todos los medios de prueba que requería, frente a su contraparte. Por lo cual, en este último supuesto, se podría observar de forma diferenciada las cargas probatorias, reconociendo y admitiendo un trato diferente a la hora de acreditar los hechos y circunstancias en discusión.⁷⁵

De manera que, a partir de esta carga procesal, surge una nueva teoría denominada *la carga dinámica de la prueba (onus probandi dinámico)* o dinámica probatoria, el desarrollo de la misma y su sistematización se la puede atribuir a Jorge Walter Peyrano, quien consolidó este tema en base a un proceso de responsabilidad médica ocurrido en Argentina. Este tema se ha ido desarrollando en algunas legislaciones latinoamericanas especialmente en Colombia, y mediante jurisprudencia en el Perú, denominándola también como cargas probatorias o de la mayor facilidad probatoria.

Este autor menciona que:

Más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla (...) *Así pues, esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad.*⁷⁶ (Énfasis añadido).

Esta teoría busca flexibilizar la rigidez de la regla general de la carga de la prueba, cuya aplicación se la debe entender como complemento de ella. Es el juez quien está llamado (en los casos que amerite), a determinar que sujeto procesal está en mejores condiciones de aportar un determinado medio probatorio, con el fin de justificar los hechos que configuran las pretensiones o excepciones deducidas en el conflicto, para que, no queden en meros enunciados o simples conjeturas de los actos de proposición.

Es así que, con el propósito de establecer una concepción del tema, tomando las palabras de Martín Bermúdez, esta dinámica probatoria se la puede definir como “una regla que permite al juez en el caso concreto determinar cuál de las partes debe correr con

⁷⁵ Jorge Walter Peyrano, “Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes”, en *Elementos de derecho probatorio*, dir. Jorge W. Peyrano (Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2017), 430.

⁷⁶ Jorge Walter Peyrano, *Cargas probatorias dinámicas* (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2008), 60.

las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud a que a ésta le resulta más fácil suministrarla.”⁷⁷ Esto encamina un nuevo sentido a la carga probatoria tradicional, dejando de lado sus reglas estáticas y formalistas, que en ciertas ocasiones, resultaban insuficientes o inadecuadas para la presentación de pruebas. En otras palabras, esto es una flexibilización de la distribución de la carga de la prueba.

La aplicación de esta dinámica probatoria, es muy provechosa dentro del desarrollo de un procedimiento. No se la debe considerar como una inversión de la carga probatoria, sino que trata de exigir a los litigantes, sobre la base de la lealtad procesal, que aporten todas las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad real del hecho controvertido,⁷⁸ lo cual ayudaría de sobremanera a la resolución del caso por parte del juzgador.

El Código General del Proceso de Colombia, en relación a la carga dinámica dispone lo siguiente:

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.⁷⁹

Es así que, esta teoría ha sido recogida por la normativa procesal colombiana, con la finalidad de esclarecer los hechos discutidos. La decisión de la distribución de la práctica de prueba, es susceptible de recurso por parte de las partes procesales.

Esta concepción viene siendo desarrollada por la jurisprudencia colombiana, a partir de las nuevas normas procedimentales, y al respecto menciona:

Por regla general el *onus probandi*, en la forma referida, permanece inmodificable, pero hay eventos donde cobra vigencia el carácter dinámico de la carga de la prueba, para efectos de distribuirla de manera equitativa y lograr un equilibrio de las partes en la obligación de probar, ello dentro del marco de lealtad y colaboración (...) *Sin embargo*,

⁷⁷ Martín Bermúdez Muñoz, “El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad”, *Revista Temas Jurídicos*. No. 11 (1995): 16, citado por Juliana Pérez, “La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa”, *Revista estudios de derecho LXVIII*, n.º 152 (2011): 207. http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/2374/1/PerezJuliana_2011_CargaResponsabilidadAdministrativa.pdf

⁷⁸ Javier Tamayo Jaramillo, *Responsabilidad civil médica en los servicios de salud* (Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1993), 91.

⁷⁹ Colombia, *Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012*, Documento Oficial 48.489, 12 de julio de 2012, modificado en noviembre de 2018. Art. 167 inciso segundo, carga de la prueba.

*la parte que en comienzo tiene la obligación de probar, debe suministrar evidencias o fundamentos razonables sobre la existencia del derecho laboral que reclama, para que la contraparte, que posee mejores condiciones de producir la prueba o la tiene a su alcance, entre a probar, rebatir o desvirtuar de manera contundente el hecho afirmado*⁸⁰. (Énfasis añadido).

Con ello, en la sentencia citada en el párrafo anterior, la Corte Suprema colombiana indica que este principio de dinámica probatoria, no está para suplir la deficiencia probatoria de uno de los litigantes, sino se lo ha estipulado en el caso particular de que exista una dificultad probatoria, misma que aparezca cuando se ha ejercido una actividad probatoria (aunque sea mínima) para obtener los elementos necesarios para justificar las pretensiones exigidas. Por ejemplo, solicitar el acceso a documentos, solicitar la entrega de información, reportes o exhibición de instrumentos. Cabe señalar que no basta con la sola afirmación de certeza de un hecho para que se aplique este dinamismo de la prueba, pues se debe cumplir necesariamente con los presupuestos mencionados anteriormente.

Juan Carlos Díaz, es enfático en referirse a la aplicación de la dinámica de la prueba, mencionando que debe cumplirse en estricto sentido los requisitos legales y jurisprudenciales que se han dado al respecto. Esto es, la existencia de una justificación objetiva y razonable, así como una relación de proporcionalidad y racionalidad entre la justificación, los hechos y el fin perseguido.⁸¹ De no cumplirse con estas reglas, en lugar de beneficiar al proceso, se convertiría en arbitrio del juzgador y afectaría la igualdad de las partes. Por esta razón, el juez debe analizar a fondo la existencia de un desequilibrio real en el acceso de la prueba, con el fin de proteger el derecho de tutela y efectuar una distribución adecuada de las cargas mencionadas.

El dinamismo de la carga de la prueba se sustenta en la igualdad material, enfocado a la corrección de los desatinos judiciales derivados de la aplicación de las reglas estáticas de esta carga, entendiendo que dentro del proceso pueden aparecer situaciones de desequilibrio entre las partes, que impidan un ejercicio eficaz del derecho a la defensa, en real igualdad de derechos y oportunidades,⁸² buscando siempre la verdad y el convencimiento de los hechos determinados en la contienda legal.

⁸⁰ Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, *SL 11325-2016. Radicación No. 45089*, 01 de junio del 2016. 20. <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bnov2016/SL11325-2016.pdf>.

⁸¹ Juan Carlos Díaz-Restrepo. “La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional”. *Entramado: Revista de la Universidad Libre de Cali* 12, n.º 1 (2016): 202, <http://www.scielo.org.co/pdf/entra/v12n1/v12n1a14.pdf>. Consultado el 17 de noviembre del 2018.

⁸² *Ibíd.*, 203.

Esta dinámica, se encuentra conectada con los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, los cuales se encuentran consagrados en el artículo 217 apartado séptimo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, en la que señala que, para el establecimiento de la carga de la prueba, el tribunal deberá examinar la facilidad y disponibilidad probatoria de cada uno de los litigantes.

Dentro del Código Civil y Comercial de la República de Argentina, en su artículo 1735, a la dinámica probatoria, se la entiende como una “redistribución” de la prueba, inmersa en las facultades judiciales de los jueces, cuyo texto señala que “[N]o obstante el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de (sic) permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”⁸³, esta dinámica no se convierte en imperativa sino en potestativa, siendo que el juez, bajo la sana crítica dispondrá quien debe asumir esta carga probatoria.

En el mismo sentido, dentro del referido cuerpo legal, en el Libro Segundo, título III, concerniente a los procesos de familia, el artículo 710 señala lo siguiente sobre los principios relativos a la prueba; “[L]os procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar.” Esto va apuntalando el rol protagónico que va tomando el juez dentro del modelo procesal de oralidad, otorgándole facultades enfocadas al correcto desenvolvimiento del litigio y la búsqueda de la solución de conflictos, en base a la verdad material de lo sucedido.

Esta facilidad y disponibilidad probatoria, implica entonces que, a pesar que cada sujeto procesal aporta los elementos de prueba que le son favorables (de acuerdo a los hechos expuestos), existirá casos en los que su contraparte (sea actor o demandado), pueda contribuir con dichas pruebas, de una manera más rápida o fácil, pese a que no es parte de su actividad probatoria propia, teniendo como consecuencia que si no acata lo dispuesto por el juzgador, se aplique las sanciones correspondientes dentro del proceso⁸⁴. Se debe ser muy objetivo en esta dinámica, por cuanto, la imposición probatoria que se

⁸³ Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación, Aprobado por la ley 26.994. Promulgado según decreto 1795/2014. Sección tercera, función resarcitoria.

⁸⁴ Mercedes Fernández López, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil* (Madrid: Editor La Ley, 2006), 147.

decida, se lo tendría que hacer tomando en cuenta las circunstancias de cada proceso, sus particularidades, y sobre todo el tipo de hecho que se requiere probar.

Como alude el maestro Jorge Peyrano, hay que ser cuidadoso también en la prueba que sea allegada por cualquiera de las partes en aplicación de esta dinámica, porque, el o los sujetos procesales, de la misma forma que se encuentra en mejor posición para producir una prueba, también están en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla para su propio beneficio.⁸⁵

Es importante hacer énfasis, que este traslado de la práctica probatoria, únicamente debe aplicarse cuando quien alega el hecho, no tiene en su poder los elementos necesarios para demostrar el mismo, y su contraparte si los posee. Esto no debe entenderse como una liberación de la presentación de prueba por los sujetos procesales o como un alivio de la carga probatoria. “Téngase en cuenta que dicho desplazamiento no disminuye la intensidad probatoria que debe cumplir, tanto la parte afectada (...) como su contraria, por lo que ambos (actor y demandado), deben generar una certeza moral plena en el órgano jurisdiccional acerca de los hechos y circunstancias cuya prueba se encuentra a cargo de ellas”,⁸⁶ por ende, el esfuerzo en el aporte de cada una de las pruebas puede ser diferente (accionante y accionado), dependiendo de la complejidad del caso en concreto.

Es así que, la Corte Suprema de Mendoza en Argentina hace referencia a la utilización indistinta de este dinamismo, dentro de la causa denominada “Dyaz de Siva”, cuando expresa lo siguiente: “el moderno Derecho Procesal se nutre del denominado principio de las cargas probatorias dinámicas, que más que a reglas rígidas, atiende al orden normal de las cosas, al principio de equidad que pone la carga de la prueba sobre quien está en las mejores condiciones de acreditar un hecho a la conducta procesal de las partes.”⁸⁷

En el epígrafe anterior, se explicaba las dos categorías de la carga de la prueba (objetiva y subjetiva), siendo que aquí es donde vuelven a cobrar fuerza, pues son la base para la distribución de la carga probatoria. La dinámica cumple con ambas categorías, esto es, primero, la asignación subjetiva de quien debe realizar el esfuerzo probatorio

⁸⁵ Jorge W. Peyrano, “Las cargas dinámicas probatorias, Hoy”, en *Elementos de derecho probatorio*, dir. Jorge W. Peyrano (Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2017), 424.

⁸⁶ Jorge W. Peyrano, “Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzo diferentes”, en *Elementos de derecho probatorio*, dir. Jorge W. Peyrano, 424.

⁸⁷ Argentina. Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Causa No. 48.373, “Dyas de Siva”, sentencia del once de noviembre del año mil novecientos noventa y uno, citado por Analía Victoria Romero, “Cargas Probatorias Dinámicas”, en *Elementos de derecho probatorio*, dir. Jorge W. Peyrano, 469.

entre las partes procesales, segundo, el tiempo en el cual se debe desarrollar todo el litigio; y, finalmente, en caso de falta de prueba de hechos trascendentales, el juez emitirá su decisión o resolución con los elementos aportados al proceso.

En el Ecuador, con la implementación de la nueva norma procesal, se transformó la forma de desarrollar los procesos, especialmente en la parte de la obtención y práctica de pruebas. Con la nueva norma, se deben adjuntar todos los medios probatorios que se encuentren al alcance del accionante (documental, pericial, anuncio de testigos, etc.) en el acto de proposición, y las pruebas que no estén a su alcance, se las debe detallar, y solicitar su obtención con el auxilio judicial. Dicha petición debe ser fundamentada, de tal manera que el propio actor sea quien las practique dentro de la audiencia correspondiente. De igual forma, se aplica la misma lógica para el demandado y su contestación a la acción planteada.

Dentro del artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, se ha establecido ciertos casos de inversión de la carga de la prueba, pero de manera explícita en la legislación ecuatoriana, no existe una norma en la que se permita al juez se disponga la aplicación de una dinámica probatoria, con el fin de que una u otra parte procesal practique determinada prueba, por encontrarse a su alcance.

A manera de ejemplo, cuando la contraparte (actor o demandado) tenga en su poder algún documento sumamente importante para el esclarecimiento de los hechos en conflicto, a petición de parte, dicho sujeto procesal deberá presentar el mismo, ante el juez hasta el día de la audiencia.⁸⁸ Ello no significa que quien presentó estos documentos deba practicarlos como prueba dentro de la audiencia, sino una vez que ha sido incorporados al proceso los mismos, el litigante que haya solicitado dicha presentación, es el encargado de producirla conforme las reglas procesales.

En definitiva, la dinámica probatoria se la debe aplicar, en los casos donde el juzgador identifique una extrema dificultad de los sujetos procesales en cuanto a la obtención de un medio probatorio, el cual debe ser debidamente justificado. Incluso debería demostrarse que quien pretende beneficiarse de uno u otro elemento de prueba, efectuó todas las diligencias necesarias para poder obtenerla, y que quien está en mejor posición para practicar dicha prueba es su contraparte.

⁸⁸ Ecuador, *Código orgánico general de procesos*, art. 220.- La parte que requiera un documento privado que se encuentre en poder de la contraparte, podrá pedir a la o al juzgador que ordene su presentación hasta la audiencia. Si el que se presume tenedor del documento confiesa que se halla en su poder, estará obligado a presentarlo.

Las afirmaciones, negaciones o la aceptación de los hechos por los sujetos procesales, posiciona al juez dentro de la esfera de las situaciones que han ocurrido entre ellos; es el punto de partida con el fin de identificar la conducta de uno de los litigantes, frente al reclamo ejercido por el otro, lo cual permite identificar la pugna de intereses que se han suscitado.

Capítulo segundo

La iniciativa probatoria del juez

1. ¿Qué persigue el aumento de poderes del juzgador?

Una vez que se ha analizado el cambio del sistema procesal que sucedió dentro del país, la aplicación de principios dentro de este nuevo esquema, así como todo lo referente a la presentación y práctica de los elementos probatorios conforme a las cargas respectivas, ahora es menester analizar lo referente a la iniciativa probatoria que posee el juzgador dentro del proceso judicial.

En cualquier ley o código procesal, es necesario establecer y delimitar cuáles serán las facultades y obligaciones del juez, por cuanto, el juzgador es el llamado o encargado de administrar justicia, en representación del Estado. En este sentido, en aplicación a los principios de la administración de justicia y de la función judicial, este aumento de poderes o facultades, busca afianzar el papel del juzgador como protector de los derechos fundamentales de los justiciables. Con ello se espera que los operadores de justicia, se involucren más en las causas que tramitan, teniendo una actitud más comprometida con la justicia.

Un trabajo eficiente en el ámbito de la justicia, es uno de los grandes objetivos que persigue el país con la implementación de la nueva norma procesal, es por ello que, dentro de un sistema procesal oral, se espera una actitud distinta del juzgador, a fin de que se comprometa mucho más con el proceso y con la justicia. Además, que se trata de evitar el retardo injustificado de las causas, por cualquier motivo, es decir, se implementa una nueva idea de solución rápida del litigio.

Un proceso moderno, tendiente a cambiar viejos estándares -como por ejemplo el sistema netamente escrito-, requiere un gran compromiso de todos sus participantes. Al respecto, Véscovi señala “se aumentan los poderes del juez para prevenir nulidades; rechazar peticiones indebidas o incidentes; dar a la demanda el trámite adecuado, y, en general, dirigir el proceso como protagonista.”⁸⁹ Por lo dicho, es importante que el juzgador tenga una posición central en el sistema de justicia, cuente con facultades para esclarecer la verdad del proceso, sin romper el equilibrio o igualdad entre las partes. Es

⁸⁹ Enrique Véscovi, *Teoría general del proceso* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999), 189.

por ello, que dichos poderes se han aumentado tanto el campo de la dirección del proceso, como en el campo probatorio.

Al establecerse a la tutela judicial efectiva como un derecho independiente dentro de la Constitución, este nuevo paradigma propende a que se cumpla con esta disposición, ya que el acceso, el debido proceso, la motivación y la ejecución de un fallo judicial no sería posible, si los juzgadores no tuvieran las herramientas necesarias, para realizar sus funciones como garantes de la justicia.

Son estas entonces, las razones por las cuales se les ha dado mayores atribuciones o facultades a los administradores de justicia, además con el fin de que en la sustanciación de estos procesos se aplique los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal. Siguiendo esta línea constitucional, el Código Orgánico de la Función Judicial aumenta los poderes, facultades y obligaciones de los jueces, con la finalidad de un ejercicio apropiado de la justicia, detallando igualmente entre estas facultades, las de dirección y ordenamiento de los procesos que se encuentran a su cargo.⁹⁰ Con ello se complementa lo que menciona la Constitución, respecto a una justicia más ágil y oportuna.

Sin duda alguna, los poderes o facultades procesales, son los instrumentos o herramientas que la ley le ha concedido al juez, para el óptimo desempeño de la función jurisdiccional, y dentro de ella, de sus facultades estructurales -dirección- y sustanciales -relación de sí con las partes-,⁹¹ afianzando la correcta aplicación de los principios generales de la administración de justicia. Con la nueva legislación, el juez actúa como director del proceso en las diligencias judiciales, en aplicación del principio de inmediación. Todo ello, con la finalidad de que no exista dificultad a la hora de acceder al proceso, evitar la demora y congestión en la tramitación del mismo.

El inciso segundo del artículo 172 de la Constitución, se refiere a la debida diligencia de los servidores judiciales. Este término se refiere a la necesaria búsqueda de agilidad dentro de la administración de justicia. Es respecto a este punto en donde, la posición activa del juez, ayuda en muchos casos a conseguir dicha agilidad, la cual va de la mano con un debido desarrollo del proceso.

⁹⁰ Vanesa Aguirre Guzmán, *Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador* (Quito: Ediciones Legales / UASB-E, 2012), 32-3.

⁹¹ Salvatore Satta, "Los poderes del juez", en *Actos del juez y prueba civil*, coord., Fernando Quinceno Álvarez, 63. La facultad estructural, se refiere a que, el juzgador es el llamado a velar por el estricto cumplimiento de todos los términos y fases del desarrollo del litigio, conforme la estructura que se ha determinado en la ley. La facultad sustancial es la relación entre la jurisdicción y la acción.

Con la oralidad, el proceso se transforma en público y su socialización a terceros es mediante la o las audiencias, con ello existe la posibilidad de conformar una fiscalización ciudadana de las actuaciones realizadas, una especie de control de la actividad jurisdiccional por parte de los usuarios de la función judicial, ello se puede alcanzar con una aplicación eficaz del principio de publicidad del proceso⁹². Esta publicidad está enfocada al acceso del proceso a terceros. Solo un proceso oral y concentrado permite una verdadera publicidad, consecuentemente, sin oralidad no existe publicidad.⁹³

No todos los poderes o facultades otorgados a los juzgadores pueden ejercerse discrecionalmente, sino dentro de las formas que prevé la ley y dentro de los términos establecidos para el efecto. El aumento de poderes va encaminado a que las actuaciones dentro del proceso, sean más eficientes, que se destierre las dilaciones injustificadas, es decir, abarcar una mayor ejecución de actuaciones procesales en un solo acto, como manifestación del principio de concentración.

2. La prueba de oficio como manifestación de las atribuciones del juez

El proceso, es el medio por el cual se acude a la administración de justicia con el fin de reclamar la tutela de un derecho. Con la nueva visión implementada, este proceso concentra la mayoría de sus actuaciones en una audiencia, la misma que se desarrolla en fases, dentro de las cuales, se encuentra la etapa o actividad probatoria, donde los litigantes, anunciarán y practicarán todos los elementos que crean que son convenientes para justificar lo mencionado en sus pretensiones o excepciones.

Es por ello que, al no estar claro cómo ocurrieron los hechos controvertidos, aparece la atribución o facultad del juzgador de decretar la práctica de pruebas por su iniciativa.

A todo esto, es conveniente dar una definición sobre lo que es la prueba de oficio o también denominada prueba para mejor resolver. Peyrano, define a la prueba de oficio como las “facultades discrecionales que puede emplear el tribunal preocupado de la sospecha de que las pruebas aportadas al proceso, no son suficientes para esclarecer la

⁹² Ecuador, *Código orgánico general de procesos*, art. 8. La información de los procesos sometidos a la justicia es pública, así como las audiencias, las resoluciones judiciales y las decisiones administrativas.

⁹³ Juan Montero Aroca et al., *Derecho Jurisdiccional: parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 386-7.

verdad real o ‘histórica’, en tanto en cuanto a su ejercicio se erija en un mero correcto del principio dispositivo y no en su verdugo.”⁹⁴

Las pruebas para mejor resolver, se han ido desarrollando dentro del derecho, siendo un tema de mucha discusión y sobre todo de debate. Se ha discutido hasta qué punto dichas pruebas ordenadas por el juez, guardan compatibilidad con el principio dispositivo, consagrado como unos de los ejes fundamentales de la administración de justicia en el Ecuador.⁹⁵ El enfoque de esta facultad es buscar la verdad de lo ocurrido, más allá de la verdad procesal, lo que sin duda genera posiciones diferentes en relación a su aplicación.

La prueba oficiosa, no es figura de *nova data*, por el contrario, es una atribución que nace de los postulados de la Ordenanza Procesal Austriaca de 1895, cuyo impulsor fue Franz Klein. En dicha ordenanza se mencionaba que el código francés de aquella época -finales del siglo XIX- investía al juez de poderes de largo alcance en la dirección del proceso,⁹⁶ lo cual incluía el poder de disponer la práctica de pruebas desde su iniciativa.

Esta teoría, fue acogida por el autor italiano Giuseppe Chiovenda, quien defiende esta idea doctrinaria, y concuerda que los jueces dentro de sus poderes de dirección -desde el inicio hasta el final-, pueden aportar pruebas en el desarrollo del proceso.

Los códigos procesales latinoamericanos han optado por recoger esta teoría e incluirlo en su normativa. La atribución de que el juez ordene la práctica de pruebas para mejor resolver o de oficio, es una cuestión que no ha estado exenta de polémica. Sus detractores señalan que, a través de este mecanismo se tiende a mejorar la prueba de la parte procesal que ha actuado o ha sido negligente dentro del litigio, contraviniendo principios procesales como el dispositivo y el de imparcialidad.

La ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador, acerca de la prueba de oficio, ha mencionado lo siguiente:

⁹⁴ Jorge Walter Peyrano. “Medidas para mejor resolver”, en *Elementos de derecho probatorio*, dir. Jorge W. Peyrano (Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2017), 373.

⁹⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 168 núm. 6. Cap. cuarto, “Función Judicial y Justicia Indígena”. Aquí se menciona que “la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”.

⁹⁶ Remco Van Rhee. “Tradiciones europeas en el procedimiento civil; una introducción”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 15 (2011): 20, http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej15/VAN%20RHEE%20_6_.pdf. La posición ideológica de Klein era tener un juez activista, el cual resuelve la controversia puesta a su conocimiento en el menor tiempo, para el beneficio de la sociedad.

TERCERO: Al estudiar los caracteres de las medidas para mejor proveer, autores conocidos, como Alsina, Sentis, Melendo, Moreno Dubois, Dante Barrios, Davis Echandía y otros, coinciden en que se trata de “una facultad ordenatoria (sic) del Juez”, es decir, de un poder discrecional otorgado por la ley para el esclarecimiento de la verdad, que las “partes no pueden exigir ni instar a su producción.” Además los procesalistas enseñan que para ordenar medidas, como la dictada por la Segunda Sala de la Corte de Guayaquil, “para el esclarecimiento del caso...”, se requiere que el Juez carezca de convicción firme acerca de la justa solución del litigio, no la carencia probatoria, sino la abundancia de medios que se contradicen entre sí, de modo tal que dejan al Juez sumido en la perplejidad de la duda, al no saber a quién dar la razón.⁹⁷

Esta facultad probatoria es de gran importancia en el análisis de este estudio, ya que “se espera del juez una decisión que permee el tejido social, porque requiere solucionar las controversias, los conflictos y las pretensiones jurídicas particulares y al mismo tiempo el respeto por los derechos fundamentales y las garantías constitucionales.”⁹⁸ Es por ello que esta facultad, -a pesar de ser considerada en la práctica como complementaria-, en ciertas ocasiones se vuelve necesaria, en función de fortalecer el principio de verdad.

No se debe interpretar que la prueba para mejor resolver implica una actitud parcializada del juez, sino más bien, que con esto se procura hallar la verdad. En este sentido, Santiago Andrade Ubidia sostiene que “el nuevo enfoque de la razón de la existencia del Estado y de sus deberes primordiales trae como consecuencia que se precise un nuevo papel para el juez *como garantista de los derechos*.”⁹⁹ Es decir que, dentro de la contienda legal propuesta, el juez debe buscar la verdad de los hechos propuestos, aplicando así un verdadero ejercicio de la tutela judicial efectiva.

Tomando como apoyo lo mencionado por el autor colombiano José Luis Blanco, la prueba de oficio o prueba para mejor resolver tiene dos finalidades. La primera, es su significación práctica, por cuanto está encaminada a la aproximación a ese valor jurídico de la justicia, dilucidando la verdad de los hechos, con las limitaciones que la misma ley ha previsto para el efecto y en base a las afirmaciones de las partes. Y, la segunda, es evitar sentencias inhibitorias o la declaración de nulidades procesales, mediante el

⁹⁷ Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil, “Sentencia de Casación”, *Gaceta Judicial No. 13. Serie No. 15*, 13 de octubre de 1991, 3942. Juicio de demarcación de linderos que sigue Marco Oviedo Fierro en contra de Carlos Vayas.

⁹⁸ Ramírez Carvajal, “Facultades Probatorias del Juez en el Estado Social de Derecho”, en *Confirmación Procesal*, dirs. Adolfo Alvarado Velloso y Oscar Zorzoli, 233.

⁹⁹ Santiago Andrade, “La función Judicial en la vigente Constitución de la República, en *La nueva constitución del ecuador. Estado, Derechos e Instituciones*, eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (Quito: Corporación Editora Nacional, 2009), 240.

descubrimiento de maniobras fraudulentas en detrimentos de terceros, asegurando de una forma efectiva, la igualdad de las partes procesales.¹⁰⁰

En contraposición con esta facultad del juzgador, existe una corriente según la cual al juez solo se le deben otorgar poderes de dirección procesal y no poderes materiales dentro de la causa, ya que se podría convertir en un dictador del proceso, por la facultad de aportar medios probatorios, e incluso aportar hechos a la causa en controversia.¹⁰¹

En definitiva, que el juzgador maneje los tiempos del proceso -de acuerdo a la ley- teniendo actividad probatoria de oficio, no lo hace autoritario, sino más bien, hace que la verdad del hecho litigioso salga a flote, y en base a ello, se obtenga una resolución acorde a lo que originó el conflicto entre las partes. Sería erróneo pensar que un juez por aplicar un facultad procesal -de la cual esta investida-, este parcializado a una u otra posición en debate, en la decisión que va tomar.

3. Facultad legal para disponer práctica de pruebas por parte del juzgador

Las facultades y potestades que se han atribuido a un juez, se han venido dando a través de varios ordenamientos jurídicos, pues su papel es de trascendental importancia al momento de administrar justicia. Su rol ha evolucionado, pasando de ser un simple aplicador de la ley o un mero espectador, a un rector y director del proceso, dentro del cual dispone de poderes y facultades, que deben ser aplicadas conforme el desarrollo del mismo. Esto no significa que el juez pueda caer en una gestión de autoritarismo frente a los sujetos procesales, sino que, está llamado a encaminar el normal desenvolvimiento del litigio, dentro de los parámetros establecidos en las normas procesales.

Una vez que el juzgador ha conocido los hechos en conflicto, las partes procesales deben presentarle todos los elementos que generen su convicción y demuestren la verdad de lo ocurrido y cuál fue el motivo por el que surgió la controversia. Esto con la finalidad de que el juez pueda valorar dichos elementos, servirse de ellos y emitir su resolución, conforme lo alegado y probado por los intervinientes en el proceso.

Apoyado en esta idea de que tenía que conocer la verdad el juzgador, la Ley XI del Fuero Real de España, decía que cuando las personas contiendan sobre algún pleito

¹⁰⁰ José Luis Blanco Gómez, *Sistema dispositivo y prueba de oficio* (Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1994), 103-5.

¹⁰¹ Andrés Bordialí Salamanca, “Sobre los poderes del juez en un modelo procesal civil”, en *Proceso Civil: hacia una nueva justicia civil*, coords. Andrés de la Oliva Santos y Diego Palomo Vélez (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 179.

de juicio, los jueces deben ser acuciosos en tratar de saber la verdad de lo ocurrido, por cuantas maneras fueran necesarias.¹⁰² Esto era el primer paso para que el juez tenga iniciativa probatoria, la misma que toma más fuerza dentro del sistema inquisitivo, en un primer momento solo en el ámbito penal, pero con el pasar de los tiempos se extendió a conflictos en el ámbito civil, apareciendo de forma nítida en la Instrucción del Marques de Gerona, en el mes de mayo de 1854,¹⁰³ y siendo ratificada en la Ley Española de Enjuiciamiento Civil de 1885, la cual estuvo vigente casi en todo el continente.

Ahora bien, si lo propuesto por las partes -en materia probatoria-, no llega a ser suficiente para que el operador de justicia tenga la plena convicción para resolver la controversia, (en aplicación a las facultades otorgadas) podrá el juez disponer por cuenta propia la realización de actividades probatorias, con el fin de dilucidar las dudas que han surgido o formar un mejor criterio para la decisión final, siendo que ello no perturba ni su esencia de juzgador, ni su imparcialidad u objetividad frente a los litigantes.

Dentro de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, se expresa que: “el magistrado tiene poderes suficientes como para procurar el esclarecimiento de la verdad, cuando ella se oculta detrás de la argucia, la deslealtad o el fraude de un litigante (...), hay una tendencia más acusada, aun en los países de estructura liberal democrática, a permitir la iniciativa de oficio, en todos aquellos casos en los cuales la voluntad privada no basta para ofrecer las garantías necesarias.”¹⁰⁴

Cabe señalar que la prueba de oficio, no es nueva dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. La primera vez que aparece esta facultad en la legislación, es en el año de 1907, dentro del Código de Enjuiciamientos en materia civil,¹⁰⁵ en la cual existían dos normas que señalaban la facultad probatoria del juez. La primera de ellas, señalaba que el juez puede de su iniciativa, ordenar las pruebas que crea necesarias con el fin de clarificar la verdad en cualquier estado de la causa antes de la sentencia y como excepción, se prohibía que se decreta la práctica de prueba testimonial. Y, la segunda, se daba en el caso que los jueces no encontraran suficiente claridad en el accionar de los peritos, podían ordenar de oficio que se realice un nuevo examen o informe, y es el juez quien de forma directa designaba al nuevo perito.

¹⁰² Adolfo Alvarado Velloso, *Debido proceso versus pruebas de oficio* (Bogotá: Temis, 2004), 33.

¹⁰³ *Ibíd.*, 34. Art.- 65 “Los Tribunales y jueces podrán decretar para mejor proveer con citación de las partes, la práctica de cuantas diligencias estimen (sic) convenientes”.

¹⁰⁴ Hernando Devis Echandía, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, n.º 1 (1965), 21.

¹⁰⁵ Ecuador, *Código de enjuiciamientos en materia civil*, Registro Auténtico 1907, 19 de octubre de 1907. Art. 143 y art. 80.

Con ello, la facultad de ordenar prueba de oficio o también denominada prueba para mejor resolver, está enfocada para el esclarecimiento de hechos relevantes y de gran incidencia dentro del proceso, teniendo como meta el encontrar la verdad, para lo cual, el juzgador ejercerá sus funciones y atribuciones con estricto apego a la Carta Fundamental y toda la normativa pertinente. En otras palabras, como lo menciona García Ibarra, “[P]ara lograr el cometido de la prueba para mejor resolver, el principal planteamiento que se ha efectuado es precisamente el de ampliar las facultades y poderes del juez, en cuanto a la instrucción del proceso y especialmente a la actividad probatoria que se desarrolla.”¹⁰⁶

Como se observa, la tendencia de esta iniciativa probatoria, es la de tener la plena convicción de cómo ocurrieron los hechos y cuál es la realidad de los mismos. Dicha atribución no ha sido utilizada de una forma espontánea por el juzgador, por cuanto existe el temor de ser “acusado” -por alguna de las partes- de no ser imparcial dentro del proceso.

El Código de Procedimiento Civil¹⁰⁷ (cuyo apareamiento se dio en julio del año 1918 y fue derogado casi en su totalidad en el año 2016), reconocía la prueba de oficio, con la misma excepción señalada, esto es la prohibición de solicitar la práctica de la prueba testimonial.

Cabe señalar que, en el año 2009, en razón de la promulgación de la nueva Constitución de la República, se publicó el Código Orgánico de la Función Judicial. En dicho cuerpo normativo aumentaron los poderes y facultades del juzgador dentro del proceso, en razón de que se propendía implementar la oralidad en todos los procesos e instancias judiciales, y entre una de estas potestades, se establece la facultad jurisdiccional de ordenar por su iniciativa, la práctica de las pruebas -con las limitaciones establecidas-, que se consideren necesarias para el esclarecimiento de la verdad¹⁰⁸, sin que ello signifique beneficiar a alguno de los sujetos procesales.

Esto indica que, el ordenamiento jurídico procesal y estructural, ha otorgado facultades y deberes (poderes) fundamentales al juzgador, con el fin de que el proceso judicial sea desarrollado en aplicación de sus principios rectores. La implementación de estos instrumentos, debe ir acompañada de un análisis, sobre la forma que ocurrieron los hechos puestos a su conocimiento. Como director del proceso, el juez tiene plenas

¹⁰⁶ Gabriel Alfredo Cabrera Ibarra, *Derecho probatorio: compendio* (Caracas: Vadell Hermanos, 2014), 356.

¹⁰⁷ Ecuador, *Código de Procedimiento Civil*, Registro Oficial Suplemento 58, 12 de julio de 2005, art. 118. “Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad (...) Exceptúese la prueba de testigos que no pueden ordenarse de oficio.”

¹⁰⁸ Ecuador, *Código orgánico de la función judicial*, artículo 130 numeral 10.

facultades para decretar la práctica de pruebas con el fin de proveer de mejor manera la resolución del conflicto, formando una convicción plena de lo sucedido y que originó el litigio.

En la administración de justicia, se presentan dos realidades. Para Chioventa,¹⁰⁹ existe un juez dotado de todos los poderes procesales necesarios para dilucidar la verdad, el mismo que los utiliza para alcanzar dicho fin, pero también en contrario a ello, existe el juzgador que se encuentra sometido a la iniciativa de las partes procesales. En la práctica de la realidad ecuatoriana, ninguna de las dos posiciones es absoluta, pues muchas de las ocasiones las leyes procesales han combinado estas porciones. En otras palabras, el juez posee una herramienta para formarse un convencimiento, aun con dependencia de la voluntad de las partes.

En referencia a aquello, Diana Ramírez señala que “el proceso debe ser orientado hacia la búsqueda de la verdad, *no se puede hacer menos que reconocer que la actividad probatoria de las partes puede no ser suficiente* – y de hecho en muchos casos no lo es – para alcanzar la verdad de los hechos”¹¹⁰ (énfasis añadido). Al respecto, hay que diferenciar dos cuestiones: la una es que la actividad probatoria no sea suficiente, pero entrega información con la cual se puede descubrir lo ocurrido en el hecho controvertido, y otra cosa es que, los medios probatorios entregados o incorporados al proceso sean inadecuados o impertinentes, ello en cambio generaría la certeza en el juez de que aquella parte se encuentra litigando de mala fe.

En contraposición a todo lo analizado, y pese a que esta facultad no es nueva y que ha permanecido vigente, existe una tendencia doctrinaria que no está de acuerdo con la prueba de oficio. Esto se produce por que un grupo de juristas, a quienes se ha denominado como los “revisiónistas”, encabezados por el profesor español Juan Montero Aroca, dentro de sus postulados, mencionan que un juez con poder de ordenar pruebas, como parte de sus facultades materiales, se convierte en autoritario, rompiendo así con el principio dispositivo y la con la imparcialidad que debe mantener dentro del proceso.

Así mismo, uno de los mayores detractores de esta tesis, es Adolfo Alvarado Velloso, quien señala que:

Si el juzgador (en situación de clara ajenidad o de neutralidad) respecto de las partes procesales, es obvio que no debe hacer ni puede aceptarse bajo pretexto alguno que haga

¹⁰⁹ Giuseppe Chioventa, “Deberes y poderes del juez”, en *Actos del juez y prueba civil*, coord. Fernando Quinceno Álvarez, 80.

¹¹⁰ Diana Ramírez Carvajal, *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil*, (Bogotá: U. Externado de Colombia / Editor La Ley, 2006), 16.

lo que constituye esencial tarea propia de toda parte procesal: introducir hechos en el proceso mediante su afirmación en la demanda o en la contestación, negar la existencia de los hechos afirmados, probar los hechos negados, alegar acerca de ellos etc. De donde surge la clara imposibilidad lógica de que él asuma tareas que no le incumben como tercero, cual la de probar oficiosamente los hechos alegados por las partes.¹¹¹

Lo dicho por Alvarado Velloso, en cuanto a que el juzgador no puede asumir el papel de parte procesal (no debe afirmar pretensiones ni introducir hechos), debido a que es un tercero imparcial, es plenamente aceptable dado que evidentemente, esa no es la función del juez dentro del litigio. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la facultad oficiosa del juez no significa que tenga la facultad legal de practicar una prueba por su cuenta de manera arbitraria.

La idea deliberada de una afectación a la imparcialidad del juez frente a las partes procesales, no puede permitir que aquello imposibilite la práctica de una prueba determinante dentro del litigio, e impida que el juzgador cuente con los elementos suficientes para emitir una resolución judicial justa y garante de los derechos de las partes intervinientes en la contienda.

A pesar de que el sistema dispositivo¹¹² determina que actor y demandado tienen -en el proceso- la libertad para deducir los derechos que son reclamados, deberes, posibilidades y cargas que condicionan el inicio y el desenvolvimiento procedimental de los diferentes tipos de procesos que determina el COGEP, no es menos cierto que la iniciativa probatoria del juez es procedente solamente a los hechos que han sido fijados como puntos del debate dentro del juicio y que de una u otra manera no han sido acreditados de manera suficiente a criterio del juzgador. Por lo dicho, el único propósito de la prueba de oficio, es la búsqueda de la convicción judicial dentro del proceso.¹¹³

Esta facultad se la debe observar como un beneficio para el proceso y como un instrumento encaminado a hallar la verdad de lo ocurrido. La facultad probatoria del juez, no está enfocada a la violación de los principios procesales, ni mucho menos al perjuicio de alguna de las partes, peor aún se la ha plasmado para suplir las falencias que hayan cometido los litigantes, o cometer arbitrariedades para beneficiar a uno u otro, sino que se la ha estipulado en búsqueda de efectivizar una verdadera tutela judicial efectiva.

¹¹¹ Adolfo Alvarado Velloso, “La imparcialidad judicial y la prueba oficiosa”, en *Confirmación Procesal*, coords. Adolfo Alvarado Velloso y Oscar A. Zorzoli, 16-7.

¹¹² Ecuador, *Código orgánico general de procesos*, art. 5.

¹¹³ Víctor Obando Blanco, *Proceso Civil y el Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva* (Lima: ARA edit., 2011), 247.

Dentro del litigio puede suceder que, en la exposición de las partes en referencia al desarrollo real de los hechos, no se llegue a producir en el juez la convicción de la certeza, por cuanto no se aclara los acontecimientos que motivaron la controversia.¹¹⁴ Esto lleva a que el juzgador asuma la responsabilidad de la comprobación de la verdad de dichas circunstancias, dado que el procedimiento se rige por el principio de la llamada verdad formal o de la verdad material, donde el operador de justicia debe ser cauteloso tanto en la sustanciación, como en el disponer la producción de una prueba de oficio.

Obviamente, no hay que esperar que el juzgador sea quien lleve el ejercicio de la carga probatoria, en vista de que, es cuestión de cada participante del proceso proporcionar los elementos necesarios para demostrar su pretensión, pues si el juez suple esta cuestión, entraríamos en el conflicto con el principio dispositivo.

Cuando no se han practicado las pruebas que se han anunciado dentro del juicio, o en su defecto, estas sean inadecuadas, es obvio que ello va a influir en la resolución del proceso, la cual muy probablemente, deberá ser desfavorable para la parte que no actuó con responsabilidad, rechazando la pretensión.

4. Eficacia probatoria de las partes

Las normas sobre la carga probatoria, se encuentran contenidas en el nuevo Código Orgánico General de Procesos, en el cual se impone claramente que es deber de las partes procesales demostrar de forma fehaciente los presupuestos, tanto de su acción como de su contradicción (si es que esta contiene hechos afirmativos). Se debe tomar en cuenta que, quien propone la demanda es quien lleva la carga de la prueba en relación a los presupuestos de la solicitud planteada.¹¹⁵ Esta actividad probatoria a primera vista sería una actividad ilimitada, puesto que, deben acompañar a sus actos de proposición todas las pruebas que consideren convenientes para la resolución de la contienda judicial.

El sistema plantea un litigio de armas abiertas, en el cual los litigantes no pueden guardar ninguna prueba “sorpresa” siendo que dichos elementos probatorios se encuentran en conocimiento de ambas partes procesales, para ejercer su defensa y contradicción.¹¹⁶ Hay que tener como una consideración importante, que una limitación procesal de la libre presentación de pruebas -con el nuevo ordenamiento jurídico-, es que

¹¹⁴ Leo Rosenberg, *La carga de la prueba* (Buenos Aires: Editorial B de F, 2002), 16.

¹¹⁵ *Ibíd.*, 439.

¹¹⁶ Jorge Luis Mazón, *Ensayos críticos sobre el COGEP* (Quito: Legal group, 2018), 134.

las mismas deben guardar íntima relación con el objeto de la controversia (pretensiones y excepciones). Por tanto, las pruebas deben pasar por un proceso de admisibilidad, previo a su producción dentro de la audiencia respectiva (única o de juzgamiento), por cuanto pueden ser calificadas de impertinentes o “inútiles” para la solución del conflicto, siendo ello una responsabilidad de la parte procesal que las presentó.

La eficacia probatoria dentro del proceso, está enfocada a la demostración de la realidad de los hechos ocurridos entre los litigantes, que ahora están en controversia, (que han sido puesto a consideración del juzgador, para que por su intermedio se pueda solucionar dicho conflicto), la cual se la efectuará mediante la presentación de cualquier medio o elemento de prueba, de los que se encuentran establecidos en la norma procesal. Ello permitirá desarrollar un proceso adecuado en miras a obtener la mejor respuesta jurídica posible, conforme a lo aportado por los sujetos procesales.¹¹⁷

Es así que, si existe algún medio de prueba que no se encuentra en poder de algunas de las partes o que el acceso al mismo, este supeditado al requerimiento de una autoridad judicial, se puede solicitar el auxilio del órgano jurisdiccional para asegurar la obtención del elemento probatorio que se considere necesario,¹¹⁸ el cual será incorporado al proceso, con la finalidad de que en la audiencia correspondiente se realice su producción y contradicción.

Una vez que se hayan presentado u obtenido todos los medios de prueba, estas se anunciarán en su totalidad dentro de la audiencia respectiva, en la cual se discutirá sobre su admisibilidad, determinando si dichas pruebas cumplen con los requisitos de licitud, pertinencia, conducencia, idoneidad, utilidad y necesidad. La responsabilidad de admitir o no la práctica de lo anunciado, recae en el juzgador, en aplicación de sus facultades directrices del proceso.

Vale la pena hacer hincapié que, la debida diligencia y responsabilidad para que las pruebas cumplan los requisitos antes detallados y puedan ser admitidas, son exclusivas de los litigantes y responden a la estrategia procesal de defensa que se haya escogido.

De modo que es importante revisar cada uno de estos requisitos que deben cumplir los medios probatorios, siendo el primero de ellos *la licitud*, que se refiere a que se debe obtener las pruebas sin violación a la Constitución, a la ley, al debido proceso o ser

¹¹⁷ Francisco González de Audicana, “La verdad judicial como complemento a la convicción del juzgador en los procesos civiles dispositivos”, en *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso administrativo*, dirs. Xavier Abel Lluch, Joan Picó i Junoy y Manuel González (Madrid: La Ley, 2011), 260.

¹¹⁸ Ecuador, *Código orgánico general de procesos*, art. 159.

contrario a la lealtad procesal. Luego de ello se encuentra *la pertinencia*, que es la relación directa del elemento probatorio y el hecho controvertido; con ello deviene la *conducencia*, que es la aptitud del contenido intrínseco y particular del medio probatorio para demostrar el hecho que se sustenta dentro del juicio, conduce al juzgador a la resolución del conflicto. La *idoneidad* y la *utilidad* tienen una íntima relación y se refieren a las aptitudes de los medios de prueba que están enfocados a establecer la existencia o lo ocurrido sobre un hecho controvertido, el mismo que no haya sido ya comprobado por otro medio de prueba pertinente y conducente.¹¹⁹

Por esta razón, los medios o elementos probatorios que las partes procesales han acompañado a sus actos de proposición o las han anunciado, deben ser pruebas directas, plenas, concluyentes, contundentes, que guarden relación con los hechos en disputa, con la finalidad de que el juzgador al momento de valorarla, pueda formar una convicción definitiva e inequívoca de lo sucedido, y en base a ello emitir la resolución del conflicto. Pero si, por el contrario, surge una duda de cómo ocurrieron los hechos y que dieron origen al litigio, el operador de justicia debería decretar la práctica de pruebas para mejor proveer, cuidando de una manera especial no suplir la carga probatoria del actor o del demandado, por culpa o irresponsabilidad de los mismos.

Finalmente, la eficacia probatoria de los sujetos procesales, se encuentra ligada a la carga de la prueba, pues un correcto aporte de medios y elementos probatorios, conlleva a la resolución justa del conflicto, y hará posible una eficaz administración de justicia. Por el contrario, si existe una forma inadecuada o ineficaz de presentar todo el material probatorio, en primer lugar, se ocasionaría una pérdida de dinero y de recursos tanto de los litigantes como al Estado, y en segundo lugar, el juez en su compromiso de buscar la verdad de lo sucedido, utilizará sus facultades oficiosas, lo cual, también conllevará emplear tiempo y en ciertos casos recursos de tipo económico.

5. La prueba de oficio en el código orgánico general de procesos

En el país, el desarrollo de los procesos no penales, tienen su base en el sistema dispositivo, pero hay que resaltar que, dentro de estas normas procesales existen algunos elementos del sistema inquisitivo, en virtud a ello, se estableció la facultad de decretar

¹¹⁹ Guarderas, Cañas y Hernández, *Código orgánico general de procesos. Manual práctico y analítico*, 69-72.

prueba para mejor resolver,¹²⁰ siendo que, nuestro sistema procesal presenta una mixtura en este aspecto.

Sin duda, en el proceso judicial, la obtención y práctica de los diferentes tipos de prueba, es una de las partes medulares o fundamentales del mismo, y su incidencia en la resolución del conflicto es trascendental. A consecuencia de que, los medios probatorios son aquellos elementos utilizados para determinar la verdad de los hechos en litigio dentro del proceso. Los cuales son anexados o incorporados por las partes procesales (actos de proposición), conforme su carga de la prueba, siendo que el legislador ha creído conveniente establecer dentro de las normas procesales, la facultad de decretar la práctica de pruebas por iniciativa del juez.

De manera que, esta atribución tiene relación directa en el Código Orgánico General de Procesos, enfocado a obtener los elementos probatorios necesarios, que lleven al juez a la verdad del proceso, aprovechando así las capacidades que se le ha otorgado (como ente activo del proceso), con el fin de que su decisión se encuentre basada en una verdad probada.¹²¹ Siendo que, una vez que se dispone ejecutar una prueba de oficio (para su posterior práctica), esta debe ser cumplida o acatada por las partes de manera obligatoria, sin que este sujeto a ninguna discrecionalidad, so pena de aplicar los mecanismos disciplinarios existentes para el cumplimiento de órdenes judiciales emitidas dentro de la causa.

El proceso al tener como objetivo práctico la resolución de un conflicto, tiende a enfocar al conocimiento del juez, los hechos que sucedieron en el pasado y que originaron la controversia, para ello, la práctica de pruebas se encuentra enfocada a la demostración de la verdad de dichos hechos, en la cual es necesaria una participación activa tanto de las partes procesales como del juzgador. Esto último, no debe conllevar a pensar ni a suponer, que no se encuentra garantizada su independencia o imparcialidad, ya que es una facultad legal como se ha observado.

El juez debe buscar una certeza acerca de cómo ocurrieron los hechos, esclarecer la verdad de los mismos, sin que ello signifique que pueda alargarse indefinidamente el proceso, por las medidas que se adopte para dicho fin. No debería adoptar la idea de que la verdad procesal, sea aceptada como verdad última, con el objetivo de poner fin al

¹²⁰ Ecuador, *Código orgánico general de procesos*, art. 168.

¹²¹ Loly Gaitán Guerrero, "La prueba de oficio en el proceso civil: ¿imparcialidad del juez e igualdad de las partes?". *Revista de Derecho Privado*, n.º 43 (2010): 11-2. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033192005>.

conflicto.¹²² Es aquí, donde este rol oficioso se vuelve preponderante y aparece en escena las denominadas medidas para mejor proveer o prueba oficiosa, en miras de un proceso justo.¹²³

A manera de ejemplo, dentro de un procedimiento sumario de fijación de pensión alimenticia en primera instancia,¹²⁴ como prueba documental la accionante presentó copias simples de varios contratos que tenía el demandado con el Estado, con ello, se quería demostrar los ingresos que percibía por su actividad profesional. Dentro de la audiencia, al ser copias simples, el obligado principal, pidió que no se tome en cuenta esta prueba, por cuanto, dichas copias no pueden ser consideradas como medios probatorios, lo cual ocurrió.

Pero aquí consideró la juez *a quo*, que la carga de la prueba que demuestre los ingresos que percibe es de responsabilidad del demandado, y al existir copias simples de contratos que generan utilidad e ingresos, determino que es trascendental el obtener la información correspondiente de dichos contratos, por lo que, suspendió la audiencia, se ofició al Servicio Nacional de Contratación Públicas, para obtener dicha información, que sirvió de base, para la fijación de la pensión alimenticia solicitada por la demandante.

Algo que es importante dentro de esta atribución probatoria, es que la prueba para mejor resolver nace de la iniciativa del juzgador (tiene un origen distinto al habitual), pero ello no significa que no se deban respetar las reglas procesales en cuanto a su producción y valoración. Las partes, en primer, lugar deben contar con el tiempo necesario para conocer los resultados de la prueba dispuesta. En segundo lugar, las partes no deben ser privadas de contradecir dicha prueba al reinstalar la audiencia correspondiente. Como otro ejemplo, si fuera una prueba pericial, se debe dar el espacio necesario para que se revise el informe que se haya realizado y luego de ello se realice el examen oral al perito.

Cabe señalar que existen algunos medios de impugnación a los que puede ser susceptible el auto que establezca la práctica de una prueba para mejor resolver (el mismo que es dictado en audiencia). En cuanto a la apelación -como recurso vertical-, este no

¹²² Mariana Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, *La argumentación en el derecho* (Lima: Palestra Editores, 2005), 395.

¹²³ María Eugenia Jiménez, “Principios de la prueba y el derecho probatorio en general”, en *Elementos de derecho probatorio*, dir. Jorge Peyrano, 311.

¹²⁴ Ecuador, Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la Parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito, “Sentencia”, en *Proceso sumario de fijación de pensión alimenticia No. 17203-2017-06319*, 14 de marzo del año 2018. <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

tendría lugar, por lo manifestado por la norma procesal, ya que, únicamente, son apelables los autos o decretos que hayan sido señalados expresamente en la ley, y este no es el caso.

En lo referente a los recursos horizontales, como la aclaración, ampliación, reforma y revocatoria, considero que los tres primeros serían susceptibles de interposición, por cuanto lo faculta el artículo 250 del Código Orgánico General de Procesos, y se podría enmendar cierto error o en su defecto explicar la finalidad de la prueba a practicarse, si el juez no lo fundamentará en debida forma dentro de la audiencia.

En lo referente a la revocatoria, el mismo no podría interponerse, por cuanto, el auto que decretar este tipo de pruebas, considero que es interlocutorio, y en razón de ello, no es susceptible de esta impugnación procesal. Además, que al ser una atribución exclusiva del juzgador no está en la voluntad de las partes, solicitar que se deje sin efecto dicha decisión, cuya finalidad es esclarecer las dudas de los hechos en conflicto.

6. Relación entre la prueba de oficio y la verdad

La facultad probatoria del juez, en la legislación procesal de diferentes países, está enfocada al esclarecimiento de la verdad de los hechos o la verificación de la verdad de los mismos. Es decir, que el enfoque que se le ha dado a ello, es indiscutiblemente para el esclarecimiento de la verdad, para que en base a la información que se ha recabado, emitir una resolución justa.

Si bien el Código Orgánico de la Función Judicial,¹²⁵ establece como uno de sus principios rectores la búsqueda de la verdad procesal, no es menos cierto, que la atribución y facultad de decretar prueba de oficio por el juzgador, está encaminado a la búsqueda de la verdad sin distinción.

Víctor Obando, señala con mucho acierto que las formas procesales deben adecuarse a las exigencias sustantivas, humanas y constitucionales. La verdad tiene que ser entendida en relación a la búsqueda de la convicción judicial, la cual se conecta con el objeto de otorgar la efectiva tutela de los intereses en litigio. Es importante que el juez encuentre la verdad material, puesto que será el camino de una sentencia justa y una decisión de calidad.¹²⁶ Por lo dicho, dentro del proceso se debe intentar llegar a la máxima aproximación posible de la verdad de los hechos controvertidos. En este contexto, la principal finalidad de la prueba es alcanzar el conocimiento de la verdad de los hechos

¹²⁵ Ecuador, *Código orgánico de la función judicial*, artículos 27 y 130.10.

¹²⁶ Obando Blanco, *Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*, 248.

ocurridos,¹²⁷ o la mayor aproximación a ella, orientado siempre a encontrar una solución jurídica justa, para la realización del derecho.

Michele Taruffo al respecto, menciona que existen enemigos que se oponen a que la verdad sea encontrada dentro del proceso, hablando inclusive que se ha efectuado, una “división o clasificación” de la verdad, esto en absoluta y relativa; y, a su vez en formal y material.¹²⁸ Esta última categorización, es la más utilizada dentro de los procesos judiciales, en donde también se asevera que la verdad material es la que debe aparecer solo en los procesos penales y para el ámbito civil, se debe enfocar solo en la verdad formal¹²⁹. Esto ocurría en los procesos civiles, por cuanto, en las normas procesales, existía una valoración de la prueba legal, lo que significaba que la misma ley era la que otorgaba el valor que se le debería asignar a un determinado elemento probatorio (documental, testimonial, etc.); es por ello, que se vendía la idea, de que en el proceso civil tenía solo que buscarse una verdad procesal o judicial.

Sobre la verdad formal, también conocida como verdad procesal, sustancial o judicial, se la define como “aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria. Dicha verdad formal puede coincidir o no con la (verdad) material (aunque a menudo se admite que es deseable que lo haga), pero sería aquella la que gozaría de autoridad jurídica.”¹³⁰ En cambio la verdad material, se la denomina también como objetiva o real, es la búsqueda de la realidad, de las circunstancias de los hechos, con independencia de como hayan sido alegados por las partes, la correspondencia del enunciado con el mundo.¹³¹

Estas concepciones de verdad material y verdad formal, hay que ir las superando, por cuanto, la verdad es una sola y es única su existencia. En palabras de Echandía,¹³² la verdad debe ser la certeza histórica, lógica y psicológica, con sus limitaciones naturales; tanto el sistema inquisitivo como el dispositivo persiguen la verdad, y la prueba aportada

¹²⁷ Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2005), 56.

¹²⁸ Michele Taruffo, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos* (México: Tribunal Electoral del Poder Judicial, 2013), 34-5. Los enemigos de la verdad, son aquellos que afrontan el problema en el plano filosófico general y que, por tanto, -restándole razón al concepto de verdad en ese plano- no podrían considerarlo dotado de sentido dentro de la dimensión más específica del proceso judicial. Entre ellos están, Heidegger y Richard Rorty.

¹²⁹ Hernando Devis Echandía, *Compendio de la prueba judicial*, (Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2000), 1: 17.

¹³⁰ *Ibíd.*, 62.

¹³¹ Miriam Maribel Ivanega, “El alcance del principio de verdad material en el procedimiento administrativo”, *AIDA Opera prima. Revista de la asociación internacional de derecho administrativo*, n.º 11 (2012): 199, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/opera-prima-derecho-admin/article/view/1488/1388>.

¹³² Echandía, *Compendio de la prueba judicial*, 123-4.

(de parte o de oficio) debe llevarle al juez al convencimiento o convicción de cuál es esa verdad de los hechos. La forma de llegar a la verdad puede ser real o formal, mas no se puede hablar de una verdad material o formal.

Para reafirmar esta idea, Taruffo ha señalado que:

No es cierto que existen dos verdades diferentes, una procesal y una extraprocesal. Por otro lado, no es cierto que fuera del proceso no haya límites al descubrimiento de la verdad, mientras que el proceso pone límites y, por eso, obligaría a averiguar algo distinto de lo que se podría saber por fuera del proceso. Como se acaba de decir, en realidad, cualquier verdad está relacionada con las informaciones en las que se funda y con los métodos que se manejan para comprobarla, y eso vale de la misma manera dentro del proceso y fuera de él. No existen, entonces, dos verdades diferentes y mucho menos existe una específica verdad típica del proceso y diferente de la verdad extraprocesal.¹³³

En definitiva, esta búsqueda única de la verdad, se verá reflejada en la decisión que tome el juzgador, mediante la correcta interpretación de los hechos que le fueron puestos a consideración, en el establecimiento de su realidad material, empírica e histórica. Es decir, la verdad se refiere a la correspondencia de lo que verdaderamente ocurrió con lo relatado por las partes procesales.

7. Análisis de derecho comparado.

7.1 Chile

Dentro de la legislación chilena, la prueba para mejor resolver, también es tomada como una facultad del juzgador¹³⁴, siendo que esta iniciativa probatoria se la puede ejercer tanto en primero como en segunda instancia. La misma se la puede disponer como una diligencia final dentro del plazo que se tiene para dictar o emitir la sentencia¹³⁵, si esta prueba de oficio es emitida fuera de dicho plazo, se la tendrá como no decretada.

El tiempo para dictar sentencia en la legislación chilena varía de acuerdo al tipo de procedimiento que se desarrolle, es así que en general las causas se deben resolver cuando su estado lo amerite, esto es, luego de los diez días que tienen los sujetos

¹³³ Taruffo, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, 36.

¹³⁴ Chile, *Código orgánico de tribunales – Ley 7421 de 1943*, publicado 09 de julio de 1943, modificado el 20 de septiembre de 2018 por la ley 21110. Art. 10. Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio. <https://www.leychile.cl/N?i=25563&f=2019-07-08&p=>

¹³⁵ Chile, *Código de procedimiento civil – Ley 1552 de 1902*, publicado 30 de agosto de 1902, modificado el 14 de mayo de 2019 por la ley 21159. Art. 159 inciso primero. <https://www.leychile.cl/N?i=22740&f=2019-05-14&p=>

procesales para realizar sus observaciones al examen de la prueba¹³⁶ y en el orden que se hayan concluido. Ello no ocurre dentro del juicio ordinario, en el cual la resolución se la debe pronunciar en el término de 60 días contados desde que la causa entre en estado de sentencia.¹³⁷

El artículo 159 del código procesal civil establece que únicamente se puede dictar de oficio como medidas para mejor resolver las siguientes: a) la agregación de cualquier documento con el fin de esclarecer el derecho de los litigantes, b) la confesión judicial de cualquiera de las partes sobre hechos que son de influencia en el litigio y que no han sido probados, c) inspección personal del objeto de la controversia, d) informe de peritos, e) comparecencia de testigos que hayan declarado en juicio, con el fin de aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios; y, f) presentación de un expediente judicial de forma física que tenga relación con el pleito tramitado, siendo que en este caso, dicho expediente se quedará en manos del tribunal que haya dictado la medida por el tiempo necesario para su examinación.

La providencia en la cual se decreta la práctica de una de estas medidas deberá ser notificada a las partes procesales y serán evacuadas en un plazo máximo de 20 días contados a partir de la fecha de la notificación efectuada. Si por cualquier circunstancia no se logró cumplir con la obtención de estas pruebas, las mismas se tendrán por no decretadas y el tribunal procederá a emitir la sentencia correspondiente. La providencia en la que se decreta la prueba por iniciativa del juez es inapelable, con excepción de lo que concierne al informe de peritos, el cual se concederá con efecto devolutivo.

Por otra parte, en segunda instancia el tribunal además de las pruebas para mejor resolver contenidas en la norma procesal (art. 159), podrá disponer la recepción de prueba testimonial que no figuren en la prueba que se haya practicado en primera instancia; teniendo como consideración especial que el esclarecimiento de los hechos sobre los cuales se va a realizar esta declaración, son estrictamente necesarios para la acertada resolución del juicio. Además de ello, el tribunal debe determinar sobre qué hechos va a recaer el testimonio y para su práctica abrirá un término especial de prueba que no podrá sobrepasar los ocho días. La lista de testigos debe ser presentada dentro del segundo día de que haya sido notificada la medida para mejor resolver.¹³⁸

¹³⁶ *Ibíd.*, art. 430.

¹³⁷ *Ibíd.*, art. 162.

¹³⁸ *Ibíd.*, art. 207.

El código procesal civil de esta nación, enumera de forma taxativa que tipo o cuales son las pruebas que se pueden decretar con el carácter de mejor resolver, a diferencia de la legislación ecuatoriana en la que existe una libertad más amplia por parte del juez para establecer qué pruebas son las cree convenientes disponer de oficio, con el fin de esclarecer la verdad de los hechos en conflicto.

Debiendo puntualizar que, en segunda instancia dentro del proceso civil chileno, se agrega una facultad amplia para la prueba testimonial, la cual ya no solo es aclaratoria y en base a los testigos que fueron ya anunciados como prueba en primer nivel, sino que ahora, es el tribunal de apelación quien determinará la lista de testigos que deberán comparecer al proceso a rendir su declaración, sobre los hechos que se consideren relevantes para expedir la resolución de la controversia.

7.2. Argentina.

Dentro de este país latinoamericano la iniciativa probatoria del juez, se encuentra dentro de sus deberes y facultades ordenatorias e instructorias (sic) dentro del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, donde se señala que los jueces o tribunales (primera y segunda instancia) aún sin el requerimiento de las partes deberán ordenar las diligencias que fueren necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, haciendo efectivo en todo momento el derecho a la defensa que tienen las partes.¹³⁹

Dentro de esta disposición normativa (art. 36 numeral cuarto) se señala de forma concreta que para en ejercicio de esta facultad podrán disponer: a) la comparecencia personal algunas de las partes procesales en cualquier momento con el fin de requerir las explicaciones que estimen necesarias para resolver el pleito, b) la comparecencia de testigos en cualquier estado de la causa observando lo establecido en el artículo 452 de este cuerpo legal, así como también la presencia de peritos y consultores técnicos, con la finalidad de interrogarlos acerca de lo que creyere necesario el juez; y, c) que se agreguen documentos que se encuentren en poder de los sujetos procesales o de terceros, con las formalidades respectivas y en los términos que se menciona en los artículos 387 a 389.

Aquí se puede observar que existe una determinación de cuáles son los elementos de prueba que puede disponer por parte del operador de justicia, para que se realicen

¹³⁹ Argentina, *Código procesal civil y comercial de la nación – Ley 17.454 de 1981*, publicado 27 de agosto de 1981, modificado el 19 de diciembre de 2018 por la ley 27.500. Art. 36 numeral cuarto. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#3>

dentro del proceso, teniendo ciertos límites en cuanto a la prueba testimonial y documental.

En lo referente a la prueba testimonial¹⁴⁰ decretada de oficio el artículo 452 del Código procesal civil argentino manifiesta que se podrá llamar a la declaración de testigos siempre y cuando, dichas personas hayan sido mencionadas por las partes en sus actos de proposición (escritos de constitución) o cuando de la práctica de otras pruebas, se desprenda que terceros (a más de las llamadas a rendir declaración) tuvieron conocimiento de los hechos en conflicto, lo cual puede ser gravitante para la decisión de la causa. Así también de ser necesario los testigos que ya fueron interrogados, pueden ser llamados nuevamente para aclarar ciertos aspectos de sus declaraciones o también para realizar un careo.

En cuanto a la prueba documental que se encuentra regulada en los artículos 387, 388 y 389 del código procesal de este país, señala que las partes o terceras personas que la tenga en su poder, deberán presentarlos obligatoriamente en originales o en su defecto deberá indicar en que protocolo o archivo se encuentran los mismos para poder decretar su obtención, para dicho efecto se determinará un lapso de tiempo razonable por parte del juez.

Si fuera del caso que quien está obligado a presentar o exhibir un documento esencial para el proceso, niega su existencia, pero de otros elementos probatorios aparece creíble la existencia del mismo, el operador de justicia podrá emplear un medio coercitivo para exigir el cumplimiento de la presentación de dicho documento, y de no hacerlo ello constituirá una presunción en contra de quien no acate esta disposición. En el momento que se incorpore cualquier documento al proceso, quien lo efectuó podrá solicitar la devolución o el desglose del mismo, dejando una constancia dentro del expediente.

Hay que recalcar una excepción a este pedido, si está negativa de presentación se fundamenta en que el documento es de propiedad exclusiva de quien lo posee y que su exhibición le ocasionaría un perjuicio irreparable, ya no se insistirá en dicho requerimiento. Eso indudablemente deberá ser debidamente justificado por el tenedor del instrumento público o privado que no pudiera presentarlo.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, art. 430. Los testigos anunciados por cada parte procesal no podrán exceder de ocho personas, si se excedieran de dicho número, se citará a los primeros que se haya anunciado, y de ser necesario por petición de los litigantes o por iniciativa del juzgador se podrá llamar a testificar a las demás personas anunciadas.

7.3. Perú

En esta nación, los sujetos procesales son quienes deben aportar los hechos y los elementos de prueba necesarios con el fin de demostrar las pretensiones expuestas dentro del proceso. Cuando la aportación de los medios probatorios por partes de los litigantes es insuficiente para formar la convicción del juez, el código procesal civil peruano establece la facultad de decretar pruebas de oficio¹⁴¹, es decir, lo considera como una facultad discrecional.

Aquí tanto el juzgador de primera como de segunda instancia poseen dicha facultad, con la cual ordenarán la actuación de medios de prueba adicionales y pertinentes que crean que sean necesarios para formar su convicción y resolver los hechos controvertidos, siempre y cuando que la fuente del elemento de prueba que se vaya a practicar haya sido citada por las partes dentro del proceso, con el fin de con esta actuación no se reemplace la carga probatoria de alguno de los sujetos procesales, otorgándoles en todo momento el derecho de contradecir la prueba de oficio.

Esta resolución de ejercer esta iniciativa probatoria del juez debe ser motivada, puesto que la falta de este elemento ocasionará la nulidad de esta decisión. A más de aquello, la resolución mencionada no está sujeta a impugnación, salvo que no se ajuste a lo que menciona el inciso primero del artículo 194 de la norma procesal. Al ser una facultad discrecional su no utilización, no deberá ser considerado como una causa para declarar la nulidad de la sentencia.

Se puede observar que en este artículo existe una limitación a la prueba de oficio, la cual se encuentra vinculada a los medios de prueba aportados o anunciados por los partes procesales, siendo estos típicos o atípicos,¹⁴² ya que esta será la fuente de donde se deba partir para ejercer esta iniciativa, con ello se cuida como dice la norma no reemplazar la carga probatoria de los litigantes, además que se enfatiza la contradicción de la prueba que se vaya a aportar.

Para finalizar “el juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial”,¹⁴³ ello

¹⁴¹ Perú, *Código procesal civil – Ley 25282 decreto legislativo 768*, publicado 22 de abril de 1993, reformado el 04 de septiembre de 2018 por el decreto legislativo 1384. Art. 194. <https://andrescusi.files.wordpress.com/2019/04/codigo-procesal-civil-2019.pdf>

¹⁴² *Ibíd.*, art. 192-93.

¹⁴³ *Ibíd.*, art. 194 inciso final.

por cuanto puede el mismo podría estar representado por alguno de sus progenitores, siendo una novedad dentro de esta legislación, ya que no se especifica con qué objetivo deberá efectuarse esta comparecencia.

8. Momento procesal en el que procedería la prueba de oficio

La prueba de oficio o para mejor resolver, se la puede decretar tanto por el juez de primer nivel, así como también por los jueces en segunda instancia, por lo que, existe estos dos espacios para efectuar dicha facultad, lo que deviene en que estrictamente se lo tendrá que realizar dentro de audiencia.

Antes de establecer dicho momento para la práctica de esta prueba, es oportuno citar lo mencionado por Mercedes Fernández López, quien de manera muy acertada señala que: “el juez puede ordenar de oficio la práctica de medios de prueba como diligencias finales siempre y cuando se den dos presupuestos: que su finalidad sea esclarecer hechos alegados [...] por las partes y que éstas hayan propuesto pruebas que por causas ajenas a su voluntad, no han logrado el resultado esperado.”¹⁴⁴

En efecto, las diligencias para mejor proveer siempre deben ser finales. El Código Orgánico General de Procesos, establece que la oportunidad para disponer la práctica de las pruebas de oficio será en audiencia, entendiendo lo dicho, hay que especificar los momentos procesales para el efecto.

En los procedimientos ordinarios, se podrá disponer la realización de prueba de oficio dentro de la audiencia preliminar,¹⁴⁵ una vez que se haya finalizado el anuncio y admisibilidad de las pruebas que hayan pronunciado los sujetos procesales, así como también, al finalizar la práctica de pruebas en la audiencia de juicio. En cuanto a los procedimientos de audiencia única, se decretará prueba oficiosa, dentro de la segunda fase de la audiencia única. Mientras que, en segunda instancia, será en la audiencia de apelación, para lo cual se podrá suspender la misma hasta por el término de 15 días.

El punto de partida para que el juez tome la decisión de decretar la práctica de prueba oficiosa, es el esclarecimiento de la verdad de los hechos. Para ello, el juez deberá poner toda su atención en el desarrollo de la audiencia, con el fin de determinar si para la comprobación del hecho controvertido, existen los suficientes elementos de prueba, que lleven o conduzcan a la resolución del mismo.

¹⁴⁴ Fernández López, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, 69.

¹⁴⁵ Ecuador, *Código orgánico general de procesos*, art. 294 num. 7 literal b).

Es necesario evaluar el aporte que otorga cada prueba a la resolución del litigio, para determinar si se requiere prueba oficiosa o no. Puesto que, no se debe olvidar algo muy valioso dentro del proceso, lo cual es que no hay que cruzar la delgada línea de suplir la obligación probatoria de las partes, con dicha facultad. La ineficacia probatoria de los sujetos procesales, no es una justificación de la prueba para mejor resolver.

Hay que observar siempre el cumplimiento de todos los principios procesales y sobre todo de la seguridad jurídica, pues no se puede ejercer esta potestad en desmedro de uno de los sujetos procesales o con la intención de suplir la diligencia probatoria de las partes. El juez debe evitar el abuso de esta atribución, así como también la afectación de los principios de igualdad, congruencia y buena fe procesal,¹⁴⁶ siendo que ello podría significar una actuación arbitraria dentro del proceso, sin aplicar el verdadero significado del sistema procesal.

9. Análisis de oficiosidad por cada elemento probatorio que existe en el COGEP

El artículo 168 del Código orgánico general de procesos de forma literal o taxativa no establece ningún tipo de límite para decretar la práctica de prueba de oficio, incluso puede darse el caso que se requiera por parte del juzgador prueba nueva que no haya sido anunciada por ninguno de los sujetos procesales, sin embargo, como ya se ha mencionado en líneas anteriores si existen ciertas limitaciones a esta facultad.

En dicho contexto, el juzgador puede ordenar la práctica de cualquiera de los elementos de prueba contenidas dentro del Libro III, Título II, III, IV y V de la norma procesal mencionada, referente a la prueba testimonial (declaración de parte y testigos), documental (públicos y privados), pericial (informe y sustentación oral del mismo) y la inspección judicial.¹⁴⁷

9.1. Prueba testimonial

En este medio de prueba el operador de justicia, según la justificación y motivación que empleare con el fin de esclarecer la verdad de los hechos en conflicto, puede ordenar de oficio la declaración de parte de los litigantes, así como también la

¹⁴⁶ Augusto M. Morello, *La prueba, tendencias modernas* (La Plata: Ediciones Platense S.R.L, 1991), 17.

¹⁴⁷ Ecuador, *Código orgánico general de procesos*, artículos 174-232.

comparecencia de alguna persona que conozca sobre la controversia en calidad de testigo, con la finalidad de ser examinado conforme la duda surgida en el juzgador.

Siendo del caso también que, si del resultado de otros medios probatorios aparezcan personas que no han sido señaladas como testigos y que conozcan de los hechos controvertidos (que aún no se encuentran claros), el juez puede llamarlos a testificar dentro de la audiencia respectiva, debiendo notificarlos para dicho efecto.

Para ello, esta prueba deberá cumplir con lo establecido en el COGEP,¹⁴⁸ esto es que en el auto donde se decreta la práctica de la declaración testimonial deberá constar el nombre de la persona requerida, así como la dirección donde se la debe notificar con al menos tres días de anticipación a la diligencia, expresando además de forma sucinta sobre los hechos sobre los cuales va a ser interrogado; y, que dicha persona no esté dentro de los impedimentos que establece el código para ser testigo.

Una vez que haya comparecido a la audiencia el testigo requerido, el mismo debe estar acompañado de su abogado con el fin de que sea asistido en su declaración, para dicho efecto si no acude con un profesional particular, se debería oficiar a la Defensoría Pública con el propósito de que se haga efectiva dicha asistencia técnica. En el efecto que no asista se debe seguir la forma establecida en el artículo 177 de la norma procesal citada.

Al ser una prueba de oficio, no excluye que se deban cumplir con las reglas de la práctica de esta prueba del artículo 178 del COGEP, es así que, por ser un pedido del juzgador, quien comenzará y procederá al interrogatorio será el juez, en aplicación al numeral tercero de este artículo. Una vez terminado la examinación del juzgador, las partes procesales procederán al contrainterrogatorio del declarante si lo creyeran necesario.

En ejercicio del derecho de defensa, los litigantes pueden objetar las preguntas que se le están efectuando al testigo por parte del juez, de conformidad al artículo 176 del COGEP, siendo que será el mismo juzgador quien se pronunciará sobre dicha objeción conforme el inciso tercero del mismo artículo, aceptando o negando esta petición. Asimismo, deberá existir una estricta observancia por parte del operador de justicia de realizar preguntas que están contenidas dentro del numeral octavo del artículo 177.

La práctica de esta prueba testimonial de oficio es un tema que genera controversia, pues “el sistema utilizado para la práctica de prueba testimonial es de tipo adversarial o dispositivo, ya que las partes inician la práctica del examen directo a sus

¹⁴⁸ *Ibíd.*, art. 189-91.

testigos, seguido del contra examen que permite preguntas sugestivas, ante un Juez neutral. La regla general es que el juez no haga preguntas a los testigos, ni se entrometa en el debate procesal, pero que tenga la facultad para pedir aclaraciones sobre un tema puntual.”¹⁴⁹

La recepción de testimonios que fueron dispuestos de oficio, al ser un tipo de prueba de carácter excepcional, en el cual se deja la constancia expresa de las razones para las cuales se la debe practicar y al ser considerada como necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, pues el juzgador tendrá la facultad de ser quien examine al testigo llamado, respetando siempre todas las garantías necesarias para que no se convierta dicha prueba en una arbitrariedad.

Cabe destacar también que, la o el declarante podrá negarse a contestar cualquier pregunta que pueda acarrearle responsabilidad penal personal, a su cónyuge o conviviente y a familiares que se encuentre dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (excepto en procesos de estado civil o de familia); y, cuando por su contestación pueda violar su deber de guardar reserva o secreto por razón de su oficio, empleo, profesión, arte o por disposición expresa de la ley.¹⁵⁰

9.2. Prueba documental

En cuanto, a estos elementos probatorios, cuando el juzgador considere necesario la incorporación de uno o varios documentos (públicos o privados) al proceso, con el fin de dilucidar de mejor manera el conflicto suscitado, en aplicación a su facultad probatoria, puede disponer de oficio la obtención e incorporación de los mismos, cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 168 del COGEP, por cuanto esta prueba estará encaminada al esclarecimiento y convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidas dentro del proceso.

Para la realización de esta prueba se debe cumplir con todas las exigencias que establece la norma procesal, esto es, que deben ser presentadas dentro del proceso en originales o copias certificadas, que no hayan sido alterados en una parte esencial del

¹⁴⁹ Diego Yépez Garcés, *Litigación oral civil: La contienda adversarial, trasplante y prueba testimonial* (Quito: CEP, 2016), 101.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, art. 175.

documento y que no se encuentren defectuosos en la parte (contenido) que sea necesario para la demostración de un hecho o un derecho.¹⁵¹

Es así que, en el auto en cual se decrete la obtención de esta prueba deberá constar el detalle de cual o cuales son los documentos y la información que se necesita sean remitidos al juzgador, el nombre de la institución (pública o privada) o de la persona (natural o jurídica) que posee dicha documentación, el tiempo que se otorga para que sea enviada la información correspondiente. Para este efecto y al ser una prueba actuada de oficio, por intermedio de secretaría se realizará los respectivos requerimientos, quien se encargará de entregar los mismos. Una vez llegada la documentación requerida por parte del juez, la misma será puesta a consideración de las partes procesales, en cumplimiento a los que menciona el artículo 165 del COGEP para que puedan ejercer su derecho a la contradicción.

Una vez que se reinstale la audiencia que fue suspendida para la obtención de este tipo de pruebas, secretaría será la encargada de cumplir con la producción de toda la documentación recibida, efectuando lo señalado en el artículo 169 del COGEP, y una vez que se lo haya hecho, se correrá traslado a los sujetos procesales, para que puedan efectuar sus observaciones y objeciones en aplicación al principio de contradicción.

9.3. Prueba pericial

Tomando lo que se establece en el código de procesos, “la prueba pericial tiene como propósito que expertos debidamente acreditados puedan verificar los hechos y objetos que son materia del proceso.”¹⁵² Esta prueba está enfocada entonces a que una persona que tiene conocimientos especializados o científicos en una determinada materia, a través de técnicas y métodos emita un informe sobre un hecho o circunstancia específica que esté relacionado con la controversia.

Al respecto de la prueba pericial para mejor resolver, el ordenamiento jurídico procesal señala que se debe cumplir una circunstancia particular para poder decretar este tipo de pruebas de oficio, la cual es que existan dos informes sobre un mismo hecho que sean recíprocamente contradictorios o divergentes, el cual no se haya podido aclarar pese a que ha existido un debate entre las dos personas (peritos) que han realizado dichas examinaciones.

¹⁵¹ *Ibíd.*, arts. 194-7.

¹⁵² *Ibíd.*, art. 227.

Si aún persisten las dudas en el juzgador sobre los informes presentados, se procederá a decretar que se efectúe un informe pericial de oficio, para lo cual se suspenderá la audiencia que se está llevando a cabo y se sorteará a la persona idónea del banco de peritos acreditados por el Consejo de la Judicatura, con el fin de que realice un nuevo informe sobre el hecho o circunstancia controvertida. En el auto que se decrete este nuevo peritaje se establecerá cual será el objeto de la pericia y en que lapso de tiempo se debe presentar el informe correspondiente, el mismo que debe cumplir todos los parámetros señalados en el artículo 224 del COGEP. Este último una vez que sea ingresado al proceso, se debe poner en conocimiento de los litigantes con el fin de que puedan analizarlo y realizar las observaciones que crean necesarias dentro de la audiencia.

Quien realizó el peritaje para mejor resolver, deberá ser notificado en su dirección electrónica para que comparezca de forma obligatoria a la audiencia respectiva para sustentar su informe, siendo que, las partes procesales una vez que haya realizado su explicación técnica o científica, podrán interrogarlo sobre el contenido de su informe, su imparcialidad y su idoneidad, siguiendo las normas previstas para los testigos en relación a las preguntas que se pueden realizar.¹⁵³

9.4. Inspección judicial

Es un elemento probatorio el cual permite examinar y verificar de forma directa lugares, cosas o documentos con el fin de esclarecer los hechos controvertidos, lo cual podrá efectuarse a petición de alguno de los sujetos procesales o podrá ser ordenada de oficio por el juzgador.

Cuando sea decretada la práctica de esta prueba de oficio, el juzgador deberá determinar el día, la hora y lugar en donde se llevará a cabo esta inspección, así como también, deberá fijar con claridad cuál será el objetivo de esta diligencia, la misma que se desarrollará conforme lo establece el artículo 230 del COGEP. Aquí el juez una vez instalada dicha inspección tomará la palabra y expondrá la razón y justificación de su realización y procederá a examinar directamente a las personas, lugares, cosas o documentos que hayan sido fijados como materia de la examinación; terminado ello, concederá la palabra a los litigantes para que expongan sus observaciones sobre lo inspeccionado.¹⁵⁴

¹⁵³ *Ibíd.*, art. 222.

¹⁵⁴ *Ibíd.*, art. 230.

En los casos en que el operador de justicia considere que su percepción personal sensorial sobre lugares, cosas o documentos que van a ser examinados no es suficiente para obtener una conclusión precisa de dicha diligencia, podrá también de oficio designar a un perito debidamente acreditado,¹⁵⁵ el cual presentará el informe correspondiente conforme a las reglas del artículo 224 de la norma procesal, lo cual no quiere decir que se esté disponiendo la práctica de una prueba pericial para mejor resolver, porque la facultad legal otorgada en el artículo 229, se enfoca exclusivamente a la inspección como tal.

10. Límites de la actividad probatoria de oficio

En relación al análisis de las limitaciones de la actividad probatoria de oficio, en primer lugar, se debe mencionar que las pruebas que se disponga practicar *deben ser constitucionales, legales y respetuosas de las garantías del debido proceso*.

Una prueba es lícita y constitucional cuando para su obtención no se ha violentado ningún derecho fundamental, ni tampoco la misma ha sido producto de una simulación, con la finalidad de engañar al juzgador.

En segundo lugar, se debe tener en cuenta que, una vez cumplidos los parámetros elementales señalados, corresponde considerar las siguientes limitaciones para que el juez pueda ordenar prueba de oficio.

Una de ellas es que el operador de justicia, carezca de convicción firme sobre la justa resolución del litigio, porque existe contradicción entre los medios probatorios aportados por los litigantes. Aquí se debe ordenar este tipo de pruebas, cuando el proceso ha finalizado y antes de dictar la resolución; siendo este el momento procesal oportuno.

Continuando con ello, la prueba que se provee debe tener la finalidad de esclarecer los hechos o confirmarlos, sin que pueda ser utilizada para rebasar dichos fines. La orden que se emita para la práctica de la prueba debe ser espontánea, lo cual no debe ser ni pedida ni sugerida por las partes, debiendo mantener en todo momento la igualdad procesal. Aquí cabe realizar una puntualización, puesto que hay una norma legal dentro de la Ley de Arbitraje y Mediación,¹⁵⁶ en la cual se estipula que las partes pueden pedirle al tribunal arbitral la práctica de prueba de oficio, para esclarecer la verdad de los hechos.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, art. 229.

¹⁵⁶ Ecuador. *Ley de arbitraje y mediación*, Registro oficial 417, 14 de diciembre del 2006, art. 23.- Si antes de la expedición del laudo, el tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier

Finalmente, esta medida ordenada, no debe estar prohibida por la ley; y, tiene que existir una debida contradicción (participación), lo cual implica que la práctica y producción de la prueba debe ser notificada y conocida con antelación por actor y demandado.¹⁵⁷

Ello significa que la aplicación de esta actividad probatoria, no debe afectar el derecho a la defensa de las partes procesales. Para evitar cualquier afectación a los derechos, cuando el juez ordena prueba de oficio, en primer lugar, debe ponerla en conocimiento de los litigantes para que puedan conocerla con la debida antelación, lo que les permitirá ejercer su derecho a la contradicción.

Pese a que la norma del artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos, no establece de manera expresa ninguna limitación o salvedad sobre la disposición de prueba para mejor resolver, se debe tener en cuenta que existen otras normas que se refieren a dichos límites.

El primer límite, es lo señalado en el artículo 143 del COGEP, referente a los documentos que se deben acompañar a la demanda, dentro del cual en su inciso final se señala que “la o el juzgador no ordenará la práctica de ninguna prueba en contravención a esta norma y si de hecho se practica, carecerá de todo valor probatorio”, lo que significaría que antes de iniciar una acción, el actor debe tener la seguridad de contar con todos los documentos, pruebas y elementos que puedan encaminar a la resolución de lo planteado, sin que ello supla la falta de prueba.

En el mismo sentido, el segundo límite es lo contenido en el artículo 226 del COGEP, que habla sobre el informe pericial para mejor resolver. Aquí establece una circunstancia clara para disponer la práctica de esta prueba, la cual es que, primero existan dos informes periciales, uno presentado por el actor y el otro por el demandado, y en segundo lugar, que dichos informes sean contradictorios o divergentes, para lo cual se abrirá un debate, esto con el fin de generar la convicción necesaria en el juez.

Cabe señalar que, si persisten las dudas en el juzgador acerca de las conclusiones de dichos peritajes, ordenará la realización de una nueva pericia, señalando de forma precisa su objeto y el tiempo en el cual el nuevo perito designado (mediante sorteo) presentará su informe, lo que significa que solo se podrá ordenar este tipo prueba, en el

otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá ordenar que se practiquen señalando día y hora.

¹⁵⁷ Adolfo Alvarado Velloso, *Introducción al estudio del derecho procesal*, (Santa Fe: Rubinzal - Culzoni, 1998), 49-50.

caso de conflicto de dos informes periciales. Ello ocasionará costos que deberán ser cancelados conforme lo establece el artículo 232 del mismo cuerpo legal.

En referencia a este último punto, existe una sentencia de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, dentro de un proceso sumario de pago de haberes laborales, en el cual, de oficio, los señores jueces de la Sala, disponen practicar una prueba pericial de reconocimiento grafológico de la firma del accionante dentro de un rol de pagos exhibido por el accionado, que pese a que en instancia si fue realizada dicha pericia, el demandante al momento de la práctica correspondiente, renunció de la misma, y por ello, no se la tomó en cuenta por el juez *a quo*. La motivación para ello es la siguiente:

El fin de la prueba es el interés público relacionado a la administración de justicia y al esclarecimiento de la verdad de los hechos, por lo cual no le corresponde a la parte procesal determinar si una prueba que interese a los fines del proceso debe ser o no aducida, sino que el juez dispone de poderes y medios para llevarla al proceso; e igualmente significa que una vez solicitada la práctica de una prueba por una de las partes, carece de facultad para renunciar a su práctica, si el juez la estima útil y que si fue ya practicada o presentada, no puede renunciar a ella para que deje de ser considerada por el juez.¹⁵⁸

Esta sentencia es particular, por cuanto, para disponer la ejecución de esta prueba de oficio, se observó que la parte que la anunció, no podía renunciar de la misma, en aplicación del principio de comunidad de la prueba y de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos. Esto es importante dentro del tema, por cuanto, los jueces de segunda instancia hicieron el razonamiento jurídico, de que se dicha prueba era significativa para determinar la verdad de los hechos ocurridos, y sin ella, no se podía haber resuelto de una manera adecuada el conflicto laboral suscitado.

Adicionalmente, considero que no se tomó en cuenta lo manifestado por el artículo 226 del COGEP, donde se determina estrictamente cuando se debe decretar un informe pericial para mejor resolver, y en este caso, su fundamento fue la búsqueda de la verdad del conflicto. Como último punto de enseñanza de esta prueba, es que la misma generó gastos, los cuales fueron pagados por los sujetos procesales, en partes iguales, por disposición del Tribunal.

¹⁵⁸ Ecuador, Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, Sala de lo Civil, “Sentencia”, en *Proceso sumario pago de haberes laborales No. 18371-2018-00173*, 16 de mayo del año 2019. <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

Capítulo tercero

Problemática de la prueba de oficio en el derecho procesal

1. Aspectos Generales

Una vez que se ha tratado lo referente a la iniciativa probatoria del juez, su facultad legal para disponer la práctica de prueba para mejor resolver o prueba de oficio, así como también, el momento procesal y los límites de esta actividad probatoria, es menester tratar acerca de la problemática relacionada con la aplicación de dicha facultad y las tensiones que se generen con ciertos principios procesales.

Hay que señalar que, al existir una controversia de derechos o una pretensión y oposición sobre un mismo bien jurídico que existe en la realidad, entre dos personas naturales o jurídicas, dicha discusión puede ser llevada ante los órganos competentes de justicia (sin desconocer la existencia de métodos alternativos de solución de conflictos, art. 190 de la Constitución), para que, por medio de un proceso oral por audiencias, este conflicto deba ser resuelto.

Esta actividad procesal a desarrollarse, debe ajustarse a la aplicación de una tutela judicial efectiva y expedita, enmarcándose en las garantías del debido proceso, además de la utilización de varios principios rectores, que han sido recogidos dentro del Carta Fundamental, el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código Orgánico General de Procesos.

Las partes procesales a raíz del hecho controvertido, formulan una hipótesis dentro del litigio, que la plantean a través de sus actos de proposición, afirmando que estas son verdaderas, pero dichas aseveraciones deberán ser probadas dentro del proceso. En este sentido, la función de la prueba es ayudar al juez a resolver el conflicto, otorgándole la información necesaria para decidir racionalmente si lo expuesto sobre los hechos materiales en litigio, son verdaderos o falsos.¹⁵⁹

De manera que, el principio de libertad probatoria, es uno de los que ha sido recogido por el Código Orgánico General de Procesos, lo cual determina que todo elemento de conocimiento útil para demostrar la existencia de un hecho o de un derecho, puede ser utilizado sobre la base de los criterios cognoscitivos propios de la racionalidad

¹⁵⁹ Michael Taruffo, *Teoría de la Prueba* (Lima: ARA Editores, 2012), 30.

general.¹⁶⁰ En estas circunstancias, dentro de cualquier tipo de proceso judicial, el objetivo primordial es determinar la verdad de los hechos controvertidos puestos a conocimiento del juzgador, y esto ocurre a través de los elementos probatorios que se aporten y actúen dentro del litigio, apoyándose en todos los medios reconocidos por la ley.

Las pruebas aportadas al proceso por las partes, deben ser coherentes con el objeto litigioso y con los hechos sometidos a juicio, para que sean consideradas por el juez en el momento de emitir su fallo.¹⁶¹ Dichas pruebas ayudan al juzgador a determinar la verdad de los hechos narrados por las partes en conflicto, ya que no es suficiente las aseveraciones hechas por las partes para que sean aceptadas, así como tampoco basta con la sola anunciación de la práctica de una prueba, para que la misma sea aceptada.

En estas circunstancias, la aportación de prueba es medular para el litigio, cuya obtención y actuación es considerada como una de las garantías del debido proceso.¹⁶² Cabe señalar que la prueba debe ser sometida a contradicción por parte del actor y del demandado, para así llegar a determinar su eficacia dentro de la controversia, es decir, en la determinación de los hechos.

La contradicción de estos elementos de prueba se debe realizar dentro del proceso, ya que los mismos, son adjuntados a los actos de proposición para su admisión y procedencia en audiencia.¹⁶³ Esto significa que las pruebas se debieron obtener antes de iniciar la contienda legal.

Obedeciendo este cambio de paradigma procesal (que fue explicado en capítulos anteriores), el legislador ha establecido la posibilidad de que se efectúen diligencias pre-procesales con la finalidad de obtener *prueba material*.¹⁶⁴ Así mismo, se pueden realizar diligencias preparatorias para anticipar un medio probatorio urgente que pudiera perderse¹⁶⁵, otorgando así a la persona que inicie un proceso judicial, los mecanismos necesarios para que así consiga y acompañe todos los elementos probatorios que le sea favorables, con el fin de justificar la pretensión de su acción.

¹⁶⁰ Jorge Zavala Egas, *Código orgánico general de procesos, notas de estudio* (Guayaquil: Murillo edit. 2016), 49.

¹⁶¹ Dana Abad Arévalo, *La negativa pura y simple en el ejercicio del derecho de contradicción* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2013), 57.

¹⁶² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76.4. “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”. Es decir, realiza una regulación de los elementos de prueba que deben ser considerados en el proceso.

¹⁶³ Ecuador, *Código orgánico general de procesos*, art. 160.

¹⁶⁴ Ecuador, *Código orgánico de la función judicial*, art. 231 núm. 4.

¹⁶⁵ Ecuador, *Código orgánico general de procesos*, artículos 120 núm. 2 y 122.

Actor y demandado son los que, a través de las pruebas presentadas y utilizadas en el proceso, influyen en el juzgador, tanto en la valoración de las mismas, como en la decisión final. Esto ocurre mediante el debate probatorio, discutiendo y aportando las razones por las cuales se justifica con dichos elementos, las pretensiones o excepciones planteadas.

Mas resulta que, en ciertas ocasiones, los relatos fácticos y fundamentaciones que los sujetos procesales realizan dentro de un pleito judicial, no suelen ser suficientes para generar una convicción en el juzgador o para delimitar de forma fehaciente los hechos ocurridos.¹⁶⁶ Por ello, la aportación de prueba sumamente relevante, puesto que, si no se comprueban los acontecimientos relatados o el supuesto fáctico formulado por una u otra parte procesal, no tendrá elementos suficientes para dictar su resolución. En ese caso, el juez, como se ha visto en el capítulo anterior, tiene la facultad de ordenar (por su iniciativa) que se realice alguna prueba que considere necesaria para la resolución de la controversia.

Partiendo de aquello, la problemática de la facultad probatoria que posee el juzgador, se enfrenta a lo referente a la carga probatoria de las partes, lo cual envuelve no suplir negligencias que pudieran tener al aportar sus pruebas, así como una posible afectación del principio dispositivo. Según Botto, uno de los orígenes de esta problemática, es la falta de certidumbre o especificación dentro de la normativa, de cuáles son los casos en los que proceden las pruebas para mejor proveer.¹⁶⁷

Dentro de este marco, los principios de imparcialidad y de libertad probatoria, se encuentran entrañablemente relacionados, en lo referente a las facultades que posee el juzgador para decretar la práctica de pruebas adicionales a las que ya han aportado las partes procesales, con el fin de emitir su fallo en el caso concreto. Esto debido a que el juez no tiene la convicción necesaria para resolver la controversia, pues el aporte probatorio de actor y demandado no fue suficiente para la justificación de los hechos en conflicto.

Con todo ello, existen varias preguntas que flotan dentro de esta facultad, las cuales son que, al momento que se considera decretar la práctica de una prueba de oficio,

¹⁶⁶ Teresa Quezada Martínez, “La prueba de oficio en la instancia revisora”, en *El derecho frente a la ciencia y a la tecnología: libro homenaje a César Delgado Barreto y César Fernández Arce*, coord. Carlos Enrique Becerra (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007), 457.

¹⁶⁷ Hugo Botto Oakley, “La prueba de oficio es inconstitucional”, en *Obra jurídica enciclopédica: Derecho procesal civil y mercantil*, coords. Juan Pablo Pampillo Baliño y Manuel Alejandro Munive Páez (México, DF: Porrúa, 2012), 377.

¿quién debería asumir los costos que conlleva ello?, las partes procesales? o el Estado, ¿a través del Consejo de la Judicatura? Lo más adecuado considero, es que, si el juez ha justificado la aplicación de su iniciativa probatoria, el Estado es el llamado a asumir los gastos que se incurriera (si fueran del caso), puesto que existirán pruebas que se dispongan por el juzgador, que deban incurrir en rubros económicos.

Ya en el diario convivir, es muy difícil que la administración pública pueda asumir los costos que se generen por dicha actividad. Por ello, los jueces han adoptado la medida de distribuir este pago a los sujetos procesales, los mismos que deberán pagar en partes iguales la cantidad de dinero que se haya fijado para cubrir la diligencia.

Lo que se quiere demostrar es que es necesario y conveniente entregar al juzgador una iniciativa probatoria, o la facultad de disponer la práctica de prueba para mejor resolver como lo cataloga el Código Orgánico General de Procesos, con ciertos límites, con el fin de no afectar su imparcialidad dentro del proceso.

2. Tensiones provocadas por la actuación de prueba oficiosa

Hay que distinguir, que en el Ecuador los procesos judiciales (no penales), se desenvuelven dentro del sistema procesal dispositivo, lo cual significa que, los sujetos procesales son quienes proporcionan y establecen el tema, los hechos y el objeto de la controversia, mediante sus actos de proposición (demanda, contestación, reconvencción), así como también, establecen los límites de la discusión procesal, mediante las pretensiones y excepciones propuestas, a los cuales el juzgador debe ceñirse con el fin de remitir su resolución (congruencia), esto sin desconocer las facultades officiosas y directrices que tiene el juez dentro de la causa.¹⁶⁸ A esto se debe sumar que son los litigantes (en un primer momento), los llamados a brindar todos los medios probatorios necesarios, para la dilucidación de la controversia y llegar al convencimiento del operador de justicia, mediante la verdad de lo ocurrido en los hechos acaecidos.

Víctor de Santo, señala que “[L]a prueba debe tender a lograr la convicción del órgano jurisdiccional sobre hechos que interesan a la causa, sin lesionar el patrimonio moral o económico del adversario (...) por otra parte, la prueba debe provenir de quien se halle revestido de legitimidad para ofrecerla, *sea el juez o las partes principales y secundarias, e inclusive transitorias o intervinientes incidentales.*”¹⁶⁹

¹⁶⁸ Mogrovejo, *Los presupuestos de la acción extraordinaria de protección*, 38.

¹⁶⁹ Víctor de Santo, *La prueba judicial* (Buenos Aires: edit. Universidad, 2005), 17.

Desde aquel razonamiento, existen dos formas de ejercer la administración de justicia. La primera es el compromiso con el mandato constitucional de afianzar la justicia con atención a las particularidades de cada caso, respetando siempre las garantías del debido proceso. Y, la segunda es la posición de un estricto cumplimiento de las formalidades legales, pues ello se entiende un respeto absoluto al debido proceso,¹⁷⁰ la actuación dentro del proceso debe ser mayoritariamente de los sujetos procesales, pero sin olvidar que se pueden utilizar las facultades legales jurisdiccionales otorgadas al juez y no por ello va a atentar con ciertos principios rectores del proceso.

Es así que, la primera tensión de la facultad probatoria del juez, *es con el principio dispositivo*, con aquella concepción clásica, de que son únicamente las partes procesales las llamadas a proponer todo lo que debe ocurrir dentro del proceso, y quienes son los que aportan todos los elementos probatorios conforme su carga. Dentro de este sistema, no cabe el pensamiento de que la prueba pueda venir de la iniciativa del juzgador, ya que se debe encuadrar a los límites otorgados por los litigantes.

Devis Echandía, acerca de la concepción clásica del principio dispositivo, señala que el juez es una especie de árbitro de boxeo, cuya tarea es determinar quién es el vencedor de la contienda, sin poder intervenir dentro del proceso, para buscar la verdad mediante su iniciativa propia, ni lograr una justicia real.¹⁷¹ La tesis propuesta en la que se observa al juzgador como un simple espectador, ha sido completamente abandonada, dado que la facultad probatoria es actualmente considerada como un complemento del proceso, desde que el litigio ya no es considerado como un negocio particular y con fines privados, en defensa de los intereses personales. Así, la administración de justicia hoy en día es un servicio público, tendiente a buscar la paz en la sociedad.

Salvatore Satta manifiesta en favor de la facultad de probatoria del juez, que “el poder discrecional presupone, a nuestro criterio, el confiar al juez (a su juicio de “oportunidad”) la tutela de un interés primario, que se individualiza en un sujeto determinado, pero que está en función de intereses más generales, que precisamente justifican la intervención del órgano jurisdiccional.”¹⁷² La iniciativa probatoria del juez, no siempre va a ser utilizada, habrá casos muy particulares, en los que corresponda emitir

¹⁷⁰ César Rafael Ferreyra. “Somera referencia a algunos aportes de la concepción egológica del derecho al activismo judicial”, en *Nuevas herramientas procesales*, dir. Jorge W. Peyrano (Santa Fe: Rubinzal - Culzoni, 2013), 1: 35.

¹⁷¹ Hernando Devis Echandía. “La iniciativa probatoria del juez civil”, en *Actos del juez y prueba civil*, comp. Fernando Quinceno Álvarez, 215.

¹⁷² Salvatore Satta, “Los poderes del juez”, en *Actos del juez y prueba civil*, comp. Fernando Quinceno Álvarez, 72.

una disposición de esta naturaleza, con el fin de resolver adecuadamente el problema y más aún cuando existan pruebas que sean contradictorias o ambiguas.

Tal es así que, esta tensión ha derivado en que el juez, como conductor del proceso, ¿puede tomar una actitud *activista* o una actitud *garantista*?, para ello se debe partir que en los actuales momentos y con todas las normas procesales que se han emitido. No basta una mera asistencia (física) del juez, sino que su presencia debe ser activa, dinámica, decisoria, directiva y ordenante, pues debe determinar las reglas con las cuales se va a desarrollar el litigio. El juez debe encaminar el debate de los participantes, corregir actitudes que desnaturalicen la esencia y el buen desenvolvimiento del proceso, y al mismo tiempo, fomentar una actuación de buena fe y con lealtad procesal.

Con el apoyo de las palabras del profesor Jorge Peyrano, se puede decir que, *al activismo* se lo debe entender como la asignación de un *rol mucho más protagónico para el juez*, y *al garantismo* lo considera como *el velar por el respeto de las reglas del juego*,¹⁷³ con lo cual se podría decir que el juzgador toma un rol participativo del proceso, enmarcado siempre bajo las normas del debido proceso, siendo que a más de resolver el conflicto originado y se imparta justicia.

Este rol más participativo (activo) del juez, sin lugar a duda afianza la justicia, acerca la verdad procesal a la verdad material y no necesariamente lo convierte en alguien parcializado dentro del litigio. Por el contrario, un juez activo demuestra compromiso con la justicia mediante la utilización de herramientas procesales que sirven para solucionar de una manera adecuada el conflicto suscitado, sin que ello deba o tenga que significar se esté sobrepasando de la función jurisdiccional que está ejerciendo.

Por otra parte, hay que tomar en cuenta el análisis crítico y preciso que efectúa Vanesa Aguirre Guzmán, cuando menciona que:

El término garantismo, se ha entendido de manera distinta en la doctrina procesal. En este garantismo, se propugna la vigencia plena del sistema dispositivo, encargándose al juzgador, figura que deber ser imparcial, la tutela de los principios de igualdad, bilateralidad y contradicción entre las partes, solo si el debate se sostiene en estos términos, el juez podrá ser imparcial tanto en el ámbito probatorio, como al momento de decidir.¹⁷⁴

Esto significa, que dentro de esta concepción no existe posibilidad alguna de que el juez pueda decretar cualquier tipo de pruebas por su iniciativa. Desde esta perspectiva,

¹⁷³ Jorge W. Peyrano y Federico J. Peyrano, "El activismo judicial", *Diario de doctrina y jurisprudencia El derecho*, n.º 13 (2016): 901. ISSN 1666-8987.

¹⁷⁴ Aguirre Guzmán, *Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador*, 34.

el juez debe abstenerse de aquello, por cuanto es un terreno que corresponde exclusivamente a las partes procesales.

El juzgador deberá ceñirse en su resolución, únicamente a lo planteado por las partes procesales, sin que se pueda invadir el ámbito de su actuación y es por ello que la teoría del activismo no es del todo aceptada. Francisco Zúñiga, uno de los detractores de esta teoría, señala que a través del activismo judicial se destruye el debido proceso legal, en la cual se verifica la tutela judicial, puesto que los conflictos son de las partes o los intervinientes, y es aquí donde el juzgador o tribunal (según sea el caso), en función al principio de legalidad, debe ser imparcial e independiente, teniendo como obligación el aseguramiento de los principios básicos de bilateralidad y contradicción.¹⁷⁵

La atención del juez siempre debe estar encaminada a que la configuración legal del procedimiento civil no derive en ataques indebidos a la libertad de participación de los litigantes, así como tampoco se afecte el derecho de igualdad de los mismos.¹⁷⁶ Con lo dicho, el operador de justicia pese a tener facultades oficiosas encaminadas a la mejor resolución del conflicto, debe mantener una dirección imparcial del proceso y ser una especie de árbitro de las pretensiones de los sujetos procesales, donde no tiene ninguna actividad que realizar, a más de las que las partes hayan solicitado.

Tratando el tema de forma objetiva, no resulta garantista que un juez admita y conceda una pretensión o excepción que sea improcedente, es decir, que le conceda o le reconozca un derecho -pretensión o excepción- a quien no le atañe, con la consigna de que se ha respetado el debido proceso de las partes y que lo resuelto ha sido en base a lo que ellos han aportado. Tampoco resulta “anti-garantista”, el uso de las facultades otorgadas por la ley, con el fin de alcanzar la verdad del litigio puesto a su conocimiento, sin que ello signifique el menoscabo de los derechos de los sujetos procesales. En un sentido más amplio, la falta de prueba de una u otra parte, que coadyuve a la solución de la controversia, pueda llegar a vulnerar los derechos de los litigantes.

Joan Picó i Junoy, de una forma simple y la vez totalmente acertada menciona que, la incompatibilidad entre el derecho a la prueba de las partes y la iniciativa probatoria del juez, no es un tema censurable, ambas iniciativas son absolutamente compatibles,

¹⁷⁵ Francisco Zúñiga Urbina, “Activismo judicial y separación de poderes”, en *Estudios de derecho público, el principio de separación de poderes*, dir. Juan Carlos Ferrada Bórquez (Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2011), 490.

¹⁷⁶ Juan Pablo Estrada Michel y Rafael Estrada Michel, “Garantismo y proceso civil”, en *Derecho constitucional de los derechos humanos*, coords. Ricardo Sepúlveda Iguiniz, Diego García Ricci y Rafael Estrada Michel (México: Porrúa, 2013), 220.

*puesto que el derecho a la prueba no significa que el mismo sea un monopolio atribuible únicamente a los sujetos procesales.*¹⁷⁷ Si se elimina la iniciativa probatoria autónoma del juzgador, se estaría poniendo en tela de duda la compatibilidad que existe en muchas legislaciones, es decir, la práctica y la obtención de pruebas no se la debe tratar como un monopolio exclusivo de las partes, sino que al contrario, las pruebas siempre serán ese aporte que sirva al juzgador para dilucidar la verdad de los hechos.

Como conclusión, el activismo judicial tiene una configuración netamente procesal. En cambio, el garantismo tiene una connotación de carácter constitucional, que ha sido llevada al campo procesal. Por lo dicho, tomar las dos posiciones a la vez (activista o garantista), es una posibilidad real, ya que estas no son contrarias, a pesar de que tienen dos enfoques distintos. Un juez que actúe de forma activista en función de sus atribuciones legales, no necesariamente deja de ser garantista de los derechos de las partes procesales, con lo cual, pueden coexistir sin ningún problema.

La *segunda tensión* que se origina es con el *principio de igualdad*, por cuanto se manifiesta que la actividad probatoria que se disponga por parte del juzgador, beneficia a uno de los sujetos procesales y va en menoscabo de su contraparte. Cabe señalar que en realidad la prueba oficiosa no busca el beneficio de una parte frente a la otra, sino el beneficio para el proceso y su finalidad, por el objeto es esclarecer la verdad de lo ocurrido en el conflicto.

Si se quiere entender a la igualdad a raja tabla, ni la doctrina ni las legislaciones, hubieran estipulado la facultad probatoria de los juzgadores, puesto que no hay que confundir que existe desigualdad, porque la prueba que se ha practicado favorece a unas de las dos posiciones que se encuentran controvertidas en el proceso.

La igualdad que se propugna es que, una vez decretada la prueba de oficio, ésta debe estar encaminada a dilucidar la duda surgida en el juzgador, y en base a ello generar su convicción. Esta atribución no debe ser considerada, como un medio que tenga la finalidad de aportar una prueba nueva (al proceso), con el objetivo de contrarrestar la prueba existente, sino todo lo contrario, es despejar alguna dubitación que haya surgido. Pero si se desnaturaliza este sentido, se estaría frente a un claro perjuicio a uno de los sujetos procesales, y la facultad probatoria se convertiría en una arbitrariedad.

La *tercera tensión* que se puede observar es con el *derecho a la contradicción*, lo cual, en cierto sentido es algo que se deja de lado dentro del análisis de la facultad

¹⁷⁷ Joan Picó i Junoy, *El juez y la prueba* (Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2011), 121-2.

probatoria, cuando se realiza algún análisis por los diferentes autores que hablan sobre los conflictos que se originan por la prueba de oficio. Esto se produce debido a que se pone mucha atención solamente a la “afectación” que tiene sobre el principio dispositivo, pero no se menciona o se hace hincapié en lo referente a que, si el juez no concede la oportunidad de contradecir la prueba decretada de oficio, se rompe la igualdad procesal - que según la visión garantista- es la base de un proceso justo.

La *cuarta tensión* es con el *principio de imparcialidad*. La imparcialidad se entiende como el actuar del juez sin interés alguno, sea mediato o inmediato, y el conflicto se da por cuanto, la producción de un medio de prueba de forma oficiosa, manifestaría parcialidad “evidente” en favor de una parte, por lo que, esta prueba, al nacer del juez, no estaría en la posibilidad de valorarse objetivamente y de forma neutral, para que su resultado ayude a la resolución del proceso.¹⁷⁸ Este razonamiento es totalmente superficial, ya que la finalidad de la prueba es diferente, y como ya se mencionó en líneas anteriores, dependerá del caso en particular la utilización de dicha facultad. Se debe tomar en cuenta, que la decisión que tome el juez de recabar un medio probatorio de oficio, debe ser necesariamente motivada o justificada.

Un juez imparcial es aquel que juzga por igual a los iguales, pero que también sabe identificar las diferencias que posee cada uno de los sujetos procesales, para así poder juzgar en consecuencia.¹⁷⁹ Es decir, esta imparcialidad se la aplica dentro de las circunstancias particulares que vayan apareciendo en el proceso, sin que ello signifique que el juez este violentando dicho principio, por alguna u otra disposición que se emita, con la finalidad de llegar a la resolución del litigio.

En definitiva, un juez que es un espectador del proceso, que no realiza un estudio adecuado del proceso y que se enfoca en la aplicación irrestricta de las normas dentro del caso concreto, bajo ningún concepto puede considerarse como garantista del debido proceso.¹⁸⁰ Esto debido a que el juez debe estar enfocado a la realización de la justicia y que la resolución del conflicto se lo haga como búsqueda de la verdad.

¹⁷⁸ Taruffo, *Teoría de la Prueba*, 217.

¹⁷⁹ Andrea Susana Netri, “El juez activo afianza la justicia”, en *Nuevas herramientas procesales*, dir. Jorge W. Peyrano (Santa Fe: Rubinzal - Culzoni, 2013), 1: 50.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, 49.

3. Juez como garantista de los derechos de las partes procesales

Como se explicó de forma breve en líneas anteriores, dentro del derecho procesal existe una discusión muy interesante entre dos posiciones ideológicas, las cuales se definen entre quienes se encuentran a favor de la limitación de los poderes jurisdiccionales -garantismo procesal- y quienes por el contrario consideran que es mejor incrementar dichos poderes en el juzgador -activismo judicial-. Estos puntos de vista, pueden ser considerados como una filosofía procesal, que inspira ciertos conflictos doctrinarios en torno al nivel de participación que un juez debe tener, o la injerencia durante la tramitación de la causa.

Como se ha dicho, estas posiciones del garantismo y el activismo no son contrarias, sino que un juez que es activista, también vela por garantizar los derechos procesales de las partes en conflicto. Así, el activismo judicial puede optimizarse con el garantismo, es decir, puede funcionar de una mejor forma, interpretando al garantismo desde una visión teleológica.

Alvarado Velloso define al garantismo procesal de la siguiente manera:

Una posición doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, del orden legal vigente en el Estado en tanto al orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma Constitución. En otras palabras, los autores así enrolados no buscan un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar a todo trance las garantías constitucionales.¹⁸¹

Con esta introducción, la denominación de juez garantista nace como la máxima garantía para la defensa de los derechos individuales, el cual no debe desviar el propósito de este proceso, bajo las consignas de justicia, de buscar la verdad y del compromiso del juez con la sociedad, los cuales en ningún momento pueden estar por encima de la Constitución.¹⁸² Debido a que el deber de la autoridad es tutelar los derechos de todos los ciudadanos, el juez debe conferir a las partes un trato absolutamente igualitario, en virtud de su carácter imparcial.

Se considera al garantismo como una visión “liberal”, en la cual se menciona que exclusivamente las partes procesales son los participantes de la contienda legal, y que

¹⁸¹ Adolfo Alvarado Velloso. “El garantismo procesal”, en *Activismo y garantismo procesal*, Academia nacional de derecho y ciencias sociales de Córdoba (Córdoba: ANDCSC, 2009), 80.

¹⁸² Adolfo Alvarado Velloso, “El garantismo procesal”, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, coord. Paulo de la Fuente, 86-8.

solo ellas tienen el control absoluto y total del proceso.¹⁸³ Esto significa una clara tendencia a que el proceso debe ser llevado bajo el estricto cumplimiento de la visión clásica del principio dispositivo. Desde este punto de vista, no interesa que el juzgador busque la verdad de los hechos, sino que basta con las actuaciones procesales que se desarrollen, a lo cual se debe aplicar la norma determinada, tutelando el mandato de la ley, para llegar a la resolución del litigio.

El garantismo lo que busca es el irrestricto respeto de las garantías constitucionales y normas contenidas en instrumentos internacionales, mediante el debido proceso legal.

La idea de juez garantista se plasma en la consideración de que los poderes de investigación y de prueba que se le puedan atribuir, siempre deben estar limitados en un litigio, por cuanto, no es posible que se mantenga un modelo procesal inquisitivo, con un juez paternalista e investigador. Por ello, se considera que por otorgarle al juez ciertas facultades dentro del proceso, se puede terminar realizando arbitrariedades, bajo frases simbólicas como verdad y justicia, lo cual puede terminar afectando garantías procesales elementales.¹⁸⁴ Con ello, a la vez se podría perjudicar a uno de los justiciables, ya que no estaría bien que el juez falle en contra de una u otra parte, con las pruebas que el mismo consiguió, actuó e incorporó al proceso. No reclamar ante ello, es dar pie a un autoritarismo ideológico y normativo del juzgador, que se amparará en sus poderes procesales.

Es así que los grandes defensores de esta visión -Alvarado Velloso, Benabentos, Cipriani-, miran al juez garantista de derechos procesales, desde una escuela clásica, en la cual se desarrolla el proceso como un instrumento de defensa de los derechos de los individuos, frente a una posible agresión por parte de personas naturales, jurídicas o del Estado. Esta defensa se logra con el establecimiento de límites y vínculos al poder, maximizando el ejercicio de esos derechos y minimizando sus amenazas.¹⁸⁵ Con ello el juez no debe confundir que el garantismo es solamente ceñirse a la norma legal y aplicarla de manera imperativa, sino por el contrario, es buscar la tutela de los derechos dentro del proceso judicial.

¹⁸³ Adrián Simons Pino, "Poderes jurisdiccionales: dilema entre el juez activo y el juez autoritario", en *Proceso Civil: hacia una nueva justicia civil*, coord. Andrés de la Oliva Santos (Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007), 206.

¹⁸⁴ Omar Benabentos, *Teoría general única del derecho procesal* (Rosario: Ediciones Juris, 2001), 83-8.

¹⁸⁵ Marina Gascón Abellán, "La teoría general del garantismo, rasgos principales", en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, ed. Miguel Carbonell, (Madrid: Trotta, 2009), 21.

La contienda legal inicia siempre mediante un acto de proposición de cualquier persona -demanda-, es decir, a instancia de parte. Si el proceso no puede iniciarse por la voluntad del juzgador, no es concebible que se otorgue facultad probatoria al juzgador, ya que los intervinientes en el conflicto serán los llamados a probar sus asertos, y a estas pruebas aportadas se debe remitir la resolución.¹⁸⁶ Es por esta razón que el debate jurídico se llevará en igualdad de condiciones, considerando al proceso como un medio para resolver el problema y no como un fin en sí mismo.

Por lo mencionado, el juez garantista carece de toda facultad o poder de impulso procesal dentro del litigio, dado que debe analizar los hechos presentados por las partes, así como atender únicamente a los medios probatorios producidos por ellas,¹⁸⁷ ciñéndose estrictamente a lo que ha sido aceptado y negado dentro del desarrollo del conflicto, a fin de que no existe arbitrariedad al momento del fallo.

Alvarado Velloso señala que la imparcialidad del juez es el punto clave que marca distancia y una diferencia fundamental entre el garantismo y activismo, ya que dentro de su concepción ideológica, al tener facultad probatoria el juzgador, rompe esa imparcialidad. En el garantismo, no se concibe la posibilidad de tener facultades de actuación activa por parte del juez dentro del proceso judicial.

No se puede robustecer a un juez con facultades para investigar y probar de oficio las pretensiones de las partes, pues esto conllevaría a alterar la carga de la prueba y mediante ello declarar un derecho sin un contradictorio serio.¹⁸⁸ En efecto, la contradicción es algo sumamente importante, en cuanto se refiere a las pruebas dispuestas por el juzgador, si ello no se efectiviza de una manera adecuada. En este caso, se puede caer en una zona oscura del derecho procesal, siendo que la arbitrariedad nuevamente ronde la esfera de lo legal, sin permitir un efectivo ejercicio de la justicia.

No se puede romper la igualdad de un proceso justo, si la verdad fuere realmente un problema jurídico y su búsqueda exclusiva o principal determinante de toda y cualquiera actuación de los jueces, no podrían coexistir figuras procesales como el

¹⁸⁶ Carlos Parodi Remón, "Activismo o garantismo judicial", en *La ciencia del derecho procesal constitucional*, coords. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Lelo de Larrea (México: Marcial Pons, 2008), 10: 317.

¹⁸⁷ Adolfo Alvarado Velloso, *Introducción al estudio del derecho procesal* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1997), 63.

¹⁸⁸ Omar Benabentos, *Teoría general única del derecho procesal*, 97.

sobreseimiento, la absolución por duda, la caducidad, las cargas probatorias, la congruencia procesal, la prescripción liberatoria, la cosa juzgada, etc.¹⁸⁹

3.1 Rol del juez dentro de esta visión

La posición garantista, establece que el juez sea exclusivamente director del proceso, esto es, una autoridad real y seria para procesar y dictar sentencia dentro de un litigio. Por lo tanto, el juez no puede ser actor activo y juzgador al mismo tiempo, comprometiéndose a asumir una actitud de interés subjetivo en la solución del conflicto¹⁹⁰. Esto genera una óptica contraria al activismo judicial, y se vuelve en una especie de camino que no puede desviarse bajo ningún concepto. Es decir, al intervenir el juez en el proceso de forma activa, se estaría modificando la relación jurídica inicial entre las partes, favoreciendo a uno u otro.

Con el garantismo, el juez evoluciona de ese papel tradicional de aplicador de la ley de forma estricta, a ser un intérprete crítico de la norma, siendo un operador neutral al momento de tramitar el proceso, enfatizando la imparcialidad en su decisión y su facultad de director del proceso.

El rol del juez como garantista procesal, se desprende del garantismo constitucional que plantea la Carta Fundamental. Es decir, que el juzgador además de la función de velar por el respeto y protección de derechos constitucionales y su exigibilidad directa, a través de los diferentes mecanismos de protección constitucional -garantías jurisdiccionales-, también debe velar por el respeto al debido proceso, a la seguridad jurídica, a los principios procesales establecidos -COFJ- y a la protección jurisdiccional de los derechos de las partes procesales, que por una controversia, han sido puestos a consideración del juez, para que sean resueltos, de una forma ágil, eficaz e imparcial.

Por otra parte, no se debe prohibir al operador de justicia que ejecute su potestad de practicar pruebas de oficio dentro del litigio, ya que la contribución que puede aportar la misma, ayuda a darle mayor relevancia del debate procesal, y encamina de una manera adecuada la resolución del proceso, acorde a la verdad procesal y hechos planteados dentro de la causa.

¹⁸⁹ Adolfo Alvarado Velloso, “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”, en *Instituto Colombiano de derecho procesal. XXVI Congreso colombiano de derecho procesal* (Bogotá: Universidad Libre, 2005), 643.

¹⁹⁰ Alvarado Velloso, *Debido proceso versus pruebas de oficio*, 146.

El juez siempre debe procurar y asegurar la paz social, sea cual sea la visión que adopte, debido a que, ante él se encuentra un proceso que es un medio pacífico de debate y resolución de conflictos, en base a todo lo expuesto y presentado por los intervinientes en el mismo.

4. Juez como activista del proceso

Esta denominación del juzgador proviene del llamado activismo judicial, el cual es considerado como uno de los competentes del derecho procesal. Esta escuela invita a los jueces a tener un rol más participativo dentro del proceso. Este concepto aparece atado a la libertad de creación para desarrollar un mejor litigio, es decir, a la creación pretoriana de los derechos.¹⁹¹ Producto de ello, el juzgador tiene un protagonismo más marcado al servicio de la justicia -proactividad dentro del proceso judicial-. Esta es una señal innovadora de los poderes que tienen los jueces, para allanar los caminos procesales y facilitar así el accionar de las partes dentro del litigio.

El término “activismo judicial” fue manejado por primera vez en la Suprema Corte de Estados Unidos -bajo la presidencia del Juez Earl Warren-, alrededor de 1954, cuando la propia Corte se autoproclamó “activista”, dentro del célebre caso “*Brown vs. Board of Education*” (17/5/1954). En dicho caso, la Corte declaró por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas norteamericanas.¹⁹² Los jueces en base a sus facultades, no descansaron hasta que se cumpla su sentencia en todo el país, siendo proactivos dentro de la ejecución, por lo cual, recibieron esta denominación. Esta es una prueba de que los juzgadores no deben ser ajenos a la sociedad ni a la historia, en el sentido de impulsar la exigibilidad de derechos.¹⁹³

¹⁹¹ Francisco Zúñiga Urbina, “Activismo judicial y separación de poderes”, en *Estudios de derecho público, el principio de separación de poderes*, dir. Juan Carlos Ferrada Bórquez (Santiago de Chile: Abeledo Perrot. 2011), 487-9.

¹⁹² Patricio Alejandro Maraniello. “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”. *Tla-Melahuá - Revista de ciencias sociales* 6, n.º 32 (2012): abril – septiembre, 52. <https://dialnet.unirioja.es/revista/21326/A/2012>. La sentencia a pesar de su declaración, no fue acatada, no se incorporó a los chicos demandantes a sus escuelas -seguía la segregación racial-, ni tampoco el resto de escuelas dejaban que ingresen personas de color a sus aulas, aplicando la norma que fue declarada inconstitucional, beneficiando a tres millones de estudiantes de color al acceso a la educación. Por ello en una posición activista, la corte tomó un rol protagónico e hizo que se cumpla la misma en todo el país.

¹⁹³ Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos* (Quito: CEDEC, 2012), 159.

En este aspecto, la corriente activista le permite al operador de justicia, aumentar y revalorizar sus facultades dentro del proceso, tendiendo a un mejoramiento del sistema judicial.

La Corte Constitucional también habla sobre esta nueva corriente del constitucionalismo y dentro de su análisis se cuestiona la posición del juez como “director del proceso” o como espectador del mismo. La Corte mira al juzgador infundido en el activismo judicial, con el fin de cumplir un papel más proactivo, comprometido en la verdad procesal, partiendo del ordenamiento jurídico y la realidad social. En otras palabras, para la Corte el juez es el custodio responsable del derecho sustancial disputado por las partes y perceptivo de las condiciones materiales o sociales que rodean al hecho, dando énfasis a la necesidad de la defensa en juicio o comparecencia de las partes en equidad. De este modo el juez hace suya la tutela judicial efectiva.¹⁹⁴

Por lo tanto, este activismo es una corriente asociada con el modelo del neoconstitucionalismo desarrollado en el país que instauró un cambio de paradigma, reflejado en el año 2008 con la promulgación y aprobación de una nueva Constitución. La implementación de un proceso oral en materias no penales, ha sido el punto de partida para que el activismo sea reconocido en el sistema procesal ecuatoriano. Bajo este concepto, el juez debe comprometerse con la verdad en miras de la justicia, sin confundir su rol, teniendo en cuenta que la prueba por iniciativa del juzgador, puede ayudar a resolver el litigio de mejor manera.

El activismo no altera la esencia del principio dispositivo, sino más bien, coexiste con el mismo. No le interesa al juzgador la relación jurídica procesal existente entre las partes, sino más bien, toma la iniciativa necesaria para encontrar la solución que sea más justa y que proteja de mejor manera los derechos fundamentales involucrados en el conflicto, es decir, el juez practica un activismo *decisional*.¹⁹⁵ Desde esta perspectiva, el activísimo significa estar un paso delante del conflicto judicial, sin que ello represente un riesgo a su figura de imparcialidad y de tutela de los derechos de igualdad, bilateralidad y contradicción, evitando que el juez caiga en el plano de un simple director del proceso, con un enfoque positivista de la ley.

¹⁹⁴ Ecuador. Corte Constitucional para el periodo de transición, “Sentencia No. 020-10-SEP-CC. CASO No. 0583-09-EP. 11 de mayo del 2010”. Recogido por la sentencia No. No. 102-13-SEP-CC, CASO No. 0380-10-EP. Gaceta constitucional, 005, 27 de diciembre de 2013.

¹⁹⁵ Aguirre Guzmán, *Tutela jurisdiccional del crédito en el Ecuador*, 34-9.

El juez, en determinado punto del proceso, ejerce su rol activista, mismo que se encuentra relacionado con la libertad del juzgador de aplicar la facultad legal otorgada. El protagonismo que adquiere el juez, debe estar enfocado al servicio de la justicia, a recolectar las pruebas suficientes para construir su resolución final –sentencia-, siempre sometido a sus competencias, generando un cambio en el paradigma actual y orientado a ampliar las garantías procesales para una mejor tutela de los derechos de las partes.¹⁹⁶ Con ello que se reafirma la posición de que la iniciativa probatoria del juez no afectaría ni su imparcialidad, ni su convicción al momento de resolver el litigio.

En contraposición a lo manifestado por los defensores del garantismo, hay que destacar, que las potestades de dirección otorgadas al administrador de justicia por la función que cumple, se encuentran determinadas en la ley, siendo parte de los derechos procesales, el decretar la práctica de pruebas que considere necesarias para esclarecer los hechos dentro del proceso judicial. Esto no significa que el juez se esté poniendo al servicio de la injusticia y tampoco se podría considerar al juez como un sujeto activo del abuso procesal.¹⁹⁷ Por el contrario, el juez se encuentra cumpliendo con sus deberes y facultades de dirección del proceso de forma objetiva y enmarcada a la responsabilidad de sus atribuciones.

En tal virtud, el activismo judicial “requiere un Estado fuerte y responsable, y grandes inversiones para la justicia, por lo cual un presupuesto progresivo y focalizado tiene un rol fundamental en la implementación de la defensa pública, la carrera judicial, la escuela de jueces, la justicia indígena, la justicia de paz y la formación de abogados con vocación social.”¹⁹⁸

Los sujetos procesales deben abandonar ese pensamiento y estado pasivo, en el cual se considera que los únicos actores del litigio deben ser las partes, lo cual es una formación que se viene arrastrando del modelo del código civil napoleónico y del discurso de la dominación. En su lugar hay que convertir nuestra actividad profesional, en una labor de legitimación social y de activismo en pro de la garantía y defensa de los derechos, ya sean estos derechos ordinarios o derechos fundamentales.

¹⁹⁶ Francisco Zúñiga Urbina, “Activismo judicial y separación de poderes”, en *Estudios de derecho público, el principio de separación de poderes*, dir. Juan Carlos Ferrada Bórquez, 489.

¹⁹⁷ Jorge Peyrano, *Abuso Procesal* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2001), 150.

¹⁹⁸ Luis Ávila Linzán, “El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas”, en *Neoconstitucionalismo y sociedad*, ed. Ramiro Ávila Santamaría (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 209.

4.1 Rol del juez en esta visión

Considerando que el juzgador dentro de la visión del activismo judicial, tiene o dispone de la facultad de expedir actuaciones para mejor proveer (actividad probatoria), lo debe realizar de forma responsable y muy objetiva, debido a que, no debe apartarse de los hechos y pretensiones de la controversia a su cargo.¹⁹⁹ Por ello, su objetivo es encontrar la verdad material de lo que originó el conflicto, confirmando los hechos alegados por el actor o el demandado, sin que ello signifique que el juzgador a pretexto de esta facultad probatoria, incorpore nuevos hechos que no hayan sido mencionados en los actos de proposición de los intervinientes en la contienda legal.

Esta facultad de gran trascendencia, es causa de polémica, por cuanto, defensores del garantismo procesal sostienen que al favorecer a una u otra parte, se afecta al principio de congruencia, pues se estaría apartando de todos los elementos o actuaciones judiciales aportados por los intervinientes del litigio, incurriendo el juez en vicios de incongruencia de la sentencia, como *extra o ultra petita*.

Al existir un interés público en la función de la prueba -dentro del proceso-, el activismo busca que, mediante esta práctica probatoria, se colabore con la resolución del proceso conforme a justicia, es decir, se produzca la certeza en la mente del juez,²⁰⁰ para que la decisión sea más cercana a la realidad fáctica.

Incluso se ha llegado a mencionar dentro de estas discusiones, que la inclinación hacia el activismo, crea un dilema, el cual es, que dicha actitud del juez dentro del proceso desembocaría en un autoritarismo, lo cual no “sería” saludable en una administración de justicia, por cuanto se crearía una inseguridad jurídica, al momento de resolver la causa. Lo cual no debe ser así, ya que los límites a esta actividad oficiosa, son determinados por la misma norma procesal.

Al momento de desarrollarse el proceso y la práctica de todas las pruebas, en ciertos casos habrá dudas en el operador de justicia, en cuanto, a la realidad de los hechos discutidos. Es por ello que el activismo judicial constituye “la consagración de un derecho

¹⁹⁹ Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*, art. 140. La jueza o el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no podrá ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido legados por las partes. En adelante se cita este Código como COFJ.

²⁰⁰ De Santo, *La prueba judicial*, 68.

procesal de excepción”, para encontrar esa solución justa del caso, sin contradecir el sistema procesal implementado.²⁰¹

5.Cuál es la tendencia para acoger al activismo judicial

La justicia se logra a través de la adecuada institucionalización del poder y su robustecimiento, es por ello que, consolidar un modelo procesal por audiencias, es de cierta forma, la principal tendencia para incrementar las facultades del operador de justicia. Ya que mediante aquello se permitirá fortalecer el debate oral, realizar una concentración del trámite, eficacia en el desarrollo del proceso y celeridad.

El otorgar a los juzgadores amplios y verdaderos poderes para la sustanciación de las causas, implica que los principios -consagrados en la Constitución- de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, no queden en simples declaraciones y sean aplicados en todo momento²⁰². Además, el reconocimiento a la buena fe y lealtad procesal dentro del litigio, deben ser aplicados de forma permanente -, de tal manera que el juez como director del proceso, puede sancionar o corregir la mala actuación o el abuso del derecho de las partes.

La tendencia aquí es establecer la participación activa del juzgador, la misma que debe ser total, por cuanto en un sistema oral, dentro de la audiencia, él es quien va a formar su criterio, en base a pretensiones y excepciones propuestas por los intervinientes.

Concomitantemente, por medio del proceso, los particulares miran como sus derechos subjetivos, son examinados con todas las garantías propias del mismo. Cabe recalcar que el ejercicio de la acción opera en base a pretensiones y resistencias,²⁰³ actuando de forma objetiva, con el fin de determinar en su resolución, cuál de las dos posiciones se ha logrado demostrar. Garantizando en todo momento, la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, en otras palabras, el juzgador con una posición activista dentro del proceso, hace efectivos los derechos de las partes.

En todo esto, es necesario dentro del entorno jurídico que se desarrolla en el país tener jueces que dirijan el proceso de una forma activa, que sea creadores e

²⁰¹ Jorge W. Peyrano. “Sobre el activismo judicial”, en *Activismo y garantismo procesal*, Academia nacional de derecho y ciencias sociales de Córdoba (Córdoba: ANDCSC, 2009), 11.

²⁰² Aguirre Guzmán, *Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador*, 33.

²⁰³ Montero Aroca et al., *Derecho Jurisdiccional: parte general*, 115. Señala además que la pretensión es la petición fundada que se presenta ante el órgano jurisdiccional correspondiente, mientras que la resistencia es la oposición a la pretensión -una petición en sentido contrario-, es la reacción que se realiza para confrontar dicha pretensión.

innovadores²⁰⁴, cuidando sigilosamente que ello no conlleve a que se realice un abuso de facultades dentro del proceso y se pasen los límites entre la justicia y el autoritarismo.

Las facultades otorgadas al juzgador, conducen a la búsqueda de una solución más correcta, concreta y justa, de tal manera que la pretensión o resistencia que se encuentre más ajustada a derecho, sea la que prevalezca dentro del litigio.²⁰⁵ Aquí opera la objetividad y el discernimiento de lo que el juez ha observado dentro de todo el proceso, decidiendo a partir de la esfera del conflicto puesto a su conocimiento.

Respecto a esto, la aplicación de valores como la igualdad, la verdad y la justicia, hará que el proceso, se desarrolle acorde a las garantías del debido proceso, la búsqueda de la verdad en la confirmación de los hechos, la igualdad material de las partes y la elaboración de sentencias racionales basadas en parámetros de justicia, son elementos determinantes para cualquier proceso judicial.²⁰⁶ No hay que descuidar que, aunque los poderes o facultades de los jueces han aumentado, ello se encuentra limitado -de forma tácita- a que siempre se debe resolver acorde entre lo pretendido y manifestado por las partes procesales.

Es aquí, a partir de la verdad como valor, el juzgador -con las facultades directrices y procesales-, debe llegar al esclarecimiento de la verdad del litigio, no solo que se quede en la verdad procesal, sino que, utilizado su nuevo rol dentro de la justicia, resuelva de una manera justa, los casos puestos a consideración de la administración de justicia, de la manera más acorde a la realidad de los hechos y no solo a la realidad procesal.

En consecuencia, todo este cambio y aumento de facultades, hace pensar que en los jueces recae una gran responsabilidad para que el sistema funcione de una manera adecuada. Es importante que exista una conciencia en que lo primero que hay que buscar es que se aplique las normas adecuadamente, que los derechos de las partes sean respetados, y que el trabajo de las unidades judiciales mejore, en *pos* de alcanzar la excelencia en la administración de justicia.

6. Recomendaciones legislativas.

²⁰⁴ Aguirre Guzmán, *Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador*, 17.

²⁰⁵ Enrique Véscovi, *Teoría general del proceso*, 187.

²⁰⁶ Ramírez Carvajal, "La oralidad y su relación con los poderes de instrucción que tiene el juez en el proceso", en *Oralidad y proceso: una perspectiva desde Iberoamérica*, ed. Leonardo David López Escobar, 16.

6.1. Incorporación de la dinámica probatoria.

Sobre la base del análisis realizado del tema propuesto, como una recomendación establecería la implementación de una carga dinámica de la prueba dentro del artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos, tomando como referencia la legislación procesal colombiana, así como también española, que la consagran como una distribución de la carga de la prueba. Ello enfocado a que el juzgador en base a los hechos planteados y expuestos por cada uno de los sujetos procesales, pueda resolver cuál de los litigantes es el que está en mejor posición de aportar o suministrar los medios probatorios que permitan la solución de los hechos en conflicto.

Esto no debe ser considerado como una inversión de la carga de la prueba, sino por el contrario, ayudaría en el esclarecimiento de cómo ocurrieron en realidad los hechos controvertidos, en aplicación del principio de lealtad procesal y de igualdad material, ya que lo que se busca es un equilibrio de los litigantes al momento de probar sus pretensiones y excepciones, cuando del proceso se pueda colegir una dificultad al momento de la obtención de los elementos probatorios.

Una posible reforma que se podría incorporar, estaría definida de la siguiente manera: Agréguese como párrafo final del artículo 169, el siguiente texto:

No obstante de lo señalado en los incisos anteriores, según las particularidades del caso, el juzgador podrá distribuir la carga de la prueba, estableciendo que parte procesal se halla en mejor disponibilidad y facilidad probatoria para aportarla, ello se considera cuando uno de los sujetos procesales se encuentra en mejor posición para probar, en virtud de su cercanía con el material probatorio, ya sea por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en el hecho o hechos que dieron origen al litigio, o por estado de indefensión en el cual se encuentre la contraparte.

Cuando el juez adopte esta decisión, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar la prueba descrita, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

En definitiva, esta distribución dinámica de la carga probatoria se la debe aplicar en los casos donde el juzgador identifique una extrema dificultad de los sujetos procesales para la obtención de todos los elementos de prueba, entendiendo así que la flexibilidad del concepto tradicional de carga probatoria, debe ser aplicada cuando existan

circunstancias relevantes dentro del litigio; con lo cual, con una debida aplicación de esta figura, la igualdad probatoria será totalmente real.

6.2. Limitación de la prueba de oficio de testigos.

Otra de las recomendaciones sería una limitación expresa dentro del artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos, en lo referente a la prueba testimonial, por cuanto, la práctica de dicha prueba se basa en un sistema adversarial, en el cual la parte procesal que solicitó la presencia de un testigo inicia la práctica de la misma con un examen directo, seguido de un contra examen por el otro sujeto procesal, ante un juez neutral, puesto que, si es el juzgador quien inicie este examen directo no se desarrollaría este sistema adversarial mencionado²⁰⁷ y por el contrario habría una gran posibilidad de violentar el principio dispositivo.

Una potencial reforma que se podría plantear, estaría enfocada del siguiente modo: Agréguese en el artículo 168, luego de la palabra “días” el siguiente texto:

Se exceptúa de ello la prueba testimonial, sin perjuicio de que el juez tenga la facultad de repreguntar a los testigos que hubieren intervenido o pedir aclaraciones sobre un tema que haya generado duda en el mismo.

Esta limitación expresa, servirá para no generar dudas en la imparcialidad del operador de justicia, ya que, con el cambio de la visión de declaración de testigos como ya se mencionó, ya no se deja a la interpretación del juez, el cómo utilizar esta facultad en este tema específico.

²⁰⁷ Yépez Garcés, *Litigación oral civil*, 91.

Conclusiones

La implementación de un sistema procesal más moderno, a través de la oralidad era necesario dentro del país, dando un mayor realce a la aplicación de principios procesales como los de inmediación, concentración, libertad probatoria, contradicción, entre otros. El desarrollo de audiencias y la correcta celebración de las mismas, conlleva al juzgador a tener un amplio espectro de los hechos en conflicto, y mediante a todas las actuaciones desarrolladas, emitirá su resolución de una forma adecuada y cumpliendo los preceptos de la administración de justicia.

Para la efectiva realización este sistema, se consideró otorgarle varias facultades al juzgador, entre ellas esta, la de decretar la práctica de prueba por su propia iniciativa, la misma que es totalmente legítima, tanto por su base legal, como por la base doctrinaria. Es importante considerar que dependerá mucho de los límites que el propio juez haga de esta facultad –que es abierta-, respetando siempre el derecho a la defensa y la contradicción de las pruebas que se dispongan a practicarse e incorporarse.

Dicha facultad del juez de ordenar prueba por su iniciativa, se la debe observar como un beneficio para el proceso y como un instrumento encaminado a la búsqueda de la verdad de lo ocurrido. No está enfocada a la violación de principios procesales, ni mucho menos al perjuicio de alguna de las partes, peor aún se la ha plasmado para suplir las falencias que hayan cometido los litigantes, o cometer arbitrariedades para beneficiar a uno u otro, sino que se la ha establecido en búsqueda de efectivizar una verdadera tutela judicial.

Por ende, la prueba oficiosa debería ser decretada de forma abierta y sin temor de ninguna naturaleza, pero siempre con la finalidad de que no se desnaturalice los poderes que el legislador ha conferido al juez.

Asimismo, es importante haber determinado los límites correspondientes que tiene esta atribución, con el fin de que la prueba oficiosa no se convierta en una herramienta de arbitrariedad y autoritarismo. Cabe señalar, que no se trata de que la facultad de la prueba de oficio rompa el equilibrio de los sujetos procesales, sino de que sirva para la búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos, para que sea ésta, la que forme la convicción del juez y se emita una sentencia justa y motivada.

Restringir las actividades del operador de justicia dentro del proceso, convirtiéndolo en un mero espectador del litigio, respondería a una ideología liberal

radical, en la cual se genera una desconfianza para otorgarle al juzgador facultades o poderes para el desempeño de su actividad jurisdiccional.

Es así que, el activismo judicial se encamina en una participación comprometida del juez con la justicia, alejándose de ser un ‘convidado de piedra’ dentro del proceso, de modo que, si existe la necesidad de disponer la práctica de un medio probatorio por su iniciativa, la misma estará enfocada a la búsqueda de una solución justa, en aplicación de los institutos a su alcance; y, con la ayuda de dicha prueba, podrá emitir una sentencia realista, y no solo pronunciar una resolución aséptica y puramente intelectual.

Considero que ninguna persona, le daría la espalda a un juzgador que este decidido a buscar una solución al proceso judicial, en la cual, con todos los elementos practicados y producidos dentro de audiencia, se demuestre la verdad de lo ocurrido, y en definitiva, tutelando los derechos particulares de los sujetos procesales.

Pese a que se eliminó la limitación de disponer la práctica de oficio de la prueba testimonial, ello no ha derivado a que el juzgador se vuelva en un buscador inflexible de testigos, para solventar cualquier posición o pretensión dentro del proceso. Pero resulta necesario tener una limitación al respecto, puesto que dentro de las declaraciones testimoniales (incluyendo la declaración de parte), el juez únicamente, ejerza la atribución de realizar preguntas aclaratorias y complementarias, de las mismas respuestas dadas por quienes han sido llamados a testificar dentro del proceso.

Finalmente, el operador de justicia, no debe caer en el abuso de sus facultades, ya que si su resolución, no se enmarca a los límites que establecieron las partes en sus actos de proposición, dicha decisión caería en vicios de congruencia, ya sea por *extra petita* o por *ultra petita*, lo cual invalidaría totalmente la misma.

Bibliografía

- Abad Arévalo, Dana. *La negativa pura y simple en el ejercicio del derecho de contradicción*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2013.
- Aguirre Guzmán, Vanesa. *Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador*. Quito: Ediciones Legales / UASB-E, 2012.
- Alvarado Velloso, Adolfo. *Debido Proceso versus pruebas de oficio*. Bogotá: Temis, 2004.
- . “El garantismo procesal”. En *Estudios de Derecho Procesal Civil*, coordinado por Paulo de la Fuente, 61-106. Santiago de Chile: Librotecnia, 2010.
- . “El garantismo procesal”. En *Activismo y garantismo procesal*, editado por Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba: ANDCSC, 2009.
- . *Introducción al estudio del derecho procesal. Primera parte*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni, 1997.
- . *Introducción al estudio del derecho procesal. Segunda parte*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni. 1998.
- . *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial: ¿Qué es el garantismo procesal?* Rosario: Ediciones nueva jurídica, 2011.
- . “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento”. En *Instituto Colombiano de Derecho Procesal, XXVI Congreso colombiano de derecho procesal*, 641-70. Bogotá, CO: Universidad Libre, 2005.
- . “La imparcialidad Judicial y la función del juez en el proceso civil”. En *Proceso Civil, hacia una nueva justicia civil*, coordinado por Andrés de la Oliva Santos y Diego Iván Palomo Vélez, 283-94. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007.
- . “La imparcialidad judicial y la prueba oficiosa”. En *Confirmación Procesal*, dirigido por Adolfo Alvarado Velloso y Oscar A. Zorzoli. Buenos Aires, AR: Ediar, 2007.
- . *Sistema de derecho procesal*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2009.
- Andrade Ubidia, Santiago. “La función Judicial en la vigente Constitución de la República. En *La nueva constitución del ecuador. Estado, Derechos e*

- Instituciones*, dirigido por Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, 239 – 268. Quito, EC: Corporación Editora Nacional, 2009.
- Aragoneses, Pedro. *Proceso y derecho procesal*. Madrid: Aguilar Ed. 1960.
- Argentina. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Aprobado por la ley 26.994. Promulgado según decreto 1795/2014.
- . *Código procesal civil y comercial de la nación – Ley 17.454 de 1981*, publicado 27 de agosto de 1981, modificado el 19 de diciembre de 2018 por la ley 27.500.
- . Suprema Corte de Justicia de Mendoza. *Juicio No. 48.373*, “Dyas de Siva”, sentencia del 11 de noviembre del 1991, citado por Analía Victoria Romero, “Cargas Probatorias Dinámicas”. en *Elementos de derecho probatorio*, dirigido por Jorge W. Peyrano, 459 – 474. Buenos Aires, AR: Rubinzal - Culzoni, 2017.
- Avendaño Valdez, Juan Luis. “Las cargas probatorias dinámicas”. En *Las garantías del justo proceso, ponencias del tercer seminario internacional proceso y constitución*, coordinado por Giovanni Priori Posada, 427-32. Lima, PE: Palestra Edit. 2013.
- Ávila Linzán, Luis. “El acceso a la justicia y la emancipación social de las personas excluidas”. En *Neoconstitucionalismo y sociedad*, editado por Ramiro Ávila Santamaría, 163-216. Quito, EC: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia”. En *La Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el derecho comparado*, editado por Ramiro Ávila, 19-38. Quito, EC: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008.
- . *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito: CEDEC, 2012.
- Benabentos, Omar. *Teoría general única del derecho procesal*. Rosario: Ediciones Juris, 2001.
- Bermúdez Muñoz, Martín. “El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad”, *Revista Temas Jurídicos*. n.º 11 (1995), citado por Juliana Pérez, “La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa”, *Revista estudios de derecho LXVIII*, n.º 152 (2011): 203-225. http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/2374/1/PerezJuliana_2011_CargaResponsabilidadAdministrativa.pdf.
- Blanco Gómez, José Luis. *Sistema dispositivo y prueba de oficio*. Bogotá: Ediciones Gustavo Ibáñez, 1994.

- Bordalí Salamanca, Andrés. “Sobre los poderes del juez en un modelo procesal civil”. En *Proceso Civil: hacia una nueva justicia civil*, coordinado por Andrés de la Oliva Santos y Diego Palomo Vélez, 179-204. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- Botto Oakley, Hugo. “La prueba de oficio es inconstitucional”. En *Obra jurídica enciclopédica: Derecho procesal civil y mercantil*, coordinado por Juan Pablo Pampillo Baliño y Manuel Alejandro Munive Páez, 373-94. México: Porrúa, 2012.
- Cabrera Acosta, Benigno. *Teoría general del proceso y de la prueba*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996.
- Cabrera Ibarra, Gabriel Alfredo. *Derecho probatorio: compendio*. Caracas: Vadell Hermanos, 2014.
- Calamandrei, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Traducido por Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1973.
- Carnelutti, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil, de la estructura del proceso*. 2 vols. México: Cárdenas, 1998.
- Colombia. *Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012*, Documento Oficial 48.489, 12 de julio de 2012, modificado en noviembre de 2018.
- . Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. *SL 11325-2016. Radicación No. 45089*, 01 de junio del 2016. 20. <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/la/bnov2016/SL11325-2016.pdf>.
- Comisión Internacional de Juristas. *Principios internacionales sobre la independencia judicial y responsabilidad de jueces, abogados y fiscales*. Serie guía para profesionales n.º 1, Ginebra. 2005.
- Comisión Iberoamericana de Ética Judicial. *Código Iberoamericano de ética judicial*, Adoptado el 22 de junio de 2006 por la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, en Santo Domingo, República Dominicana, y modificado el 2 de abril de 2014 en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana en Santiago de Chile. Capítulo II. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/CIEJ/Codigo-Iberoamericano-de-Etica-Judicial/>
- Cordón, Faustino. *Introducción al derecho procesal*. Pamplona: Edit. Universidad de Navarra, 1998.

- Corte IDH. “Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Apitz Barbera vs Venezuela*, 5 de agosto de 2008. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf.
- . “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”. *Opinión consultiva OC-16/99*, 1 de octubre de 1999. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf.
- Cortés Domínguez, Valentín y Víctor Moreno Catena. *Derecho procesal civil. Parte general*. Valencia: Ediciones Tirat lo Blanch, 2005.
- Couture, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Montevideo: Edit. B de F., 2002.
- Chile, *Código orgánico de tribunales – Ley 7421 de 1943*, publicado 09 de julio de 1943, modificado el 20 de septiembre de 2018 por la ley 21110.
- . *Código de procedimiento civil – Ley 1552 de 1902*, publicado 30 de agosto de 1902, modificado el 14 de mayo de 2019 por la ley 21159.
- Chiovenda, Giuseppe. “Deberes y poderes del juez”. En *Actos del juez y prueba civil*, compilado por Fernando Quinceno Álvarez, 75-90. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001.
- De Santo, Víctor. *La prueba judicial*. Buenos Aires: edit. Universidad, 2005.
- Díaz-Restrepo, Juan Carlos. “La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional”. *Entramado: Revista de la Universidad Libre de Cali* 12. n.º 1 (2016): 202 – 221. <http://www.scielo.org.co/pdf/entra/v12n1/v12n1a14.pdf>.
- Ecuador. *Código de Enjuiciamientos en Materia Civil*. Registro Auténtico 1907. 19 de octubre de 1907.
- . *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial Suplemento 58. 12 de julio de 2005.
- . *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial Suplemento 544. 9 de marzo de 2009.
- . *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial Suplemento 506. 22 de mayo de 2015.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro oficial 449. 20 de octubre del 2008.
- . Corte Constitucional para el periodo de transición, “Sentencia No. 020-10-SEP-CC. CASO No. 0583-09-EP. 11 de mayo del 2010”. Recogido por la sentencia

- No. No. 102-13-SEP-CC, CASO No. 0380-10-EP. Gaceta constitucional, 005, 27 de diciembre de 2013.
- . Corte Nacional de Justicia Sala de lo Civil y Mercantil. “Sentencia de casación”. En *Juicio ordinario No. 176-2014*. 04 de junio del 2014. http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_civil/2014/176-2014.pdf.
- . Corte Nacional de Justicia Sala de lo Civil y Mercantil. “Sentencia de casación”. En *Juicio ordinario No. 422-2012*. 21 de mayo del 2014. http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_civil/2014/422-2012.pdf.
- . Corte Provincial de Justicia de Tungurahua. Sala de lo Civil. “Sentencia”. En *en Proceso sumario pago de haberes laborales No. 18371-2018-00173*, 16 de mayo del año 2019.
- . Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. “Sentencia de casación”. *Gaceta Judicial No. 13. Serie No. 15*, 13 de octubre de 1991.
- . Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la Parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito, “Sentencia”. En *proceso sumario de fijación de pensión alimenticia No. 17203-2017-06319*, 14 de marzo del año 2018.
- España. Tribunal constitucional. *Sentencia 90/1994*. Boletín Oficial del Estado 89, 14 de abril de 1994, ECLI:ES:TC:1994:90.
- Estrada Michel, Juan Pablo y Rafael Estrada Michel, “Garantismo y proceso civil”. En *Derecho constitucional de los derechos humanos*, coordinado por Ricardo Sepúlveda Iguíniz, Diego García Ricci y Rafael Estrada Michel, 219-42. México: Porrúa, 2013.
- Echandía, Hernando Devis. *Compendio de la prueba judicial*. 2 vols. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni. 2000.
- . *Estudios de derecho procesal*. 2 vols. Bogotá: Edit. ABC, 1979.
- . “La iniciativa probatoria del juez civil”. En *Actos del juez y prueba civil*, compilado por Fernando Quinceno Álvarez, 213-33. Bogotá, CO: Editorial Jurídica Bolivariana. 2001.
- . *Nociones de derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar, 1966.
- . *Teoría general de la prueba*. Buenos Aires: V.P. de Zavalía, 1972.
- . *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Edit. Universidad, 2004.

- . *Revista Iberoamericana de derecho procesal*, n.º 1, 1965.
- Fábrega, P Jorge. *Teoría General de la Prueba*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997.
- Fernández López, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. Madrid: Editor La Ley, 2006.
- Fernández Toledo, Raúl. *Las facultades y deberes del juez en materia probatoria*. Santiago de Chile: PuntoLex-Thomson Reuters, 2011.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Traducido por Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1998.
- Ferrer Beltrán, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Ferreya, César Rafael. “Somera referencia a algunos aportes de la concepción egológica del derecho al activismo judicial”. En *Nuevas herramientas procesales*, dirigido por Jorge W. Peyrano, 3 vols. Santa Fe, AR: Rubinzal – Culzoni, 2013.
- Gaitán Guerrero, Loly. “La prueba de oficio en el proceso civil: ¿imparcialidad del juez e igualdad de las partes?”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 43 (2010): 3-22. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033192005>.
- García Falconí, José. *Los principios rectores y disposiciones fundamentales que se deben observar en la administración de justicia en el Ecuador según el Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Ediciones Rodin, 2009.
- Gascón Abellán, Marina. “La teoría general del garantismo, rasgos principales”. En *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, editado por Miguel Carbonell, 21-40. Madrid, ES: Trotta, 2009.
- Gascón Abellán, Mariana y Alfonso García Figueroa, *La argumentación en el derecho*. Lima: Palestra Editores, 2005.
- González de Audicana, Francisco. “La verdad judicial como complemento a la convicción del juzgador en los procesos civiles dispositivos”. En *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso administrativo*, dirigido por Xavier Abel Lluch, Picó i Junoy y Joan Richard González, 255-68. Madrid: La Ley, 2011.
- Guarderas, Ernesto. Ab. María Belén Cañas y Ab. Ricardo Hernández. *Código Orgánico General de Procesos. Manual práctico y analítico. Procedimientos, audiencias y teoría del caso*. Quito: Ediciones Legales, 2016.
- Ivanega, Miriam Maribel. “El alcance del principio de verdad material en el procedimiento administrativo”, *AIDA Opera prima. Revista de la asociación internacional de derecho administrativo*. n.º 11 (2012): 197-222. <https://revistas->

colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/opera-prima-derecho-admin/article/view/1488/1388.

- Jiménez, María Eugenia. “Principios de la prueba y el derecho probatorio en general”. En *Elementos de derecho probatorio*, dirigido por Jorge Peyrano. Buenos Aires, AR: Rubinzal - Culzoni, 2017.
- Maraniello, Patricio Alejandro. “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”. *Tla-Melahua - Revista de ciencias sociales* 6, n.º 32 (2012): 46-83. <https://dialnet.unirioja.es/revista/21326/A/2012>.
- Mazón, Jorge Luis. *Ensayos críticos sobre el COGEP*. Quito: Legal group, 2018.
- Mejía Salazar, Álvaro. *La oralidad y los principios del procedimiento*. Quito: Ius et Histariae, 2018.
- Menacho de Solá-Morales, Antonio. “La duda del abogado ante la prueba”. En *La prueba judicial, desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, dirigido por Xavier Abel Lluch, Joan Picó i Junoy y Manuel Richard Gonzales, 269-87. Madrid: La Ley, Grupo Wolters Kluwer. 2011.
- Mogrovejo, Diego. *Los presupuestos de la acción extraordinaria de protección. El control del rol del juez en el neoconstitucionalismo garantista*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2014.
- Montero Aroca, Juan, Juan Luis Gómez, Alberto Montón y Silvia Barona. *Derecho Jurisdiccional: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- . “Derecho a la imparcialidad judicial. Comentario al artículo II-107 del tratado por el que se establece una Constitución para Europa y al artículo 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos,” *Revista europea de derechos fundamentales*, n.º 7 (2006): 69-111. <http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/view/365/353>.
- . “La imparcialidad judicial en el convenio europeo de derechos humanos”. En *La ciencia del derecho procesal constitucional*, coordinado por Eduardo Ferrer MacGregor y Arturo Lelo de Larrea, 777-818, 12 vols. México, MX: Marcial Pons, 2008.
- Morello, Augusto M. *La prueba, tendencias modernas*. La Plata: Ediciones Platense S.R.L, 1991.
- Netri, Andrea Susana. “El juez activo afianza la justicia”. En *Nuevas herramientas procesales*, dirigido por Jorge W. Peyrano, 3 vols. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni, 2013.

- Obando Blanco, Víctor. *Proceso Civil y el Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva*. Lima: Ara edit., 2011.
- Palomo Vélez, Diego. “Y ahora, tras la experiencia procesal penal ¿La oralidad al proceso civil? algunas claves y criterios a seguir”. *Revista Ius et Praxis* 10, n.º 2 (2010): 225 – 265. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19710208>.
- Parodi Remón, Carlos. "Activismo o garantismo judicial". En *La ciencia del derecho procesal constitucional*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Lelo de Larrea, 311-66, 12 vols. México: Marcial Pons, 2008.
- Pásara, Luis. “Desafíos de la transformación de la justicia en América Latina”. En *La transformación de la justicia*, editado por Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzán, 85-108. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2009.
- Perú, *Código procesal civil – Ley 25282 decreto legislativo 768*, publicado 22 de abril de 1993, reformado el 04 de septiembre de 2018 por el decreto legislativo 1384.
- Peyrano, Federico J y Jorge W. Peyrano. “El activismo judicial”. En *Diario de doctrina y jurisprudencia El derecho* 266, n.º 13 (2016): 1-2. 901. ISSN 1666-8987.
- Peyrano, Jorge Walter. *Abuso Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2001.
- . *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2008.
- . “Las cargas dinámicas probatorias, Hoy”. En *Elementos de derecho probatorio*, dirigido por Jorge W. Peyrano, 421-28. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2017.
- . “Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes”. En *Elementos de derecho probatorio*, dirigido por Jorge W. Peyrano, 429-32. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni. 2017.
- . “Medidas para mejor resolver”. En *Elementos de derecho probatorio*, dirigido por Jorge W. Peyrano, 373-78. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni. 2017.
- . “Sobre el activismo judicial”. En *Activismo y garantismo procesal*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 8-17. Córdoba: ANDCSC, 2009.
- Picado Vargas, Carlos Adolfo. “El derecho a ser juzgado por un juez imparcial”. *Revista de IUDEX*, n.º2 (2014): 31-62. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32673-1.pdf>.
- Picó i Junoy, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: J.M. Bosch, 1996.
- . *El juez y la prueba*. Bogotá: Ediciones Gustavo Ibáñez, 2011.
- . *El principio de la buena fe procesal*. Madrid: Bosh edit, 2013.

- Quezada Martínez, Teresa. “La prueba de oficio en la instancia revisora”. En *El derecho frente a la ciencia y a la tecnología: libro homenaje a César Delgado Barreto y César Fernández Arce*, coordinado por Carlos Enrique Becerra, 457-74. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.
- Quijano Parra, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Editorial ABC, 2006.
- Ramírez Carvajal, Diana. “Facultades probatorias del juez en el estado social de derecho”, En *Confirmación Procesal*, dirigido por Adolfo Alvarado Velloso y Oscar Zorzoli, 231-58. Buenos Aires: Ediar, 2007.
- . “La oralidad y su relación con los poderes de instrucción que tiene el juez en el proceso”. En *Oralidad y proceso: una perspectiva desde Iberoamérica*, editado por Leonardo David López Escobar. 11-26. Medellín: Universidad de Medellín, 2010.
- . *La prueba de oficio, Una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Bogotá: U. Externado de Colombia, Editor La Ley, 2006.
- Ramírez Romero, Carlos. *Apuntes sobre la prueba en el COGEP*. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017.
- Ruiz Guzmán, Alfredo, Pamela Aguirre Castro y Dayana Ávila Benavidez, eds. *Desarrollo jurisprudencial de la primera corte constitucional. Periodo noviembre 2012 – noviembre 2015*. Quito: CEDEC, 2016.
- Rosenberg, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Editorial B de F., 2002.
- Satta, Salvatore. “Los poderes del juez”. En *Actos del juez y prueba civil*, compilado por Fernando Quinceno Álvarez. 61-74. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001.
- Simons Pino, Adrián. “Poderes jurisdiccionales: El dilema entre el juez activo y el juez autoritario”. En *Proceso Civil: hacia una nueva justicia civil*, coordinado por Andrés de la Oliva Santos. 205-26. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *Responsabilidad civil médica en los servicios de salud*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1993.
- Taruffo, Michael. *Teoría de la Prueba*. Lima: Ara Editores, 2012.
- . *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial, 2013.
- Valdés, Clemente. “El poder de los jueces”. En *La ciencia del derecho procesal constitucional*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Lelo de Larrea, 199-240, 12 vols. México: Marcial Pons, 2008.

- Van, Rhee Remco. "Tradiciones europeas en el procedimiento civil; una introducción". *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 15 (2002): 15-40. http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej15/VAN%20RHEE%20_6_.pdf.
- Véscovi, Enrique. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999.
- Yépez Garcés, Diego. *Litigación oral civil: La contienda adversarial, trasplante y prueba testimonial*. Quito: CEP, 2016.
- Zavala Egas, Jorge. *Código orgánico general de procesos, notas de estudio*. Guayaquil: Murillo edit., 2016.
- Zúñiga Urbina, Francisco. "Activismo judicial y separación de poderes". En *Estudios de derecho público, el principio de separación de poderes*, coordinado por Juan Carlos Ferrada Bórquez, 485-516. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2011.