

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Doctorado en Derecho

**La prueba de oficio en el procedimiento contencioso tributario
ecuatoriano y su compatibilidad con el principio dispositivo**

Ligia Gabriela Izurieta Alaña

Tutor: Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo

Quito, 2022

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

Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Ligia Gabriela Izurieta Alaña, autora del trabajo intitulado “La prueba de oficio en el procedimiento contencioso tributario ecuatoriano y su compatibilidad con el principio dispositivo”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Doctorado en Derecho de 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. La cesión de derechos se realiza, sin perjuicio de ejercer mis derechos de autor. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u 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 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.

13 de marzo de 2023

Firma: _____

Resumen

La presente investigación tiene como objeto de estudio la prueba para mejor resolver en el procedimiento contencioso tributario de conformidad con las normas vigentes en el COGEP; en consecuencia, se plantea como objetivo general fundamentar los presupuestos teóricos, normativos y procesales que legitiman la procedencia de la prueba de oficio y su compatibilidad con el sistema procesal dispositivo ecuatoriano en el procedimiento contencioso tributario. Para conseguir ese propósito se realiza una investigación desde el punto de vista teórico, normativo y comparado de la prueba de oficio como institución del derecho procesal y su relación con los sistemas procesales y las facultades del juez para decretarla, así como los requisitos exigidos en la legislación comparada y la doctrina procesalista. Como contexto general de la investigación se sitúa el marco constitucional y legal vigente en el país, a partir de la Constitución de 2008 y las normas sustantivas y procesales que regulan la administración de justicia y el sistema judicial, éste último con la novedad de que los procesos regulados en el COGEP son de aplicación a todas las materias, excepto constitucional, penal y electoral. Como consecuencia de ello, varias materias que contaban con sus normas procesales propias, incluida la prueba de oficio, se rigen ahora por las normas generales del referido cuerpo legal. A partir de esos análisis, el estudio se centra en la compatibilidad de la prueba para mejor resolver establecida en el artículo 168 del COGEP con el principio dispositivo que rige el sistema procesal ecuatoriano y sus manifestaciones concretas en el procedimiento contencioso tributario, así como sus características principales y las consecuencias que puede tener la prueba decretada de oficio sobre el juzgador y las partes respecto de los principios procesales, los derechos de las partes y el objetivo de la prueba para mejor resolver. Al final se presenta un conjunto de criterios que se considera debería tener presentes el juzgador antes de decretar la prueba para mejor resolver en el procedimiento contencioso tributario, los cuales pudieran ser extendidos válidamente a otros procesos regulados en el COGEP, con independencia de la materia concreta de que se trate.

Palabras clave: prueba de oficio, prueba para mejor resolver, sistemas procesales, sistema inquisitivo, sistema dispositivo, administración de justicia, contencioso tributario.

A mi mami Polito, por ser mi compañera incondicional en mis recorridos personales y académicos, sin su amor y apoyo no fuera posible este logro.

A mi amada Sofía por su paciencia y por ser el estímulo constante para convertirme en ejemplo a seguir.

Agradecimientos

A Dios, por ser mi equilibrio y el centro de mi existencia, gracias a su bendición es posible cumplir este objetivo académico.

A mis padres, por animarme y creer en mis logros académicos y personales.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por su excelencia académica.

Al doctor J. V. Troya que, aunque ya no esté entre nosotros, ha sido un ejemplo y referente en mi vida académica y profesional con sus enseñanzas en el Derecho Tributario.

A mi maestra y amiga Claudia, por su voto de confianza y apoyo permanente en este largo camino académico.

A mi tutor y amigo Juan Carlos, que con su solvencia intelectual ha guiado cada uno de mis pasos académicos siendo la clave para la obtención de este resultado.

A mi amigo Yoel, por compartir sus experiencias académicas y su constante acompañamiento para culminar con éxito este objetivo académico.

Tabla de contenidos

Introducción.....	15
Capítulo primero: Los sistemas procesales y los principios que los fundamentan	21
1. Cuestiones epistemológicas preliminares	21
2. La idea de sistema en la ciencia jurídica.....	29
2.1. Los sistemas procesales	34
2.2. El sistema inquisitivo y el sistema dispositivo: criterios de distinción.....	36
2.3. El sistema procesal mixto	48
3. Los principios en el derecho procesal.....	51
3.1. Principios de la administración de justicia	59
3.1.1. Fuente y ejercicio de la administración de justicia	59
3.1.2. Independencia interna y externa	60
3.1.3. Autonomía	61
3.1.4. Unidad jurisdiccional.....	62
3.1.5. Acceso gratuito a la administración de justicia	63
3.1.6. Publicidad	65
3.1.7. Principios de la sustanciación del proceso.....	67
3.1.8. Sistema procesal como medio para la realización de la justicia	69
3.1.9. Principios de seguridad jurídica, verdad procesal y obligatoriedad de administrar justicia.....	74
3.1.10. Principio de tutela judicial efectiva	77
3.2. Principios de la Función Judicial	81
3.2.1. Principio de buena fe y lealtad procesal	85
3.2.2. Principio de vinculación al derecho.....	86
3.2.3. Principio de la debida diligencia.....	87
3.2.4. Impugnabilidad de los actos administrativos.....	88
3.2.5. Principio de dedicación exclusiva.....	89
3.2.6. Preeminencia del interés superior del niño y adolescentes.....	90
3.2.7. Carrera judicial y acción afirmativa.....	90
4. El principio dispositivo.....	92
4.1. Iniciativa	94

4.2. Disponibilidad del derecho material	95
4.3. En los límites de la decisión	96
4.4. En la disponibilidad de las pruebas.....	97
4.5. Los principios dispositivo y de aportación de parte en el derecho procesal ecuatoriano.....	100
5. Conclusiones parciales del capítulo	106
Capítulo segundo: La prueba como institución del derecho procesal: la prueba de oficio.....	109
1. La prueba	109
1.1. Cuestiones metodológicas y epistemológicas.....	110
1.2. Aspectos doctrinales sobre la prueba.....	114
1.3. Definiciones de la prueba	116
1.4. La prueba en el COGEP.....	119
2. El principio de carga de la prueba	122
2.1. Excepciones al principio de carga de la prueba.....	127
2.2. Objeto de la prueba, medios de prueba y elementos de convicción	133
2.3. Medios de prueba.....	133
2.4. Elementos de convicción	138
3. La prueba de oficio y sus límites	143
3.1. Algunos límites a la prueba de oficio	147
3.2. La prueba de oficio: Estudio comparado	149
3.3. Normas jurídicas a comparar	151
3.4. Operador deóntico.....	154
3.5. Nombre la institución.....	154
3.6. Objetivo	154
3.7. Momento procesal.....	155
3.8. ¿Qué se puede ordenar?	155
3.9. Requisito de procedibilidad	156
3.10. Control de la facultad.....	156
3.11. Medio de impugnación	157
4. Conclusiones parciales del capítulo	159
Capítulo tercero La prueba para mejor resolver como expresión de la facultad oficiosa del juzgador en el procedimiento contencioso tributario ecuatoriano.....	163
1. La prueba de oficio en el derecho procesal ecuatoriano	163

1.1. Análisis de los resultados del estudio comparado entre las disposiciones jurídicas relativas a la prueba de oficio derogadas por el COGEP.....	166
2.1. Características del procedimiento contencioso tributario	172
2.2. Antecedentes del régimen jurídico tributario ecuatoriano	175
2.3. Sujetos y objeto de la relación jurídica tributaria	177
2.4. La prueba en materia contencioso-tributaria	180
3. La prueba para mejor resolver: artículo 168 del COGEP	187
3.1. Principios y derechos que pudieran verse afectados por la prueba para mejor resolver	198
3.2. Principios generales del derecho.....	198
3.3. Derechos fundamentales	201
3.4. Principios del derecho procesal	203
4. La prueba para mejor resolver en el procedimiento contencioso tributario ecuatoriano.....	212
4.1. Criterios para determinar la procedencia de la prueba para mejor resolver en el procedimiento contencioso tributario	223
5. Conclusiones parciales del capítulo	231
Conclusiones.....	233
Bibliografía.....	241

Introducción

La presente es una investigación de dogmática jurídica, en el sentido más genuino de esa expresión, entendida como la interpretación y análisis del derecho, vigente o derogado, nacional o extranjero, con el propósito de sistematizar los elementos y características fundamentales de una institución determinada en el marco de una materia concreta. Además del derecho vigente, la dogmática jurídica se alimenta de sus propios productos expresados través de tratados, monografías y artículos científicos que en su conjunto constituyen una gran parte de la ciencia jurídica tal como se conoce desde hace más de dos mil años.

Pues bien, la institución investigada en este estudio es la prueba de oficio como institución propia del derecho procesal no penal, cuyo diseño teórico y legislativo puede influir considerablemente en el modelo de sistema procesal que se adopte, y en las formas en que los jueces pueden ejercer sus funciones al interior de él, puesto que dicha institución tiene como una de sus propiedades definitorias el que permite que el juzgador pueda introducir, en el proceso judicial, medios de prueba no solicitados o propuestos por las partes en uso del principio de aportación de partes.

Y la primera discusión se presenta precisamente al momento de poner frente a frente los tradicionales sistemas procesales inquisitivo y dispositivo, donde el primero tendría como cualidad inherente una considerable cuota de poder atribuida al juez para iniciar, tramitar y poner fin al proceso, incluso en ausencia de las partes, en tanto en el segundo sus poderes se ven limitados a la dirección del proceso y a conducir el debate entre las partes en el marco de las reglas procesales vigentes, sin ninguna facultad de instrucción o de investigación, o de introducir medios de prueba distintos los propuestos por las partes.

Sin embargo, por más que en la doctrina procesalista tradicional tal oposición se presente como irresoluble en términos teóricos y en el plano legislativo, como en toda oposición extrema siempre aparece una solución intermedia, en nuestro caso sería el sistema procesal mixto, cuya existencia algunos reputados autores niegan enfáticamente. Frente a esa polarización doctrinal, nuestra estrategia consiste en demostrar que el carácter inquisitivo o dispositivo de un sistema procesal no se ve afectado por la posibilidad de que el juez pueda o no decretar prueba de oficio, puesto que la nota más

sobresaliente de cada sistema radica en responder a la pregunta de quién puede iniciar o dar por terminado el proceso, que en el primer caso sería únicamente la autoridad pública y en el segundo, la persona afectada o el juzgador cuando se cumplan todos los trámites procesales y adopte una resolución judicial vinculante que ponga fin al proceso.

En consecuencia, la distinción entre los dos sistemas procesales básicos radica en la iniciativa para iniciar o terminar el proceso, y no en los poderes del juzgador una vez iniciado aquél, lo que significa que la prueba de oficio no afecta al principio dispositivo, sino al principio de aportación de parte y de carga de la prueba, en virtud de los cuales corresponde a las partes aportar el material probatorio para hacer valer ante el juez sus pretensiones y excepciones.

Esa es una presentación básica del tema y los problemas iniciales que comporta. Ahora bien, ¿esa oposición entre diferentes sistemas procesales y los principios que los rigen es universal o se limitan únicamente a ciertas ramas del Derecho, o a determinadas materias procesales? La pregunta exige pasar de la dogmática general a los ordenamientos jurídicos concretos, para verificar hasta qué punto las discusiones teóricas tienen algún reflejo en el diseño técnico y legislativo de las instituciones jurídicas.

Respecto de lo primero, la existencia de una contradicción universal entre sistemas procesales que se oponen en todas sus características esenciales no parece acertado, sobre todo si se tiene en cuenta las radicales diferencias entre el sistema procesal penal y el sistema procesal civil, en cuanto a los sujetos procesales y las pretensiones que se ventilan en cada caso.

De ahí que sea preciso una primera distinción entre sistemas procesales no penales y los sistemas procesales penales, cuyo diseño técnico e investigación dogmática discurren por vías completamente diferentes- aunque en sus orígenes eran uno mismo como se puede apreciar aun en la actualidad a partir de la existencia de algunos principios comunes respecto de la administración de justicia y la función judicial.

La distinción es importante porque, aunque suele hablarse de una oposición entre sistema procesal inquisitivo y dispositivo, en realidad en el sistema procesal penal esa oposición se da entre un *sistema inquisitivo* y un *sistema acusatorio*, mientras que en los sistemas procesales no penales la oposición es entre un *sistema oficioso* frente a un *sistema dispositivo*.

Y en este último, el sistema procesal no penal ecuatoriano basado en el principio dispositivo, se centra nuestra investigación, por lo que a partir de aquí se hablará

únicamente del sistema procesal dispositivo y su relación con la prueba de oficio, o como se la denomina en la legislación procesal no penal vigente, prueba para mejor resolver.

Una vez fijado el contexto conviene hacer las siguientes precisiones. La prueba, en el derecho procesal, es un instrumento que sirve de puente entre la realidad histórica de un conflicto y la materialización decisional del Derecho positivo; en tal sentido, es una carga que corresponde a las partes, ya que cada sujeto procesal, conjuntamente con su defensor técnico, deben estar en capacidad de aportar los medios probatorios en que sustentan sus pretensiones y excepciones, para dar mayor claridad a los hechos controvertidos y contribuir a la convicción del juzgador.

Sin embargo, no siempre los sujetos procesales y sus defensores técnicos presentan los hechos con la claridad que se requiere para una adecuada solución judicial, ni todos los medios de prueba necesarios para propiciar la convicción del juzgador; en esos casos es común que la legislación procesal otorgue a aquél la facultad decretar de oficio la práctica de las pruebas que considere necesarias antes de tomar una decisión judicial que ponga fin al proceso.

Ahora bien, ¿hasta qué punto la prueba de oficio representa un desafío para la configuración jurídica de un sistema procesal dispositivo como el vigente en el Ecuador? ¿Cuáles son los fundamentos teóricos y legislativos que se deben tener en cuenta para decretar la prueba para mejor resolver según la legislación? ¿Tiene la prueba para mejor resolver establecida en el artículo 168 del COGEP alguna diferencia cuando se decreta en un procedimiento contencioso tributario?

Las preguntas anteriores, aunque pueden considerarse tradicionales en los estudios de dogmática procesalista, cobran en el contexto ecuatoriano una importancia singular a partir de la entrada en vigencia del COGEP, por diversas razones que se explican a continuación.

En primer lugar, dicho cuerpo legal establece la sustanciación los procesos a través de una audiencia oral en sustitución del sistema primordialmente escrito que le antecedió. En segundo lugar, establece normas y procesos comunes para todas las materias, excepto las penales, electorales y constitucionales que cuentan con regulaciones procesales propias. Entre esas normas e instituciones comunes se encuentra la *prueba para mejor resolver*, que antes de su entrada en vigencia contaba con un diseño particular adecuado a cada materia sustantiva, entre ellas el procedimiento contencioso tributario.

Con base en esos presupuestos, y en torno a esas preguntas gira la presente investigación, que tiene como objetivo general *Fundamentar los presupuestos teóricos,*

normativos y procesales que legitiman la procedencia de la prueba de oficio y su compatibilidad con el sistema procesal dispositivo ecuatoriano en el procedimiento contencioso tributario.

El desarrollo de la investigación se ha estructurado en tres capítulos. Capítulo primero. Los sistemas procesales y los principios que los fundamentan. Su objetivo es identificar y sistematizar las características principales de los sistemas procesales inquisitivos y dispositivos, de acuerdo a las funciones del juzgador con respecto a la actividad probatoria. En el contexto del sistema procesal no penal, la oposición entre ambos sistemas se configura en torno al principio oficioso y el principio dispositivo, de acuerdo a las diferencias de las facultades de las partes y el juzgador respecto al inicio del proceso.

Asimismo, una vez fijado el contexto teórico, se analizan los principios de la administración de justicia y la función judicial en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se sistematizan sus características fundamentales y el lugar que ocupa el principio dispositivo en relación con los poderes del juzgador y la actividad probatoria dentro del proceso

Capítulo segundo. La prueba como institución del derecho procesal: la prueba de oficio. Su objetivo básico es analizar la prueba como institución del derecho procesal, los principios que deben regir la actividad probatoria y la prueba de oficio como excepción al principio de carga de la prueba en la doctrina y el Derecho comparado.

De igual manera, se analizan los conceptos de carga probatoria dinámica e inversión de la carga de la prueba, como excepciones al principio clásico, de conformidad con el cual quien alega debe probar en juicio. El análisis no se limita a los aspectos doctrinales, sino que se hace una interpretación sistemática del principio de carga de la prueba en el COGEP y sus excepciones, para luego pasar al estudio doctrinal y comparado de la prueba de oficio en tres códigos procesales de América Latina, con el propósito de identificar las características fundamentales de la institución, a partir de variables e indicadores fijados previamente.

Capítulo tercero. La prueba para mejor resolver como expresión de la facultad oficiosa del juzgador en el procedimiento contencioso tributario ecuatoriano. El objetivo básico de este capítulo es identificar y fundamentar los presupuestos teóricos, normativos y procesales que legitiman la procedencia de la prueba de oficio y su compatibilidad con el principio dispositivo en el sistema procesal ecuatoriano, de acuerdo a las disposiciones

vigentes en la Constitución de 2008, el Código Orgánico de la Función Judicial y el artículo 168 del Código Orgánico General de Procesos.

El objeto de estudio lo constituye el régimen jurídico aplicable a la prueba para mejor resolver en el procedimiento contencioso tributario; para ello se hace una caracterización del mismo desde el punto de los sujetos y objetos de la relación jurídico-tributaria, y las particularidades de la prueba, para luego pasar al estudio exhaustivo de la prueba de oficio como institución tradicional del sistema procesal no penal ecuatoriano.

Para fundamentar esta última tesis se hace un estudio comparado de las normas procesales derogadas por el COGEP y que contenían regulaciones específicas sobre la prueba de oficio en diferentes materias, incluida la materia contencioso-tributaria, con el propósito de poner de manifiesto las convergencias y divergencias fundamentales en su diseño técnico y legislativo, así como las diferentes opciones barajadas para su diseño en los informes presentados a la Asamblea Nacional previo a la aprobación del COGEP.

Posteriormente, se hace un balance sobre los principales derechos de las partes y principios procesales que pudieran verse afectados con la prueba para mejor resolver decretada por el juzgador, de las características que puede adoptar dicha prueba en el procedimiento contencioso tributario y los estándares que debería tener en cuenta el juzgador para evaluar la conveniencia de decretar o no prueba para mejor resolver en el procedimiento contencioso tributario, donde se señala además que el momento procesal en el que puede ejercer esa facultad excepcional, en la audiencia preliminar del proceso ordinario, no se corresponde con el diseño ni los objetivos de la prueba para mejor resolver prevista en el artículo 168 del COGEP.

Capítulo primero

Los sistemas procesales y los principios que los fundamentan

En este capítulo se realiza una sistematización de los elementos más importantes de los sistemas procesales estudiados en la doctrina procesalista, desde la posición del juzgador y las partes con respecto a la iniciativa probatoria en el contexto de un sistema procesal dispositivo, tal como está configurado en la legislación procesal ecuatoriana. A partir de esos presupuestos, el capítulo tiene como objetivo identificar, sistematizar y contrastar las características principales de los sistemas procesales inquisitivos y dispositivos como sistemas históricamente opuestos, para luego profundizar en el estudio de este último, tal como se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico-procesal ecuatoriano, y en relación a los principios de la administración de justicia y la función judicial previstos en el COFJ y el COGEP.

1. Cuestiones epistemológicas preliminares

El Derecho es, con seguridad, uno de los saberes más antiguos que ha practicado la humanidad, a la vez que constituye la base de una de las profesiones liberales de más larga tradición.¹ Su dilatada historia da cuenta de la creación de un asombroso caudal de material normativo entre el que destacan constituciones, leyes, decretos, reglamentos y disposiciones jurídicas de toda índole sobre materias, objetos, sujetos, procesos e instituciones jurídicas o sociales en las que alcanzar un mínimo de conocimientos sólidos apenas si es posible.

Hacer del Derecho una ciencia asequible al conocimiento, objetiva, metódica, sistemática y ordenada, fue una de las razones por las que un teórico del Derecho tan influyente en el siglo XX como Hans Kelsen,² se propuso con el estudio de la disciplina

¹ Sobre las características de las profesiones liberales, entre las que se cuenta la abogacía, puede verse Luis González Seara, “La independencia de las profesiones liberales”, *Revista de Estudios Políticos* n.º 113-4 (1960): 147-58. También Gabriela I. Álvarez-Palacios Arrighi, “El ejercicio de la abogacía en el marco de la Unión Europea”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 11 (1993): 85-111 y Francisco Capilla Roncero, “Sociedades de profesionales liberales cuestiones sobre su admisibilidad”, en *El ejercicio en grupo de las profesiones liberales*, coord. Klaus Jochen Albiez Dohrmann (Granada: Universidad de Granada, 1993), 209-59.

² La obra de Hans Kelsen, y en particular su concepción epistemológica y metodológica de la ciencia del Derecho, es probablemente una de las más estudiadas y discutidas en la historia del pensamiento jurídico, en cuyo análisis y comentario han intervenido autores de diversas escuelas de pensamiento, con

jurídica como una ciencia normativa, despojada de cualquier consideración ideológica, política o valorativa, que solo tuviera como objeto de estudio el Derecho positivo, con lo cual, según su opinión, podían reducirse significativamente las deficiencias que padecía la que denominaba ciencia jurídica tradicional.³

Una perspectiva de este orden implicaba reducir a la unidad las clasificaciones y distinciones más usuales en la ciencia del Derecho. La reconducción del dualismo a la unidad fundada en el orden jurídico vigente; así, las categorías Estado y Derecho, derecho objetivo y derecho subjetivo, o Derecho interno y Derecho internacional podían ser reducidas a su expresión en el Derecho vigente, argumentando que tales distinciones son ficticias e innecesarias, por fundarse en una concepción epistemológica equivocada que solo contribuye a diluir la auténtica ciencia del Derecho, la ciencia pura como la denominó.⁴

Sin embargo, la pretensión de reducir a la unidad el material jurídico disponible, y hacer de él el único objeto de conocimiento de la ciencia jurídica, no fue del todo bien recibida siquiera entre los seguidores del maestro, por la simple razón práctica de que una de las tareas básicas del abogado, académico o profesional, y de la ciencia del Derecho en general, es la clasificación del material normativo y la sistematización del conocimiento teórico y dogmático.

Como afirma Ricardo Guastini:

El trabajo de los juristas dogmáticos es, típicamente, una actividad de interpretación, manipulación y sistematización del discurso legislativo. El trabajo de los teóricos, por su parte, es una reflexión crítica acerca del discurso de los juristas: por ello es, precisamente, una metajurisprudencia o filosofía de la ciencia jurídica. Así, desde este punto de vista, la teoría o filosofía de la ciencia jurídica, lejos de constituir una disciplina distinta, o de todos modos autónoma, de la Teoría del Derecho, se identifica completamente con ella.⁵

Esa actividad, que pudiera considerarse consustancial a la profesión jurídica teórica o práctica, consiste en “categorizar los datos, esto es, incorporarlos en algún

interpretaciones no siempre compatibles con los planteamientos iniciales del fundador de la Teoría Pura del Derecho. Un panorama de esas discusiones puede verse en la compilación de Óscar Correas, *El otro Kelsen* (México: UNAM, 1989).

³ Al respecto el autor escribió en el prefacio a la edición alemana: “ya hace varias décadas que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido, desde el primer momento, elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales”. Véase Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho* (Buenos Aires: Editorial Eudeba, 1960).

⁴ *Ibíd.*, 85.

⁵ Ricardo Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (Barcelona: Gedisa, 1999), 27.

casillero clasificador conceptualmente concebido”,⁶ de manera que sea posible ubicarlos en un mapa conceptual o en una especie de tesoro jurídico que permita un manejo adecuado y compartido de los términos del discurso legislativo o teórico, que beneficie de igual manera tanto al legislador como al teórico del Derecho.⁷

Esa labor ha dado como principales resultados los llamados *conceptos jurídicos fundamentales*, entre los que suelen incluirse los conceptos de norma jurídica, responsabilidad, obligación jurídica, sujeto de derechos, autoridad, sanción, hecho ilícito, acto ilícito, entre otros.⁸

En torno a esos y otros conceptos se organiza la mayor parte del conocimiento teórico, con el propósito de acceder más fácil a su contenido y contar con un instrumental de orientación confiable, que se sitúe más allá de las contingencias del Derecho positivo, sometido en gran medida a las necesidades de la política práctica y la dirección de la sociedad, aun cuando esas necesidades no deben conducir a la modificación constante de la legislación, puesto que han de respetarse siempre los principios de previsibilidad, seguridad jurídica y estabilidad del ordenamiento jurídico.⁹

Así, en lugar de una ciencia jurídica normativa reducida al estudio del Derecho vigente como propuso Kelsen, el pensamiento jurídico ha constituido una ciencia jurídica de carácter dogmático y conceptual, fundada en el análisis del lenguaje jurídico y los conceptos en torno a los cuales se construye dicha ciencia, a la que se le da el nombre de ciencia jurídica analítica o jurisprudencia analítica, basada en el presupuesto de que

⁶ Roberto J. Vernengo, “Descripciones y clasificaciones”, *Diánoa/Anuario de Filosofía*, vol. 39 México (1993): 245.

⁷ Esa es la finalidad declarada de la elaboración de un tesoro jurídico. Al respecto puede verse Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Tesoro jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Vocabulario controlado y estructurado* (México: CSJN, 2014), 8-10.

⁸ José Manuel Lastra Lastra, “Conceptos Jurídicos Fundamentales”, en *Liber ad Honorem Sergio García Ramírez*, t. 1 (México: UNAM, 1998), 399-420. Según Hans Kelsen, los conceptos jurídicos fundamentales son: el hecho ilícito o antijurídico; la sanción; el deber jurídico; el sujeto de derecho o persona jurídica; y la responsabilidad jurídica. Véase Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado* (México: Imprenta Universitaria, 1958), 58-128. Un análisis de cada uno de esos conceptos puede verse en Rafael Rojina Villegas, “Los conceptos jurídicos fundamentales según Kelsen”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 43- 44 (1961): 735-85.

⁹ Sobre las contingencias del Derecho positivo y sus dificultades como objeto de estudios de la Ciencia del Derecho puede verse J. H. Von Kirchmann, *La jurisprudencia no es ciencia* (Madrid, Colección Cívitas, 1949); también Juan Carlos Fitta Quirino, “La jurisprudencia no es ciencia. A 125 años de la muerte de Julius Hermann von Kirchmann”, *Revista Argumentos* n.º 64 (2010): 313-24 y Enrique P. Haba, “Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor! Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho”, *Revista Doxa* n.º 14 (1993): 269-317.

muchas de las discusiones que sostienen los teóricos del Derecho pueden resolverse a través del análisis del lenguaje.¹⁰

Los casilleros clasificatorios y los conceptos y categorías construidos desde el ejercicio analítico se utilizan tanto para organizar el material propiamente legislativo como el producido por los teóricos del Derecho y por los abogados profesionales. A ese conjunto de materiales legislativos y doctrinales se lo denomina habitualmente fuentes del Derecho, fuentes vinculantes u obligatorias las primeras, mientras las segundas serían fuentes persuasivas o no vinculantes.¹¹

Como material legislativo, las normas o disposiciones jurídicas pueden ser catalogadas según su jerarquía (constitución, ley orgánica, ley ordinaria, decreto o reglamento),¹² su materia (civil, penal, laboral, administrativa, procesal o mercantil)¹³ o la autoridad que las expide (asamblea constituyente, poder legislativo o poder ejecutivo).¹⁴

El material teórico, por su parte, se organiza en torno a los conceptos fundamentales construidos con elementos provenientes de diferentes corrientes de pensamiento jurídico como el positivismo jurídico, el realismo jurídico, o el iusnaturalismo como vertientes epistemológicas y corrientes teóricas enfocadas al estudio del Derecho.¹⁵

Así, muchos de los debates teóricos y legislativos giran en torno a categorías como ciudadanos o extranjeros, público o privado, bienes, sanciones, derechos subjetivos,

¹⁰ Si bien el análisis de conceptos es un método utilizado desde siempre en los estudios jurídicos, la tesis de que una buena parte de los problemas de la Teoría del Derecho pueden ser resueltos a partir del análisis conceptual fue formulada y desarrolla a plenitud en el siglo XX por la llamada jurisprudencia analítica, de la que la obra de Herbert Hart constituye el ejemplo paradigmático. Como un precedente importante en el siglo XIX puede considerarse la llamada jurisprudencia de conceptos desarrolla por Rudolph Von Ihering en diferentes obras como *La lucha por el Derecho*, *El interés en el Derecho* y *La jurisprudencia en broma y en serio*. Al respecto puede verse Rudolph Von Ihering, *Tres Estudios* (Buenos Aires: Atalaya, 1947). Sobre la jurisprudencia analítica del siglo XX pueden verse las siguientes obras, entre las más importantes: Herbert Hart, *El concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961), Genaro R. Carrió, *Notas sobre Derecho y Lenguaje* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980), del mismo autor *Sobre los límites del lenguaje normativo* (Buenos Aires: Astrea, 2001).

¹¹ Frederick Schauer, *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. (Madrid: Marcial Pons, 2013), 77-98.

¹² Un amplio estudio sobre las fuentes del Derecho puede verse en Ricardo Guastini, *Las fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos* (Lima: Editorial Científica Peruana, 2016); del mismo autor "Concepciones sobre las fuentes del Derecho", *Isonomía*, n.º 11 (2009): 177-86.

¹³ Luis Recaséns Siches, *Introducción al estudio del Derecho* (México: Porrúa, 1997), 179.

¹⁴ Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática* (Madrid: Taurus, 1991), 31.

¹⁵ Roberto Vernengo, *Teoría general del Derecho y Ciencia jurídica* (México: FCE, 1977). Estudios más recientes sobre el tema pueden verse en Agustín Squella, *Introducción al Derecho* (Valparaíso: Editorial Jurídica de Chile, 1999) y Manuel Atienza, *El sentido del Derecho* (Barcelona: Ariel, 2001).

capacidad jurídica o deberes -entendidas como conceptos jurídicos fundamentales-¹⁶ o instituciones jurídicas- familia, matrimonio, patrimonio, herencia, prueba o contratos- en torno a las cuales se construye el ordenamiento jurídico.¹⁷

De todos esos conceptos se ocupan en general las ciencias jurídicas básicas, y su definición es habitualmente el contenido de los diccionarios, enciclopedias, glosarios o vocabularios jurídicos.¹⁸

El saber jurídico edificado en torno a esos conceptos, categorías e instituciones tiene una importancia significativa para el estudio del Derecho en general, tanto desde el punto de vista epistemológico referido al estudio del ser del Derecho, su estructura interna, funciones y relación con otros saberes sociales,¹⁹ como desde una perspectiva metodológica que comporta el desarrollo de los enfoques y métodos necesarios para la configuración del conocimiento jurídico como una ciencia sistemática, autónoma, metódica y objetiva.²⁰

A cada uno de esos conceptos, categorías e instituciones corresponden otras tantas subdivisiones y clasificaciones elaboradas por la dogmática jurídica o la metodología de la ciencia jurídica, que incluye además instituciones jurídicas y ramas de la legislación en torno a los cuales se construye el Derecho positivo, todo lo cual constituye, como hemos afirmado, desde el punto de vista estructural, un mapa conceptual que al teórico facilita el estudio del Derecho, mientras que al jurista vinculado a la práctica de la profesión le permite ubicar los temas y problemas que debe resolver en el universo normativo que le corresponde con solvencia, utilizando para ello esa construcción conceptual.

En esta investigación se utilizan las consideraciones epistemológicas indicadas para estudiar a profundidad los principios, métodos y reglas jurídicas que deben regir los sistemas procesales, la actividad probatoria y la función judicial, con lo cual se reduce, de manera considerable, el conjunto de los saberes jurídicos a un tema concreto de análisis, lo que permite ubicar este trabajo en un espacio y tiempo definidos, de acuerdo con el objeto y la aplicación de métodos y técnicas considerados apropiados para su desarrollo.

¹⁶ Un mapa conceptual explicado puede verse en la obra de Eduardo Antinori, *Conceptos básicos del Derecho* (Mendoza: Editorial de la Universidad del Aconcagua, 2006), 1-409.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1972); Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental* (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1993).

¹⁹ Manuel Atienza, *El sentido del Derecho* (Barcelona: Ariel, 2000), 12.

²⁰ Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Barcelona: Ariel, 1980), 177.

Desde una perspectiva metodológica, el objeto de estudio delineado en esta investigación se aborda en una doble consideración teórica y legislativa. La primera para reconstruir el mapa conceptual propio del tema seleccionado, a partir de la identificación y sistematización de los conceptos, fuentes, categorías e instituciones jurídicas relacionadas con el proceso, la prueba y la prueba de oficio en particular, dentro del conjunto de los saberes jurídicos.

La segunda consideración permite analizar aquellos conceptos, categorías e instituciones jurídicas tal como han sido diseñadas en la legislación vigente, con el propósito de verificar, de manera sistemática y objetiva, las semejanzas y diferencias entre los postulados teóricos de la ciencia jurídica y la regulación legislativa dispuesta por el Derecho vigente en su construcción técnica, especialmente en el ámbito del derecho procesal y sus instituciones más representativas.²¹

Con respecto a los principios e instituciones procesales relativas a la prueba en general y a la prueba de oficio en particular, la investigación aborda su desarrollo teórico y legislativo en el ámbito del derecho tributario, con lo cual se completa el objeto de estudio tanto en aspectos procesales como sustantivos, lo que implica un alto grado de complejidad al analizar instituciones del derecho procesal aplicables a cualquier rama del Derecho sustantivo, lo que revela en todo caso características singulares en el concreto campo estudiado.

En virtud de las consideraciones doctrinales y legislativas mencionadas, es preciso distinguir las discusiones teóricas sobre lo que es o debiera ser un sistema procesal, sus características, la actividad probatoria y la función judicial por un lado y, por otro, lo relativo a los diferentes sistemas procesales que se puedan encontrar en el Derecho vigente en diferentes países, es decir, a los sistemas procesales tal como han sido diseñados por los redactores de las leyes, de acuerdo a las directivas de política legislativa recibidas de las autoridades e instituciones competentes.²²

Además de las clasificaciones y sistematizaciones de conceptos, categorías, teorías o instituciones jurídicas, otro método usual para el estudio del Derecho es la división del

²¹ Renato Treves, *Introducción a la Sociología del Derecho* (Madrid: Taurus, 1978), especialmente capítulo XI. Investigaciones sobre los operadores del derecho, 174.

²² A pesar de que en los estudios jurídicos la autoría de las leyes se atribuye a un ente abstracto denominado “el legislador”, en la práctica la redacción de las leyes corresponde por lo general a un equipo de expertos en la materia, que recibe de las autoridades políticas con poder de decisión un conjunto de principios y directrices con base en los cuales deben redactar los textos legales, lo que puede entenderse como una formalización de las decisiones políticas en un texto normativo. Al respecto puede verse Yoel Carrillo García, “Calidad de las leyes. Algunos puntos críticos”, *Ratio Juris* 7, n.º 14 (2012): 21-51.

material jurídico en etapas o períodos históricos, de donde resulta con frecuencia que una investigación jurídica puede ser a la vez sistemática, porque analiza un concepto, institución o teoría en un plano horizontal con un determinado grado de extensión y profundidad;²³ o histórica, al estudiar el devenir de las instituciones en diferentes períodos de la historia general del Derecho o en los hitos fundamentales que han marcado puntos de ruptura en el progreso del pensamiento jurídico.²⁴

Esa combinación de perspectivas, en ciertos casos tiende a disolver las diferencias entre que lo que fue Derecho vigente en un momento y lugar determinado, pero ya no lo es, en cuyo caso se trataría de Derecho histórico o material para el estudio de la Historia del Derecho; y lo que es el Derecho vigente en diferentes países, lo que debe determinarse a través de un estudio comparado, siguiendo los métodos de investigación adecuados, para determinar sus semejanzas, diferencias y tendencias más importantes.²⁵

La posible confusión entre lo que debe ser y lo que es el Derecho se produce porque muchos de los conceptos, categorías e instituciones que integran la ciencia jurídica se asumen como si poseyeran “vida propia” con respecto al Derecho vigente, lo que crea la ilusión de que la legislación vigente debería adecuarse a los criterios de la dogmática jurídica, si es que espera ser reconocida como auténtico Derecho,²⁶ sin reparar que entre los postulados de la ciencia jurídica y el contenido concreto de las normas no existe una relación de subordinación o de obligada correspondencia; de ahí que, por lo general, la construcción teórica de una institución jurídica difiera de su construcción normativa.²⁷

Que tales conceptos posean vida propia significa, en este contexto, que no existe una relación teórica rígida entre los conceptos, categorías instituciones jurídicas y su regulación normativa, y aunque tal regulación exista no siempre hay correspondencia entre lo que se puede definir teórica o históricamente como, por ejemplo, “prueba” o “función judicial” y las características que tales instituciones tienen en las leyes vigentes.

²³ Leoncio Lara Sáenz, *Procesos de la investigación jurídica* (México: UNAM, 1991), 33.

²⁴ Julio Fernández Bulté, *Historia General del Estado y el Derecho* (La Habana: Ciencias Sociales, 2001), 73.

²⁵ Gloria M. Morán, “El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico”, *Anuario da Faculdade de Dereito* n.º 6 (2002): 501-29.

²⁶ El caso típico de esa exigencia lo constituye la doctrina del derecho natural, que solo consideraría como auténtico Derecho aquél que se adecua a sus principios deducidos de diversas fuentes como la naturaleza humana, la voluntad, o la razón divina, o la racionalidad inherente al ser humano.

²⁷ Esa fue una concepción del Derecho nacida precisamente en el seno del Derecho Civil que tuvo fuerte influencia durante gran parte del siglo XIX; la denominada “jurisprudencia de conceptos” estuvo representada entonces por Rudolph Von Ihering en la primera etapa de su desarrollo teórico. Para una panorámica general de esa concepción del Derecho y el análisis de la doctrina de Ihering puede verse Agustín Squella, ed. R. V. Ihering. *Estudios en su Homenaje* (Valparaíso: Edeval, 1979).

La diferencia radica en que en el primer contexto “prueba” o “función judicial” son construcciones teóricas con fines didácticos o sistemáticos, mientras que en el segundo son construcciones normativas con fines prácticos de regulación de la conducta o aplicación de las consecuencias correspondientes cuando no sea observado el mandato legal que las contiene.

A ese tipo de construcciones o (re) construcciones teóricas que no siempre tienen una expresión legislativa o una definición legal correlativa en el Derecho vigente, pertenece lo que en los estudios relacionados con el derecho procesal o los procesos judiciales en general se conoce como “sistemas procesales”.

En este ámbito, se suelen desplegar categorías relativas al sistema procesal inquisitivo o al sistema procesal dispositivo, como dos polos opuestos, dando a entender, además, que el sistema procesal vigente en un determinado ordenamiento jurídico sólo puede corresponderse con una de esas dos (re) construcciones teóricas, cuando en verdad la legislación procesal permite realizar diversas interpretaciones, no siempre coherentes con los pretendidos sistemas excluyentes, sus postulados y principios fundamentales.

Con referencia a los sistemas procesales, su reconstrucción teórica es semejante a la de cualquier otra institución jurídica analizada en los tratados de dogmática jurídica; ese método sigue un esquema básico que, con ciertos matices, recorre habitualmente la siguiente línea argumentativa:

i)- Una caracterización de los sistemas procesales según diferentes autores (sistematizan citas y/o comentarios de dichos autores, o de otros citados por ellos).

ii)- Un análisis (crítico o no) del material sistematizado, haciendo énfasis en los elementos preconcebidos como definitorios de las características del sistema.

iii)- La formulación de una teoría/concepción/opinión sobre los sistemas procesales de acuerdo con sus objetivos.²⁸

En cualquier caso, desde el punto de vista epistemológico, se trata de teorías sobre las teorías sistematizadas, concepciones sobre las concepciones estudiadas u opiniones sobre las opiniones consultadas,²⁹ que no siempre contribuyen a despejar las incógnitas

²⁸ Sobre la forma en que se procede en las investigaciones jurídicas de carácter dogmático puede verse Yoel Carrillo García, “Sobre la escritura jurídica”, *Revista de Ciencias Sociales* n.º 53 (2008): 61-84.

²⁹ Este modo de proceder en las investigaciones jurídicas ha fomentado lo que Herbert Hart considera una creencia: “la creencia de que un libro de teoría general del derecho es, por sobre todo, una obra en la que uno se informa sobre el contenido de otros libros. Mientras esta creencia persista entre los autores, poco progresará nuestra disciplina, y mientras persista entre los lectores, el valor educativo de aquella seguirá siendo muy escaso”. Véase Herbert Hart, *El concepto de Derecho* (Abeledo-Perrot, 1961), XII.

sobre las relaciones temporales de dos categorías marcadas por sus propios rasgos, como son el sistema procesal inquisitivo y el sistema procesal dispositivo.

Por lo general, las reconstrucciones teóricas conciben cada sistema como aislado tanto de un ordenamiento jurídico procesal concreto como de la práctica procesal que se desarrolla con base en él.

2. La idea de sistema en la ciencia jurídica

La pretensión de sistematicidad es seguramente una de las aspiraciones de mayor arraigo en la ciencia jurídica, puesto que, acreditada aquella, estaría asegurado su estatus epistemológico, en tanto saber metódico, ordenado y con un objeto de investigación unívoco.³⁰

Sin embargo, antes de que fuera preciso argumentar sobre el carácter metódico y sistemático del saber jurídico y su estatuto epistemológico, desde una perspectiva política y legislativa la sistematicidad se predicaba del Derecho positivo, entendido como expresión de la voluntad racional del legislador.

La necesidad de que el legislador sea coherente, que no se contradiga y que construya un sistema de leyes simples, claras y accesibles a sus destinatarios fue uno de los presupuestos de la ilustración francesa, llevada a la teoría de la legislación por autores como Montesquieu³¹ y Juan Jacobo Rousseau³² y, con mayor agregado jurídico, basado en principios de técnica legislativa por Jeremy Bentham³³ en sus Tratados de legislación civil y penal.

Dicho esto, es evidente que la idea de sistema en el Derecho puede ser entendida en dos sentidos distintos, con implicaciones diferentes en cada caso. Para el estudioso del Derecho, el académico que se dedica a la dogmática jurídica, el carácter sistemático de su objeto de estudio es necesario para fundar la ciencia jurídica que cultiva.

³⁰ Alessadro Giuliani, “¿Ciencia o técnica del Derecho?”, *Anuario de Filosofía del Derecho* (1955): 245-282. Un estudio más reciente puede verse en Albert Calsamiglia, “En defensa de Hans Kelsen”, *Working paper* (Barcelona, 1997). 5 de marzo de 2018, https://www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_I_129.pdf?noga=1.

³¹ Montesquieu, *El espíritu de las leyes* (La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1976), especialmente libro primero.

³² Juan Jacobo Rousseau, *El contrato social* (Madrid: Taurus, 2012), especialmente el capítulo VI, De la ley.

³³ Jeremy Bentham, “Idea de un cuerpo completo de legislación”, en *Tratados de legislación civil y penal* (Madrid: Editora Nacional, 1981), 528-30.

En cambio, para el político en general y para el legislador en particular, el Derecho vigente debe constituir necesariamente un sistema, en el que sea posible encontrar una respuesta a cada caso jurídico relevante, como exigencia del principio de seguridad jurídica que obliga a que no haya para un mismo caso importante dos respuestas distintas igualmente relevantes- o ninguna.³⁴ En síntesis, el ordenamiento jurídico no debe tener contradicciones ni lagunas.³⁵

Esa exigencia de sistematicidad del Derecho es llevada a extremos por algunos autores. Así, Kelsen considera que el Derecho positivo no admite la existencia de lagunas, puesto que toda respuesta posible a un caso jurídicamente relevante está explícita o implícitamente en el propio ordenamiento jurídico;³⁶ por el contrario, en el caso de autores como Ronald Dworkin, la sistematicidad del Derecho tiene como consecuencia que para cada caso siempre habrá una única respuesta correcta, y solo una.³⁷

Pues bien, para el análisis del tema que nos ocupa es imprescindible tomar en cuenta las distinciones anteriores, puesto que la idea clave en el estudio de los diferentes modelos procesales es la de sistema, que en el Derecho tiene un uso extendido para referirse a materias, objeto o teorías diversas, pero siempre bajo la consideración de unidad en medio de la diversidad.

De ahí que la consideración de que una determinada legislación procesal constituye o configura un sistema, no es sino la concreción de aquella idea en un ámbito específico del Derecho positivo o de la dogmática jurídica procesal.

Por otra parte, la sola expresión “sistema” aplicada a cualquier institución,³⁸ concepto o categoría jurídica resulta problemática, y en la medida en que se refiere a un “conjunto de principios, normas o reglas, enlazados entre sí, acerca de una ciencia o materia [un] ordenado y armónico conjunto que contribuye a una finalidad”,³⁹ hay que tomarla con cierta precaución, ya que lo que puede aparecer como sistemático en la teoría jurídica puede no serlo en el ordenamiento jurídico vigente.

³⁴ Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho* (Buenos Aires: Astrea, 2003), 101.

³⁵ Un análisis sobre el tema de las lagunas en el Derecho y diversas propuestas de solución puede verse en Salvador Castillo Garrido, “Lagunas del Derecho y el dogma de la plenitud del sistema jurídico”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* n.º 27 (2009): 35-46.

³⁶ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho* (Buenos Aires: Editorial Eudeba, 1960), 254.

³⁷ Ronald Dworkin, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, *Isonomía* n.º 32 (2010): 7-29.

³⁸ Sobre el “sistema” como categoría de la lógica y la filosofía puede verse José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, t. 2 (Buenos Aires: Editorial Sudamericana, s/f), 687-90.

³⁹ Ossorio, “Diccionario”, 898.

Esa constatación es consecuencia, entre otras cosas, de las diferentes pretensiones de los teóricos del Derecho y los legisladores, estos últimos guiados más bien, aunque no exclusivamente, por la necesaria eficacia de las leyes para resolver problemas sociales prácticos y concretos, que por las ideas de sistematicidad, completitud y coherencia que guían a los teóricos del Derecho en sus objetivos de explicar y fundamentar o analizar críticamente al Derecho vigente.⁴⁰

Por esa razón, cuando se utiliza esa idea de sistema para referirse a los sistemas procesales es necesario precisar su sentido y alcance; es decir, el significado concreto del término o las propiedades que le son inherentes en un contexto teórico determinado, así como el ámbito de aplicación en el cual aquellas propiedades resultan pertinentes, bajo la previsión de que toda idea es siempre aplicable a un contexto o dentro de una concepción más general que le dota de contenido, sentido y alcance.⁴¹

La cautela en el uso de la idea de sistema, en este caso no implica el rechazo de las categorías analíticas configuradas en la doctrina, ya sea que se utilicen para la descripción empírica de la rama jurídica correspondiente al derecho procesal, o como modelo analítico al cuál aquél debería acercarse para alcanzar en mayor grado la realización de los derechos y principios que configuran el debido proceso judicial, de acuerdo a parámetros o valores previamente definidos.

En síntesis, la sistematicidad como una de las cualidades que se predicen del Derecho es un viejo anhelo que se renueva con frecuencia, y lo mismo se predica del Derecho en general (el Derecho como sistema),⁴² que del orden jurídico en particular (un orden jurídico es un sistema dinámico de normas)⁴³ de determinados sectores, ramas o disciplinas al interior del ordenamiento jurídico (sistema de Derecho civil),⁴⁴ o instituciones particulares dentro de éstos (sistema probatorio, sistema acusatorio, sistema político).

En todo caso, la idea de sistema sugiere coherencia, completitud, integridad y funcionalidad, ya sea como descripción de una realidad utilizando métodos empíricos de

⁴⁰ Gretel, *La forma de las leyes: 10 estudios de técnica legislativa. Grupo de Estudios de Técnica Legislativa* (España: Editorial Bosch, 1986), 10-27.

⁴¹ Respecto al Derecho como sistema y los rasgos distintivos de los sistemas jurídicos puede verse Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho* (Buenos Aires: Astrea, 2003), 101.

⁴² Un estudio exhaustivo sobre diferentes perspectivas del Derecho como sistema puede verse en Victoria Iturralde Sesma, "El Derecho como sistema: análisis de tres perspectivas", *Doxa*, n.º 31 (2008): 157-76.

⁴³ Ese es el título del epígrafe 2, capítulo IX de la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen (Buenos Aires: Editorial Eudeba, 1960), 111-28.

⁴⁴ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, 5.ª ed. (Madrid: Editorial Tecnos, 1984), 55.

investigación, o como aspiración de un deber ser que contrasta el ideal de sistema con la realidad.⁴⁵

En este punto, es preciso establecer una distinción entre un sistema procesal vigente en un ordenamiento jurídico particular, que puede ser descrito y analizado a través de los métodos de investigación o interpretación de la dogmática jurídica, y la reconstrucción teórica de lo que puede llamarse un sistema procesal, que bien puede realizarse por la doctrina jurídica al margen del Derecho vigente o de las prácticas concretas que se sustentan en él.

La distinción es importante porque la teoría o la dogmática jurídica constituyen necesariamente una instancia de valoración para la crítica y la formulación de propuestas de perfeccionamiento de la legislación vigente, a lo que han contribuido históricamente de manera significativa los teóricos del Derecho,⁴⁶ si bien se puede constatar con regularidad, que los avances en materia de teoría procesal, aun cuando aparezcan muy lógicos y convenientes incluso desde el punto de vista práctico, suelen demorar bastante tiempo en incorporarse a la legislación.⁴⁷

Ahora bien, a partir de la idea de sistema aplicada al derecho procesal se pueden comprender mejor las formas de abordar la distinción entre diferentes sistemas o modelos procesales que pugnan en la dogmática procesalista, básicamente entre el sistema oficioso y el sistema dispositivo, en ambos casos referidos a las materias no penales, puesto que en la de orden penal la contraposición aparece más bien entre el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio.⁴⁸

Una estrategia metodológica para sistematizar los elementos principales de las distinciones entre sistemas procesales consiste en identificar los usos que la doctrina jurídica y la jurisprudencia, a partir de esa contrastación, hacen de cada modelo.

⁴⁵ Iturralde Sesma, "El Derecho como sistema", 346.

⁴⁶ Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2.ª ed. (Barcelona: Ariel, 1980), 33.

⁴⁷ Un ejemplo de singular interés al respecto lo constituye la polémica sobre la codificación que tuvo lugar en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX que, sin embargo, no condujo a la codificación del Derecho civil sino en el año 1900. La polémica puede verse en Thibaut y Savigny, *La codificación: Una controversia programática basada en sus obras "Sobre la necesidad de un Derecho civil para Alemania" y "De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho"* (con adiciones de los autores y juicios de sus contemporáneos), introducción y selección de textos de Jacques Stern, traducción del alemán de José Díaz García (Madrid: Editorial Aguilar, 1970).

⁴⁸ Utilizamos la distinción entre materias penales y no penales siguiendo lo dispuesto en el artículo 1 del CGEP, sin que por el momento nos ocupemos de su pertinencia para distinguir diferentes tipos de procesos, lo cual se hará más adelante en esta misma investigación.

Aplicando esa estrategia metodológica, el procesalista Máximo Langer distingue cuatro usos principales de esas categorías:⁴⁹

a) Como tipos ideales-descriptivos, donde se abstraen los sistemas procesales concretos y se reconstruyen sus características principales de manera abstracta. Este es el tipo de análisis propio de la dogmática jurídica o, más propiamente, de la teoría general del proceso. El método utilizado es el del análisis y síntesis, a partir del cual se sistematizan las características principales de lo que se supone debe ser un sistema procesal, construyendo así un modelo que pueda luego ser aplicado al análisis de ordenamientos procesales particulares, vigentes o históricos.

b) Como sistemas históricos o sociológicos que se encuentran presentes en ordenamientos procesales concretos, pasados o contemporáneos, para lo cual es necesario contrastar los tipos ideales con la realidad existente. Este es el proceder propio de la dogmática jurídica en atención a una cuestión particular, es decir, de la dogmática jurídico-procesal. Su método de investigación es la síntesis. Su proceder consiste en comparar los ordenamientos procesales realmente existentes en la legislación nacional, con los modelos de sistemas procesales elaborados por la dogmática general, para contrastar las convergencias y divergencias entre el modelo y la realidad.

c) Como intereses o valores contrapuestos que coexisten en todo proceso judicial, desde una perspectiva axiológica para ponderar cuál de los dos sistemas responde mejor a ciertos valores o principios como la justicia, la independencia judicial o el principio de igualdad de las partes. Otro de los usos que se le da a la expresión sistemas procesales se refiere aspectos distintos a los modelos ideales o a los ordenamientos jurídicos existentes, puesto que ya no se trata de juicios analíticos o descriptivos, sino de juicios de valoración.

En tal sentido, se concibe como inherentes a los sistemas procesales ciertos valores que se presumen esenciales para su caracterización, como la realización de la justicia, la independencia judicial, la protección de los derechos de las partes o la búsqueda de la verdad.

El sistema procesal más adecuado en términos de realización de los valores que se consideran esenciales, sería aquél que en mayor medida se acerca al ideal, tanto en lo que se refiere a la actuación de las autoridades judiciales cuanto a la protección y garantías de los derechos de las partes.

⁴⁹ Máximo Langer, "La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo", *Revista de Derecho Público* n.º 32 (2014): 4.

d) Como modelos normativos a partir de los cuales se analiza los sistemas procesales vigentes y las propuestas para su reforma. Finalmente, el sistema procesal puede ser entendido como un modelo que compendia las exigencias que debería cumplir para ser aceptado como tal un sistema procesal; al respecto, la ciencia jurídica y la dogmática jurídica cumplirían una función normativa, al establecer requisitos o parámetros de lo que debería ser un sistema procesal, sin que obviamente esas exigencias tengan carácter vinculante para el legislador.

Otro aspecto a tener en cuenta es que un sistema, cualquiera que sea, está compuesto por un conjunto o una serie de elementos inter relacionados que pueden ser a su vez analizados desde una perspectiva estructural (el lugar que ocupa cada uno de los elementos dentro del sistema), desde una perspectiva funcional (la función que realiza cada uno de los elementos dentro del sistema) o desde una perspectiva teleológica (la manera en que cada uno de los elementos contribuye a la consecución del fin que debe alcanzarse).

Tratándose aquí de sistemas jurídico-procesales cuyo contenido y funciones son resultado de la actividad humana, hay que tomar en cuenta además que, a diferencia de los sistemas lógicos o matemáticos, por ejemplo, donde la subjetividad o los intereses humanos no tienen una influencia apreciable -y en tal sentido son sistemas cerrados- los sistemas que resultan de la actividad humana siempre tienen como trasfondo un conjunto de presupuestos de contenido filosófico, cultural, político y jurídico que lo hacen un sistema abierto a influencias externas, y donde los elementos constitutivos, así como sus funciones, pueden variar de acuerdo a aquellos factores.⁵⁰

2.1. Los sistemas procesales

La cuestión central de este epígrafe es responder al interrogante de ¿qué es un sistema procesal?, para luego dar paso a la respuesta de preguntas más específicas como ¿qué sistemas procesales pueden identificarse en la dogmática jurídica?; ¿algunas características de dichos sistemas son incompatibles entre sí, o pueden coexistir en un mismo ordenamiento jurídico?

En principio, puede considerarse desde el punto de vista del Derecho positivo, que un sistema procesal es el conjunto de normas, principios y valores aplicables a todas las

⁵⁰ Ferrater y Mora, "Diccionario", 686.

fases (inicio, desarrollo y conclusión) de un proceso judicial, por lo que habría tantos sistemas procesales como ordenamientos jurídicos que regulen aquellos aspectos del proceso.

Sin embargo, la dogmática jurídica opera de una manera distinta, puesto que, en lugar de estudiar la legislación vigente en cada país como un tipo particular de sistema jurídico, procede a fijar las características principales de lo que puede considerarse un sistema procesal, y a partir de ahí compara los existentes en diferentes ordenamientos jurídicos nacionales con el modelo analítico previamente diseñado.

Como resultado de la aplicación de esa metodología, la dogmática procesalista ha identificado diferentes sistemas procesales cuyo estudio ocupa una gran parte de la teoría general del derecho procesal en sus diferentes ramas. Simplificando un poco en este punto, puede decirse que las diferencias sustanciales se enmarcan entre los sistemas procesales propios del Derecho penal y los concernientes al resto de las ramas del Derecho, los que en muchos casos comparten rasgos o instituciones comunes, pero técnicamente distintas.

Al primero corresponderían dos tipos básicos de modelos procesales: por un lado, el inquisitivo, vigente durante la mayor parte de la historia del Derecho penal y hasta finales del siglo XVIII y, por otro lado, el sistema acusatorio con presencia hasta estos tiempos. Las diferencias entre uno y otro están determinadas por diversos criterios como la posición del juzgador con respecto al procesado, los derechos y garantías de éste y las formas de desarrollo del proceso judicial.

Por lo que se refiere a las ramas del Derecho distintas de lo penal, y especialmente en el Derecho civil y los diversos procesos propios de otros sectores del ordenamiento jurídico procesal, han existido históricamente también dos sistemas procesales: de una parte el sistema procesal inquisitivo, que si bien comparte el nombre con su homólogo del Derecho penal tienen diferencias importantes y, de otra, el sistema procesal dispositivo, cuyo nombre proviene de la facultad que recae en las partes iniciar el proceso judicial.

Una vez hechas esas precisiones, es conveniente aclarar que esta investigación se centra en el estudio de los sistemas procesales no penales, tal como son entendidos en la legislación procesal vigente en el Ecuador. Para ese propósito, sin embargo, no deja de ser útil realizar una breve referencia al sistema inquisitivo de histórica presencia en el proceso penal y con ciertos rasgos en algún momento en los procesos de materias distintas de la penal.

Además de los sistemas mencionados, que pueden considerarse básicos y mutuamente excluyentes, en la dogmática procesalista es admisible la consideración de cierta convergencia entre ellos, lo que daría lugar a un sistema procesal mixto, de cuyo análisis también hace parte esta investigación.

2.2. El sistema inquisitivo y el sistema dispositivo: criterios de distinción

El estudio de los sistemas procesales representados fundamentalmente en el inquisitivo y en el dispositivo debe abordarse necesariamente en términos comparativos, puesto que al considerarse mutuamente excluyentes sería redundante fijar las características de cada uno por separado, para luego compararlos en consideración a las diferentes variables.

En ese marco, se procederá a la identificación de sus conexiones y de los rasgos que los particularizan y diferencian.

Adicionalmente, el tratamiento conjunto de ambos principios se justifica por el hecho de que, en la literatura jurídica relativa al tema, aun cuando se trate de estudiar cada principio por separado, su correlación resulta inevitable. Al fundarse cada sistema procesal en principios diametralmente opuestos, el método de estudio más adecuado es el comparativo y de contraste entre las características de cada uno, lo que permite resaltar sus peculiaridades de una manera sistemática.⁵¹

Ahora bien, en la doctrina procesalista no existe total acuerdo en torno a la existencia y posibilidades de diferenciar los diversos sistemas procesales; sin embargo, una corriente mayoritaria sostiene la posibilidad histórica, teórica y sistemática de distinguir los modelos inquisitivo y dispositivo.

No obstante, existe una posición minoritaria pero no carente de argumentos que sostiene que es hora ya de superar la dicotomía entre los diferentes sistemas procesales, especialmente entre el acusatorio y el inquisitivo en materia penal.⁵²

Hasta aquí se ha hablado de sistemas procesales sin asignar a esa expresión un significado específico, una forma de proceder que es usual encontrar en los estudios

⁵¹ De esa manera proceden la mayoría de los autores citados en este epígrafe, al respecto puede verse como ejemplo el trabajo de Jordi Nieva-Fenoll, "El mal nombre del principio inquisitivo", Ángel Landoni Sosa y Santiago Pereira Campos (edit.), *Estudios de Derecho Procesal. En homenaje a Eduardo J. Couture* (Uruguay: La Ley, 2017), 611-40.

⁵² Lorena Bachmaier Winter, "Sistemas procesales: la hora de superar la dicotomía acusatorio-inquisitivo", *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 24 (2009): 173-98.

relacionados con el tema. Se inicia al parecer de una presunción de que existe acuerdo en cuanto al contenido y alcance del concepto *sistemas procesales*, razón por la cual lo que faltaría por discutir serían las características de cada uno en particular, sus virtudes y defectos, contenido y alcance, así como las funciones que debe o no debe realizar el juez en relación con la actividad probatoria o la totalidad del proceso.

Según lo que se puede considerar, se trata de una reconstrucción ideal, dogmática de los sistemas procesales. En el sistema inquisitivo el juez tendría una participación activa en la investigación y la actividad probatoria, mientras que en el dispositivo su posición sería de tercero imparcial que se atiene a los hechos y la actividad probatoria que realizan las partes, y en vista de ello, dicta una sentencia que resuelve el conflicto.⁵³

Por lo que se refiere a la distinción entre sistemas procesales inquisitivo y acusatorio, desde una perspectiva histórica, aun cuando se los compara como sistemas que coexisten o pueden coexistir dentro de un mismo ordenamiento jurídico o en un mismo contexto teórico jurídico, si entendemos el inquisitivo como un sistema procesal omnicompreensivo, habría que referirlo a un contexto histórico hace tiempo superado, precisamente por el sistema acusatorio del cual aparece como antítesis.⁵⁴ Y aparece superado, precisamente en la materia procesal en la que probablemente el sistema inquisitivo tuvo su mayor incidencia y aplicación práctica, como en el derecho procesal penal.

En efecto, como afirma Máximo Langer, “la doctrina ha utilizado el término *inquisitivo* para referirse al proceso penal que nació en Europa continental entre los siglos XII y XIII, y prevaleció hasta comienzos del siglo XIX”.⁵⁵

Por otro lado, los estudios históricos más recientes ubican el surgimiento del sistema acusatorio, contrario en principio al sistema inquisitivo, en el siglo XVIII a partir de las reformas introducidas en el proceso penal por los pensadores de la ilustración

⁵³ *Ibíd.*, 174. En cuanto a la carga emotiva de los sistemas procesales, la autora citada sostiene que, el término “inquisitivo” referido al proceso judicial ha adquirido así una significación plenamente negativa, hasta el punto de que la calificación de cualquier actuación procesal como inquisitiva inmediatamente se identifica con procesos medievales y prácticas abusivas; y, en todo caso, con vulneración de las garantías fundamentales del acusado... mientras el concepto “inquisitivo” aúna todo lo malo, el término “acusatorio”, como efecto reflejo, se erige en símbolo de todo lo bueno, y se lo identifica con los valores de la justicia, la igualdad y el respeto de los derechos de los ciudadanos frente al poder del Estado.

⁵⁴ Nicolao Eymerico, *Manual de Inquisidores, para uso de las inquisiciones de España y Portugal* (Madrid: Imprenta de Feliz Aviñón, 1821). Ese es el libro clásico sobre el procedimiento inquisitivo escrito a mediados del siglo XIV por Nicolao Eymerico, quien fue Inquisidor General de Aragón y cuyo libro era una especie de código de procedimiento.

⁵⁵ Máximo Langer, “La larga sombra”, 10.

francesa, especialmente a partir de la obra monumental del Marqués de Beccaria denominada *De los delitos y las penas*.⁵⁶

Es entonces cuando se desarrolla la idea del proceso penal entendido como una lucha entre intereses contrapuestos que se discuten ante un tercero imparcial como lo es el juez, acompañado en algunas propuestas por un jurado, también imparcial, donde al acusado se le reconocen y garantizan ciertos derechos individuales.

Podría afirmarse, entonces, que la tan estudiada y discutida contraposición irreconciliable entre los sistemas procesales inquisitivo y acusatorio no es tanto una contraposición entre dos sistemas que coexisten en un mismo lugar y tiempo, sino entre un sistema históricamente superado y un sistema que busca afianzar su legitimidad en la contraposición y crítica de aquél, dando así contenido a uno de los usos de la distinción como sistemas históricos o sociológicos que existieron en algún momento o que en ciertos casos persisten en la actualidad.

Eso explica el hecho de que todo lo negativo desde el punto de vista procesal, y especialmente con respecto a los derechos de las partes en el proceso, la posición del órgano jurisdiccional y la actividad probatoria se asocia al sistema inquisitivo, mientras el acusatorio aparece como el sistema ideal con respecto a los mismos criterios de valoración procesal, lo que configura otro de los usos de la distinción, en este caso la idealización abstracta de cada sistema como contrapuesto al otro.

La superación histórica del primero por el segundo es aplicable en cuanto se lo entienda como un sistema procesal exhaustivo, capaz de ofrecer las respuestas adecuadas y coherentes entre sí a cualquier pregunta sobre el proceso de aplicación del Derecho en sede judicial.

Pero al ser ambos resultado de la actividad humana, en el plano teórico y legislativo, es de suponer que en el sistema acusatorio se puedan identificar elementos, rasgos, principios, ideas o prácticas procesales que puedan asociarse al sistema inquisitivo, sin que por ello pueda afirmarse su vigencia como tal sistema procesal omnicomprendido.⁵⁷

⁵⁶ César Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas* (Madrid: Universidad Carlos III, 2015), 68.

⁵⁷ Para James Goldschmidt, por ejemplo, “el principio procesal civil dominante y de más interés en el proceso es el principio dispositivo, que supone que en Derecho procesal civil pesa sobre las partes la carga de proporcionar los fundamentos de la sentencia mediante sus actos de postulación (peticiones, alegaciones, aportación de pruebas)... el principio contrario al dispositivo lo forma el de investigación, que domina el procedimiento penal, y que recibe también los nombres de principio inquisitivo, de instrucción, o principio del conocimiento de oficio (principio de la verdad material). Como criterios para la distinción entre ambos principios establece que las peticiones de las partes que condicionan la protección jurídica; las afirmaciones y pruebas aportadas por la parte; la alegación incontrovertida de un hecho se convierte en

Por lo dicho, queda sobreentendido que la distinción u oposición entre diferentes sistemas procesales donde uno de ellos es el inquisitivo, se refiere especialmente al derecho procesal y al proceso penal y no necesariamente a los procesos de otras ramas del Derecho; de ahí que la oposición y distinción se haga siempre con base en el sistema penal inquisitivo y el sistema penal acusatorio, de donde se pretende extrapolar al resto de los procesos judiciales de diferentes materias.

Ello es evidente cuando, en lugar de contraponer un sistema a otro, se procede a identificar y explicar el principio básico que le es propio a cada uno: el principio inquisitivo en el caso del primero, y el principio acusatorio en el caso del segundo.

Esa precisión es de singular interés para el desarrollo de este trabajo en general y para la distinción entre los sistemas procesales en particular; puesto que, si bien la misma terminología es utilizada sin distinción de materias jurídicas concretas, en el ámbito del derecho procesal no penal y, especialmente en el proceso tributario, la distinción se hace entre el sistema inquisitivo y el sistema dispositivo, éste último entendido como el sistema estandarizado en el derecho procesal civil actual en Iberoamérica.

Por otra parte, además de las comunes expresiones lingüísticas, las diferencias entre el sistema penal inquisitivo y lo que pueda calificarse como inquisitivo en materias no penales son tan grandes que, en lugar de hablar de dos sistemas procesales contrapuestos, lo correcto es referirse a un sistema procesal donde existen, de manera exclusiva o conjugada, el principio inquisitivo con el principio dispositivo.

No obstante, no en todos los supuestos los estudiosos del derecho procesal no penal distinguen entre lo inquisitivo o dispositivo como uno de los principios del sistema procesal, o lo inquisitivo o dispositivo como la característica distintiva del sistema en su totalidad. La diferencia, si bien puede parecer sutil, no deja de tener consecuencias teóricas y prácticas importantes.⁵⁸

fundamento de la sentencia; reconocimiento y la renuncia de la acción vinculan al juez, con relación a cada uno de esos criterios solo algunas excepciones pertenecen al principio inquisitivo.*

* James Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, trad. de la segunda edición alemana por Leonardo Prieto Castro (Madrid: Editorial Labor, 1936), 82-4.

⁵⁸ La distinción si es bien clara, por ejemplo, en James Goldschmidt, “Derecho procesal”, 82: “El principio contrario al dispositivo lo forma el de investigación, que domina el procedimiento penal, y que recibe también los nombres de principio inquisitivo, de instrucción, o principio del conocimiento de oficio (principio de la verdad material)”.* A juzgar por sus palabras, la distinción entre un proceso dispositivo y un proceso inquisitivo no se da hacia el interior del proceso no penal, sino por el contrario es una contraposición entre principios que rigen ramas de derecho procesal diferentes, en este caso civil y penal, respectivamente.

* Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, 82-4.

Así, por ejemplo, Giuseppe Chiovenda se refiere a la distinción entre el principio inquisitorio y el principio dispositivo. En el primero “se puede concebir al juez como investido de todos los poderes necesarios para descubrir la verdad”, mientras que en el segundo se puede suponer “como constantemente sujeto a la iniciativa de las partes”.⁵⁹

El autor citado se refiere a uno de los tantos principios que configuran el proceso judicial, sin que ninguno de ellos sea razón suficiente para definir al sistema procesal en su conjunto, que pudiera ser además oral o escrito, público o privado, de acuerdo a diversos criterios de clasificación legítimamente elaborados por la doctrina procesalista.

En términos de principios procesales y no de sistemas procesales omnicomprendidos, se expresa también Niceto Alcalá-Zamora. Este autor sostiene que “en cuanto a la *promoción del proceso*, se contraponen los principios *dispositivo* y de *oficialidad*: el primero interviene cuando se procede en virtud de una pretensión particular de tutela jurídica dirigida al Estado”, mientras el segundo “se manifiesta, a su vez, cuando la acusación penal se promueve en virtud de propia determinación por el Estado mediante los órganos que tenga establecidos al efecto”.⁶⁰ Véase que aquí ni siquiera se considera el principio inquisitivo como parte del proceso no penal, en el que rige completamente, según el texto literal del autor, el principio dispositivo.

Esa apreciación es congruente con la opinión de Adolfo Alvarado Velloso, quien recuerda que el sistema dispositivo en lo civil y el sistema acusatorio en lo penal, se presentan *históricamente* con rasgos característicos similares. El proceso, afirma, “sólo puede ser iniciado por el particular interesado (nunca por el propio juez); su desarrollo es *público*, existe paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias entre actor (o acusador) y demandado (o reo) y el juez es un tercero que, como tal, es *imparcial* (no parte), *imparcial* (no interesado personalmente en el resultado del litigio) e *independiente* de cada uno de los contradictores. Nunca por el juez”.⁶¹

Como se deriva de la opinión del último autor citado, el impulso procesal sólo es competencia de las partes en cualquiera de los dos sistemas procesales.

Por el contrario, como dos sistemas actuales, coexistentes e incompatibles entre sí los analiza el propio Adolfo Alvarado Velloso desde una perspectiva distinta. Al efecto, realiza una “comparación paralela” y establece como criterios la forma de inicio del

⁵⁹ Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. 3 (México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002), 181.

⁶⁰ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Estudio de Teoría General e Historia del Proceso* (México: UNAM, 1992), 106.

⁶¹ Adolfo Alvarado Velloso, “Introducción”, 63-4.

proceso (solo por acción del demandado en el dispositivo, de oficio en el inquisitivo), el impulso procesal (por el juez en el caso del dispositivo, por el interesado en el inquisitivo), conocimiento del demandado con respecto al demandante (en el dispositivo sabe quién y por qué se lo demanda, en el inquisitivo lo ignora), conocimiento de la identidad del juez (la sabe en el dispositivo, en el inquisitivo la ignora), carácter predominante del proceso (público en el dispositivo, secreto en el inquisitivo).⁶²

Dicho esto, en lugar de estudiar la pretendida coexistencia de un sistema procesal inquisitivo frente a un sistema procesal dispositivo, y su inevitable derivación ecléctica como es el sistema mixto, parece más conveniente estudiar los principios que, bajo el mismo nombre, suelen coexistir en medidas diferentes en algunos sistemas procesales vigentes en la actualidad.

Con base en ello, quedaría por averiguar en qué consiste básicamente cada principio y cuáles son los criterios de distinción entre ambos, a los fines de identificar si en la doctrina o el Derecho vigente es posible encontrar alguno de esos rasgos característicos, y en qué medida su presencia contribuye a la configuración del proceso o el sistema procesal en su totalidad.

Lo anterior es válido para el estudio que nos ocupa como lo es la prueba de oficio, ya que, si bien sus caracteres teóricos están en cierta manera desarrollados de forma exhaustiva desde diferentes puntos de vista por la doctrina procesalista, su configuración técnica específica varía de acuerdo a los ordenamientos jurídicos particulares. Esa afirmación podrá constatarse en el estudio de los diferentes modelos procesales que se aborda en esta investigación, así como en su configuración jurídica en algunas leyes procesales vigentes en distintos ordenamientos jurídicos nacionales.⁶³

Dicho esto, podemos definir un sistema procesal, en el contexto de esta investigación, como el conjunto de principios y normas que en un ordenamiento jurídico configuran los derechos y obligaciones de las partes en el trámite judicial, así como la

⁶² *Ibíd.*, 66.

⁶³ “Que el derecho procesal deba abarcar la teoría y la legislación no parece tener oposición válida; pero no puede olvidarse que la normatividad toma partido; esto es, opta por una de las diversas alternativas que el teórico ha de considerar sistemáticamente. De una toma de posición, por ejemplo, de elegir el procedimiento escrito o inquisitivo, se siguen consecuencias de derecho positivo, que no han de influir en la teoría de una manera decisiva.” Humberto Briseño Sierra, *Compendio de Derecho procesal* (México: Humanitas, Centro de Investigación y Posgrado, 1989), 144.

posición del juzgador con respecto a aquellas y las facultades de que dispone para dirigir el proceso a través de sus diferentes fases o etapas.⁶⁴

Precisamente, la posición de las partes con respecto a la iniciativa para determinar los medios de pruebas de que pueden valerse en la fundamentación de sus pretensiones y excepciones, así como los poderes que se le confieran al juzgador en cuanto a la actividad probatoria, constituyen los dos elementos esenciales para comparar los sistemas procesales a nivel teórico y legislativo.

En vista de los criterios anteriores, no es muy difícil percatarse de que la gran mayoría de los debates en torno a los diferentes sistemas procesales se deben a imprecisiones terminológicas, por un lado, y por otro a la falta de criterios unívocos para establecer las semejanzas y diferencias más importantes entre ambos.

También contribuye a las dificultades señaladas, el hecho de que toda comparación responde siempre a un interés teórico o eventualmente político del investigador, que no siempre es explicitado con suficiente claridad como para entender los presupuestos en que se funda la comparación entre los diferentes sistemas procesales. Además de los mencionados intereses, no se puede desdeñar el papel de las ideologías (políticas pero también jurídicas) en la configuración de los sistemas procesales, especialmente en cuanto los fines reales o encubiertos que se pretende conseguir con una determinada configuración técnico-jurídica.⁶⁵

Por esa razón hay autores que han usado diversos criterios de comparación, todos ellos pertinentes de acuerdo a su propósito. Un criterio que suele utilizarse es el de quién interpone la demanda y realiza la contestación, mientras otros hacen énfasis en quién tiene la facultad de impulsar el proceso, o asumen como criterio de distinción los derechos y garantías que se reconocen a las partes.

Una síntesis de diversos criterios realiza el citado autor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.⁶⁶ El autor se refiere a los principios dispositivo e inquisitivo como “principios concernientes a la marcha del procedimiento.” En cuanto a “la *promoción del proceso*, se contraponen los principios *dispositivo* y de *oficialidad*: el primero interviene cuando se procede en virtud de una pretensión particular de tutela jurídica dirigida al Estado. Impera por completo en materia civil, con raras y muy discutibles excepciones; en lo penal, puede

⁶⁴ En tiempos de J. Bentham, uno de los clásicos del Derecho probatorio del siglo XIX, no se hablaba de sistemas procesales, sino de modos de enjuiciar. Jeremy Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales* (París: 1825), capítulo III.

⁶⁵ Al respecto puede verse Claudio Palavecino Cáceres, “Sistemas procesales”, 13-30.

⁶⁶ Alcalá-Zamora, “Estudio”, 106.

revestir, según los países, diferentes formas de acusación (particular, privada, profesional y popular).”

El principio de oficialidad se manifiesta, a su vez, cuando la acusación penal se promueve en virtud de propia determinación por el Estado mediante los órganos que tenga establecidos al efecto y que pueden ser el mismo juzgador acusando de oficio (*principio inquisitivo*), y un cuerpo de funcionarios especialmente encargados de tal misión (*principio acusatorio estatal*, a cargo principalmente del ministerio-público, que también puede, aunque en menos oportunidades, promover el proceso civil). Pero como el ministerio público, se encuentra procesalmente junto a las partes, esta segunda hipótesis se halla a mitad de camino entre la primera y la acusación dispositiva o ejercida por particulares.

- Otros criterios que se pueden utilizar para realizar la distinción son los siguientes:
- Etapa o período histórico en que se consolidó cada sistema.
- Lugar de los sujetos procesales dentro del sistema (estructura de los elementos del sistema).
- Forma de expresión predominante.
- Relaciones que se establecen entre los sujetos procesales (funciones de los elementos dentro del sistema).
- Derechos, obligaciones y facultades de las partes en el proceso (límites de la actuación de las partes como elementos del sistema, en particular con respecto a la actividad probatoria).
- Funciones y facultades del juzgador (límites de la actuación del juzgador como elemento del sistema, en particular con respecto a la actividad probatoria).
- Objetivo de la actuación de los sujetos procesales (finalidad que debe conseguirse con el sistema procesal como un todo) y concepción teórica que sirve de trasfondo explícito o implícito al sistema procesal.

En el contexto de esta investigación, es preciso señalar que los criterios principales que se asumen para distinguir ambos sistemas procesales son los poderes relacionados con la iniciativa probatoria y la práctica de pruebas, con lo que en principio se excluyen otros criterios o pautas de comparación que pudieran arrojar resultados distintos igualmente válidos.

Fijados esos dos criterios, la variable para la distinción entre ambos sistemas consiste en verificar si la iniciativa probatoria y la práctica de pruebas recaen en las partes o en el juzgador, en qué medida y cuáles pudieran ser las consecuencias teóricas y prácticas en cada caso.

La selección de solo dos criterios puede considerarse ciertamente arbitraria, pero en su favor cuenta el hecho de que diferenciar ambos sistemas procesales es un paso previo y necesario al estudio de la prueba de oficio como institución del derecho procesal, institución que puede encontrarse en cualquiera de los dos sistemas procesales con un diseño técnico jurídico y alcances distintos.

Dicha institución constituye, en la actualidad, quizás el único asidero consistente para distinguir entre el principio dispositivo y su excepción el principio inquisitivo u oficioso en materia probatoria, puesto que su presencia contribuye de manera determinante o contingente a la configuración teórica y legislativa del sistema procesal y de las relaciones entre el juez y las partes a propósito de la iniciativa y la actividad probatoria.

De esa forma, la cuestión inicial sobre las diferencias esenciales entre el sistema procesal inquisitivo y el sistema procesal dispositivo se transforma en una pregunta acerca de las diferencias entre los principios inquisitivo y dispositivo en materias no penales, y se puede responder tomando en consideración la relación del juzgador con respecto a la iniciativa en materia de pruebas, la promoción de medios de pruebas y la actividad probatoria que realizan las partes en el proceso.

De acuerdo al primer principio, el juzgador tendría una participación activa tanto en la investigación como en la fase probatoria, convirtiéndose en el actor principal del proceso, pero sin prescindir de la actividad de las partes.⁶⁷

Por el contrario, y en virtud del principio dispositivo se rescata la figura del actor como necesario para el inicio del proceso y la posición del juzgador sería de tercero imparcial que se atiene a los hechos y las diligencias probatorias que realicen las partes, y en vista de ello dicta una resolución que pone fin al conflicto entre ellas.⁶⁸

⁶⁷ Martín Hurtado Reyes, *Estudios de derecho procesal civil*, t. 1, 2.^a ed. (Lima: Editorial & Librería Alison, 2014), 162.

⁶⁸ Según el principio dispositivo, “el impulso procesal, el poder de disposición, en suma, sobre el proceso, pertenece a las partes, no al juez, que ocupa un papel pasivo, contrario ciertamente al interés social y del Estado en la administración de la justicia” mientras que, de acuerdo con el principio inquisitivo “corresponden al juez iniciativas y actividades que le permiten el poder de dirección del proceso y la aportación del material que estime conveniente al mismo, como titular de la función pública que le está encomendada”. Véase Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (México: Porrúa, 1966), 92.

No obstante, la dicotomía entre dos sistemas procesales, considerados antitéticos e irreconciliables entre sí, no es del todo pacífica en la doctrina procesalista, e incluso se ha llegado a poner en duda la existencia histórica o actual de un sistema procesal puramente inquisitivo o puramente dispositivo, dado que en la práctica legislativa no siempre se dan las purezas que se diseñan en la doctrina, según el criterio de los sistemas procesales ideales.

En este punto el procesalista Michele Taruffo considera importante tener en cuenta la denominación que se les da a cada sistema, cuando habla de un sistema especial denominado “sistema mixto”, al señalar que si bien es cierto que en principio los sistemas procesales sólo pueden ser inquisitivos o dispositivos (pero no ambas cosas a la vez), ha de presumirse que, con respecto al sistema mixto, constituyen sistemas completos y autosuficientes en sí mismos.⁶⁹

Adolfo Alvarado Velloso, por su parte, niega cualquier posibilidad de existencia de un sistema procesal mixto. En consecuencia, afirma que “los sistemas dispositivo e inquisitivo son franca y absolutamente antagónicos y, por razones obvias, no puede hablarse seriamente de una suerte de convivencia entre ellos, aunque resulta aceptable que puedan alternarse en el tiempo conforme distintas filosofías políticas imperantes en un lugar dado”.⁷⁰

Al margen de las citadas opiniones contrapuestas sobre la existencia de un sistema procesal mixto distinto del sistema procesal inquisitivo y dispositivo, puede afirmarse que los dos últimos, cada uno por su lado, integra en su seno todos los componentes inherentes a su reconstrucción teórica, mientras que el sistema mixto incorpora ciertos elementos no contrapuestos de los dos sistemas básicos, en una suerte de convivencia de los aspectos no contradictorios de cada uno de los sistemas opuestos.

Se trata, en todo caso, de un esquema de interpretación de carácter teórico sobre los sistemas procesales tal como son presentados en diferentes estudios; su funcionalidad también puede resultar fructífera, si se tiene en cuenta que no son definidos en abstracto y aisladamente, sino que entre ellos se establece una relación de interdependencia

⁶⁹ Michele Taruffo, *La prueba, artículos y conferencias* (Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2008), 266.

⁷⁰ Adolfo Alvarado Belloso, *Teoría General del Proceso*, Lección 5 (Aula Virtual Iberoamericana de Derecho y de Altos Estudios Judiciales, 2017), 7.

conceptual, ya que puestos frente a frente, el uno se define por ser precisamente el contrario del otro en cualquier parámetro de comparación que se utilice.⁷¹

En síntesis, los criterios o parámetros anteriores de comparación cumplen una doble finalidad. Por un lado, permiten identificar las características principales de cada uno de los sistemas procesales considerados aisladamente; mientras que por otro sirven de criterios mínimamente objetivos de contrastación entre ambos.

El punto de convergencia consiste en el propósito último de identificar cuál es la tesis fuerte que sostienen los autores que escriben sobre uno u otro sistema procesal, o eventualmente sobre los dos, o las de aquellos que establecen comparaciones entre ambos utilizando a veces criterios inconmensurables entre sí.

Adicionalmente, conviene insistir en un detalle. El modelo de proceso que se toma como referencia para establecer la distinción entre el sistema procesal inquisitivo y sistema procesal acusatorio es el proceso penal ya que, como se ha dicho, fue allí donde se considera que alcanzó su mayor grado de desarrollo teórico y aplicación práctica el primero.

No obstante, la distinción suele utilizarse para el estudio de otros procesos no penales en los que obviamente no hay una acusación ni un acusado, pero sí unas partes, un proceso probatorio y un órgano jurisdiccional con respecto a los cuales también se discute el tipo de sistema procesal más coherente con las normas o principios del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Pero cuando se trata de aplicar los modelos analíticos al estudio de cualquier proceso judicial, en aras de identificar en ellos la presencia o ausencia de características o rasgos que suelen atribuirse a los sistemas procesales inquisitivo o acusatorio, los resultados aparecen forzados, dado que en los procesos judiciales de carácter “no penal”, la relación entre los sujetos procesales, el origen de la relación jurídico-procesal, el objetivo del proceso así como la materia sobre la que versa, son sustancialmente diferentes con respecto a otras relaciones jurídico procesales, cuyo fundamento legal reside fuera del ordenamiento jurídico penal.

De manera que la discusión que aparece como propia de cualquier sistema procesal sólo es aplicable en su totalidad al proceso penal, de lo que se desprende que,

⁷¹ “Ante la dificultad de determinar los elementos comunes a todos los procesos acusatorios, he optado por definir, siquiera sintéticamente, los rasgos básicos del denominado proceso inquisitivo, el cual, a pesar de sus múltiples manifestaciones, quizás presenta unos elementos identificadores más claros. Así, por oposición a este proceso, será más fácil identificar los elementos típicos de los procesos acusatorios o “no inquisitivos”. Véase Bachmaier, “Sistemas procesales”, 176.

para analizar procesos judiciales correspondientes a otras ramas del Derecho, o a jurisdicciones no penales, la caracterización del sistema procesal como netamente inquisitivo pierde mucho de su pretendido sentido analítico original.

Por esa razón, tanto el principio dispositivo como su contraparte teórica el principio inquisitivo, deben ser estudiados con mayor detenimiento en diferentes ramas sustantivas del Derecho y sus respectivas normas procesales, en nuestro caso en el proceso contencioso tributario, en el supuesto de que, en cada una de ellas, ambos principios suelen tener una configuración jurídica diferente a nivel de detalles técnicos.

Entre el principio inquisitivo, como opuesto al principio acusatorio en el proceso penal, y el principio inquisitivo como opuesto al principio dispositivo en los procesos no penales, no se puede establecer una relación de correspondencia, puesto que, en las diferentes ramas del Derecho, ambos principios suelen ocultar, bajo el mismo nombre, características diferentes.

Si bien tanto el principio acusatorio como el dispositivo se oponen al principio inquisitivo, la oposición no se funda en las mismas razones, ni toman en consideración los mismos rasgos de aquél, ya que mientras en el acusatorio el rasgo definitivo es cómo procede el órgano jurisdiccional con respecto al acusado, en el dispositivo lo es cómo proceden las partes con respecto a sus pretensiones, cuáles son sus derechos y facultades en materia probatoria, y cuál es la posición del juzgador con relación a esos criterios.

Al sistema procesal inquisitivo le es inherente el principio del mismo nombre,⁷² ya que en su concepción teórica se le otorgan amplios poderes al juzgador, tanto en la iniciativa para promover el proceso como en cuanto a la promoción y práctica de pruebas no aportadas o solicitadas por las partes;⁷³ tales poderes, en la medida en que se otorgan y ejercen frente a los derechos de las partes, con respecto a los cuales deben ser ponderados, alejan al juzgador de la posición ideal de tercero imparcial y lo acercan a la posición de juez y parte.

Al contrario, en el sistema procesal basado en el principio dispositivo, esos poderes se ven sustancialmente disminuidos, en virtud de que tanto la iniciativa para comenzar el proceso como la promoción y práctica de pruebas es competencia exclusiva de las partes,⁷⁴ lo cual no significa que el juzgador carezca de los poderes necesarios para

⁷² Nieva-Fenoll, "El mal nombre", 619.

⁷³ Alvarado Velloso, "Introducción", 64-9.

⁷⁴ "En el proceso dispositivo, no se trata sólo de reglas para el juez, sino también de reglas o de normas para que las partes produzcan las pruebas de los hechos, al impulso de su interés en demostrar la

determinar el avance del proceso, el principio de buena fe y de colaboración entre las partes, así como para mantener durante su desarrollo su función de autoridad judicial directora del proceso.

No obstante, en cualquiera de los dos casos subyace el principio del debido proceso, elevado en el Derecho contemporáneo al rango de derecho constitucional o fundamental, mediante el cual se definen los derechos, garantías y obligaciones de los sujetos procesales en general, y de las partes en especial, así como las obligaciones, facultades y responsabilidades del órgano jurisdiccional en sus funciones de administrar justicia, y el fin que se debe alcanzar con todo proceso judicial, con respecto al cual éste constituye un instrumento.⁷⁵

2.3. El sistema procesal mixto

De esas posiciones extremas, en principio teóricamente irreconciliables, surge una tercera opción, a la que suele dársele la denominación de “sistema procesal mixto” y en el que, también teóricamente, se incorporan algunas de las virtudes principales de los dos sistemas básicos inquisitivo y acusatorio en el caso del derecho procesal penal, o inquisitivo dispositivo en el derecho procesal civil, al tiempo que se excluyen aquellas que resultan poco satisfactorias por sus características intrínsecas, o porque han sido históricamente superadas.

De ello resultan así sistemas procesales que, o bien son inquisitivos con elementos dispositivos o acusatorios, o bien sistemas dispositivos o acusatorios con elementos inquisitoriales; en síntesis, de esa combinación surge “el así llamado sistema mixto, que aparenta conjugar el principio dispositivo con el incremento de los poderes inquisitivos del juez [en] una combinación de oralidad con sistema mixto”.⁷⁶

Como puede apreciarse de la cita reproducida, donde mayor connotación y desarrollo ha tenido el debate sobre la posibilidad de un sistema procesal mixto es en el ámbito del proceso penal, puesto que, al contraponer el modelo inquisitivo frente al

verdad de sus respectivas proposiciones”. Véase Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho procesal Civil*, 3.^a ed. (Buenos Aires: Roque De Palma, 1958), 241.

⁷⁵ Martín Agudelo Ramírez, “El debido proceso”, *Opinión Jurídica* n.º 7 (2005): 89-105, Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín; Carlos Adolfo Prieto Monroy, “El proceso y el debido proceso”, *Vniversitas* n.º 106 (2003): 811-823, Pontificia Universidad Javeriana Bogotá; Wray Espinosa, Alberto. “El debido proceso en la Constitución”, *JurisDictio: Revista de Derecho*, n.º 1 (2000): 35-48, Universidad San Francisco de Quito y Cipriano Gómez Lara, “El debido proceso como derecho humano”, en *Estudios en Homenaje a Martha Morineau*, coord. Nuria González Martín, t. 2 (México: UNAM, 2006), 341-58.

⁷⁶ Palavecino Cáceres, “Sistemas procesales”, 14.

acusatorio se ha ido delineando un modelo procesal que combina elementos de los dos sistemas básicos.

Así lo sostienen varios autores, por ejemplo, Claudio Palavecino Cáceres,⁷⁷ Máximo Langer, Teresa Armenta Deu,⁷⁸ entre otros, como ha habido ocasión de señalar anteriormente.

Según esta última autora mencionada,

el llamado sistema acusatorio formal o sistema mixto, combina elementos característicos de los dos anteriores [inquisitivo y acusatorio] mediante la incorporación del fiscal al proceso, que se justifica, no obstante, de manera plena en atención a asegurar la persecución penal y con ello la realización del Derecho penal, por una parte, y por otra, a garantizar la separación de las funciones acusadora y juzgadora.⁷⁹

En lo que respecta al proceso civil, la aceptación de un sistema procesal mixto no ha sido pacífica. Es importante reiterar que en dicha rama del derecho procesal la contraposición se da, como afirma Jordi Nieva-Fenoll, entre el sistema inquisitivo y el sistema dispositivo, por un lado y, por otro, entre el llamado principio de oficialidad y el de aportación de partes en materia probatoria.

Por esa razón, la combinación de elementos de ambos sistemas básicos suele ser menos trascendente, en la medida en que en gran parte de la historia de la materia procesal civil esa coexistencia ha sido un hecho apenas discutido.⁸⁰

De acuerdo a las diversas posibilidades de combinación entre aquellos principios, y teniendo en cuenta que el principio inquisitivo se define a partir de los poderes del juez para introducir o no prueba de oficio, el sistema procesal mixto en el proceso civil estaría determinado por la coexistencia del principio de aportación de parte con la posibilidad, excepcional y discrecional, de que el juez pueda pasar por encima de dicho principio, e introducir medios de prueba no propuestos o alegados por las partes.

Si ese fuera el caso, la existencia de un sistema procesal mixto en materia civil podría rastrearse al menos hasta el siglo XIII, en el llamado Derecho histórico español, donde para entonces se hablaba ya de unas rudimentarias “diligencias para mejor

⁷⁷ *Ibíd.*, 14.

⁷⁸ Teresa Armenta Deu, *Sistemas procesales penales: La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 10-28.

⁷⁹ *Ibíd.*, 22. En opinión de Ana C. Calderón Sumarriva, en el sistema mixto de lo que se trata es de “armonizar dos exigencias aparentemente opuestas: que ningún culpable escape al castigo y que nadie sea sometido a pena si no se demuestra su responsabilidad, y solamente en los límites de ella”. Ana C. Calderón Sumarriva, *El nuevo sistema procesal penal. Análisis crítico* (Perú: Egacal, 1991), 26.

⁸⁰ Nieva-Fenoll, “El mal nombre”, 611-40.

resolver”, tal como lo acredita Jordi Nieva-Fenoll en su documentado estudio sobre el principio inquisitivo.⁸¹

Evidentemente, entre aquel Derecho medieval y el moderno derecho procesal civil las diferencias son significativas; sin embargo, ya estaba presente entonces la posibilidad de que el juez pudiera actuar de oficio en materia probatoria, sin que fueran por ello las partes privadas de su iniciativa para proponer medios de pruebas en el proceso.

Ahora bien, aunque los argumentos expuestos parecen reafirmar la hipótesis de la existencia de un sistema procesal mixto, que se encontraría a medio camino entre el sistema inquisitivo y el sistema dispositivo/acusatorio, no todos los autores modernos y contemporáneos están de acuerdo en esa simbiosis.

Una de las razones para el desacuerdo gira en torno a la presunta incompatibilidad absoluta entre los sistemas básicos, lo que impediría en todo caso la posibilidad de que algunos elementos de cada uno de ellos pudieran ser combinados, dando lugar a un tercer sistema procesal distinto a los antitéticos sistemas inquisitivo y dispositivo/acusatorio.

Una opinión en contra de la posibilidad de convivencia de elementos del sistema dispositivo e inquisitivo en un mismo sistema procesal no penal, es la que sostiene el tratadista Adolfo Alvarado Velloso y que ya fue comentada en páginas anteriores.

Una tesis completamente diferente es la que sostienen los autores Rafael De Pina y José Castillo Larrañaga. Según su exposición,

no existe un proceso rigurosamente dispositivo ni un proceso rigurosamente oficial, sino un proceso mixto de dispositivo y oficial o inquisitivo dependiendo su calificación del predominio de la facultad de disposición de las partes o de los poderes del juez [...] el derecho procesal de nuestro tiempo tiende a aumentar los poderes del juez, sin privar, desde luego, a las partes de las facultades necesarias a la defensa de sus intereses legítimos. La ponderación necesaria entre los poderes del juez y las facultades de las partes constituye un problema legislativo del mayor interés.⁸²

Por nuestra parte, y luego de haber analizado diferentes posiciones al respecto, consideramos que la pregunta acerca de la existencia o no de un sistema procesal mixto depende de diferentes presupuestos que no siempre se toman en cuenta.

En primer lugar, es necesario delimitar las características inherentes al sistema inquisitivo, para verificar luego si se manifiestan de la misma manera en el derecho procesal penal y en el derecho procesal civil. Un paso posterior es valorar si es posible la coexistencia del principio inquisitivo con el sistema acusatorio del derecho procesal

⁸¹ *Ibíd.*, 625.

⁸² De Pina y Castillo Larrañaga, “Instituciones”, 192-3.

penal, por una parte, y por otra del propio principio inquisitivo con el principio dispositivo en el derecho procesal civil.

En este último, además, es preciso determinar si entre el principio inquisitivo, que se manifiesta de preferencia en la facultad excepcional del juez para introducir en el proceso medios de prueba no aportados por las partes, y el principio de aportación de parte existe alguna incompatibilidad o, por el contrario, pueden coexistir dentro de un mismo modelo procesal sin mayores inconvenientes.

Con relación al principio dispositivo no habría más que añadir, excepto la reiteración de que su ámbito de aplicación se refiere a la facultad de iniciar, impulsar o dar por terminado el proceso a través de la transacción o el abandono de la causa, que es exclusiva de las partes en el moderno derecho procesal civil.

Por esa razón, se puede afirmar que el principio dispositivo no guarda ninguna relación esencial con el principio inquisitivo, entendido como facultad para iniciar o transigir, sino con el principio de oficialidad, en virtud del cual un tercero distinto de las partes puede iniciar o darlo por terminado antes de la decisión del juez.

El principio de oficialidad, si bien tuvo cierta vigencia en otro tiempo, en la actualidad forma parte de las instituciones o principios históricos del derecho procesal.

3. Los principios en el derecho procesal

En el derecho procesal los principios, entendidos como “los presupuestos político-jurídicos que determinan la existencia funcional de un determinado ordenamiento jurídico procesal”,⁸³ cumplen una doble función interpretativa y normativa, en la medida en que deben servir como pautas de interpretación del ordenamiento jurídico procesal en su conjunto y como guía para la acción de las partes procesales y la actuación de los jueces durante todo el desarrollo del proceso.⁸⁴

En su formulación más general, dichos principios son de aplicación a cualquier proceso o sistema procesal de que se trate, mientras que en sus manifestaciones específicas algunos sólo son pertinentes para un sistema procesal particular o una materia

⁸³ Jorge A. Rojas, “Principios y sistemas”, en Ángel Landoni Sosa y Santiago Pereira Campos (editores), *Estudios de Derecho Procesal: En homenaje a Eduardo J. Couture* (Uruguay: La Ley, 2017), 481.

⁸⁴ Sobre las características de los principios y los criterios de distinción con respecto a las normas y otros enunciados normativos puede verse César Rodríguez, *La decisión judicial: Debate Hart- Dworkin*, (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015), 48.

específica, como sería por ejemplo el principio dispositivo y el de oficialidad aplicables únicamente al derecho procesal no penal y al proceso penal, respectivamente. Veamos este planteamiento con más detenimiento.

En los estudios de derecho procesal se suele distinguir entre una Teoría general del proceso,⁸⁵ o un derecho procesal general por un lado, y por otro un derecho procesal particular, correspondiente a cada rama sustantiva del derecho de acuerdo a la materia; así, a cada una de las ramas del derecho sustantivo corresponde un tipo especial de procedimiento, y se habla entonces de derecho procesal civil, penal, laboral, administrativo o constitucional, entre otros.⁸⁶

Es frecuente por una parte encontrar en la bibliografía de carácter general sobre el derecho procesal una distinción entre la ciencia del derecho procesal, que tiene como fundamento unos mismos principios generales y un lenguaje técnico jurídico propio, cuyo objeto de estudio es el conjunto de normas que regulan el proceso judicial, así como las condiciones de aplicación de la ley para la realización del derecho; y por otra, la legislación procesal correspondiente a cada rama particular del derecho sustantivo, que dispone de una configuración técnica específica, adecuada a su objeto de regulación, a los sujetos y a los bienes jurídicos que protege.

Por lo que se refiere específicamente al derecho tributario que será analizado en los siguientes capítulos, entre el derecho sustantivo y el derecho procesal existe una relación de mutua dependencia, ya que mientras el primero prescribe las conductas y las consecuencias que se pueden derivar de su incumplimiento, el derecho procesal establece las formas concretas de actuación de las autoridades públicas para aplicar aquellas consecuencias, así como los principios y normas que deben regir el desarrollo del proceso y los derechos y garantías que se reconocen a las partes involucradas.

En síntesis, el primero establece el “qué”, mientras el segundo establece el “cómo”, de ahí que sea posible afirmar que, sin el derecho procesal el derecho sustantivo quedaría reducido a un conjunto de normas valor exclusivamente lógico, o como una

⁸⁵ Vicente J. Puppio, *Teoría General del proceso*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006). Por su parte Niceto Alcalá Zamora define la teoría general del proceso como “el conjunto de conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas del enjuiciamiento [...] es la parte general de la ciencia del derecho procesal que se ocupa del estudio de los conceptos, principios e instituciones que son comunes a las diversas disciplinas procesales especiales”.*

* Niceto Alcalá Zamora, “La teoría general del proceso y la enseñanza del Derecho Procesal”, en *Estudios de teoría general e historia del proceso* (México: UNAM, 1974), 585.

⁸⁶ Angelina Ferreyra de la Rúa, “Vigencia actual de la teoría general del proceso”, en Ángel Landoni Sosa y Santiago Pereira Campos, *Estudios de Derecho Procesal. En homenaje a Eduardo J. Couture* (Uruguay: La Ley, 2017), 133-46.

exigencia moral o prudencial sin eficacia real, en la medida en que sus dictados de conducta no tendrían forma de llevarse a la práctica para aplicar las consecuencias previas, dejando de lado por supuesto lo que pueda haber de cumplimiento voluntario de las disposiciones jurídicas sustantivas por parte de sus destinatarios.

En cuanto al derecho procesal particular, de acuerdo a las ramas en que suele dividirse un ordenamiento jurídico nacional, se habla entonces del *derecho procesal constitucional* que establece tanto las instancias judiciales competentes como los procedimientos para hacer efectivos los derechos y garantías constitucionales “y como referencia a las categorías procesales elevadas a normas constitucionales para reforzarlas y en concreto las relacionadas con el debido proceso”.⁸⁷

Asimismo, existe el *derecho procesal administrativo*, “que establece los requisitos y maneras para la aplicación, impugnación o revocatoria de los actos administrativos de efectos generales o particulares”⁸⁸ un Derecho “de carácter gubernamental o jerárquico [que] regula el procedimiento para impugnar los actos de la Administración Pública”,⁸⁹ bien sea a través de las propias autoridades administrativas o por la vía contenciosa ante los tribunales de justicia.

El *derecho procesal tributario*, por su parte “establece los requisitos y trámites para hacer efectivos los tributos de los contribuyentes frente al Fisco Nacional [...] además para impugnar los actos de la administración en materia tributaria”,⁹⁰ cuando afecten sus derechos como contribuyentes y exista la posibilidad legal de recurrir las resoluciones de la autoridad fiscal en la propia vía administrativa o judicial.

El derecho procesal administrativo y el derecho procesal tributario comparten una característica que es preciso poner de relieve. Se trata de que en ambos casos se puede hacer una distinción entre procedimiento administrativo o contencioso tributario, que se lleva a cabo en sede administrativa, y el proceso contencioso administrativo o contencioso, que es de carácter jurisdiccional y procede para impugnar las resoluciones y actos de aquella, con independencia de que lo hayan sido o no recurridos por la vía interna de la administración pública.

Otro sector particular es el *Derecho procesal laboral* que establece los requisitos para hacer valer los derechos y deberes derivados de las relaciones jurídicas entre los

⁸⁷ Puppio, “Teoría general”, 29. Una obra especializada sobre el tema es el *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2014), 457-8.

⁸⁸ *Ibíd.*, 28.

⁸⁹ Enciclopedia OPUS, 186.

⁹⁰ Puppio, “Teoría general”, 28.

trabajadores y sus patronos. Se trata de una rama del derecho procesal que estudia la organización y competencia de la justicia del trabajo, los principios y normas generales y el procedimiento a seguir en la instrucción, decisión, y cumplimiento de lo decidido en los procesos originados por una relación laboral.⁹¹

También existe el *derecho procesal civil*. Como ciencia jurídica particular tiene por objeto el estudio de las relaciones jurídicas propias del proceso civil, desde la instauración de la demanda hasta la sentencia definitiva.

Puede afirmarse con certeza que esta rama del derecho procesal constituye el centro a partir del cual se fueron derivando los demás procesos particulares, puesto que en sus orígenes el derecho procesal estaba destinado esencialmente a resolver los litigios entre particulares relativos a bienes o derechos propios de las relaciones de parentesco, y luego se fue extendiendo a otros litigios con naturaleza jurídica distinta, pero siempre relacionados con los bienes o el estado civil de las personas.

Finalmente el *derecho procesal penal*, en el cual “el Estado tiene una función punitiva independientemente de que el particular invoque su protección, a menos que se trate de delitos de acción privada”,⁹² ya que por lo general el proceso penal se inicia de oficio por la autoridad competente para ello.

Éste último, junto al derecho procesal civil, constituye el núcleo esencial de todo el derecho procesal, así como los dos modelos en torno a los cuales se realizan las comparaciones pertinentes sobre los sistemas procesales inquisitivo y acusatorio por un lado e inquisitivo y dispositivo por otro.

Es precisamente en la contraposición entre el derecho procesal civil y el derecho procesal penal, donde se ha centrado una buena parte de la doctrina a propósito de la discusión y distinción entre los diferentes sistemas procesales ya analizados. Ello se debe en parte a la estrecha relación histórica y sistemática entre ambas ramas del derecho procesal general, llamado también teoría general del proceso, donde los principios más generales son de común aplicación.

⁹¹ Héctor Santos Azuela, “Derecho Procesal del Trabajo: Principios, naturaleza, autonomía y jurisdicción”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social* n.º 10 (2010): 239-61.

⁹² *Ibíd.*, 30. En cuanto a la definición de Derecho procesal penal en las dos obras que hemos venido citando a propósito de las diferentes ramas del Derecho procesal, llama la atención que en ningún caso se expone una definición, antes bien se intercalan citas de autores clásicos del Derecho penal como el caso de Tulio Chiossone quien lo define como “ el complejo de normas, directa o indirectamente, sancionadas, que se fundamentan sobre la institución del órgano jurisdiccional y que regula la actividad dirigida a la confirmación de las condiciones que hacen aplicable en concreto el derecho sustancial penal”.*

* Citado por Puppio, “Teoría general”, 30.

En la base de la discusión está una concepción doctrinal que, no obstante ser tradicional, no es aceptada pacíficamente por diferentes razones. Se trata de la distinción entre Derecho público y Derecho privado, a la cual corresponderían, respectivamente, el Derecho penal sustantivo y procesal y el Derecho civil sustantivo, mientras que el proceso civil estaría en la órbita del derecho público.⁹³ Se trata de una distinción que, entre otros criterios, se sustenta en la posición de los sujetos en el proceso, la posición del órgano jurisdiccional y los intereses, públicos o privados que se protegen en cada caso.⁹⁴

Como puede apreciarse, todos los criterios enumerados se corresponden con algunos de los enunciados a propósito de la distinción entre los diferentes sistemas procesales, como son la posición de los sujetos dentro del proceso, las formas particulares de proceder con respecto a la actividad probatoria y las funciones que se le atribuyen al órgano jurisdiccional, sin que necesariamente se deba establecer una relación de correspondencia entre aquéllos y determinadas ramas del Derecho, ya que un diseño procesal puede salvaguardar el derecho al debido proceso y otros principios procesales frente a trámites de distintas materias jurídicas, sin que por ello pierdan su naturaleza como garantías procesales.

Sin embargo, la coincidencia parcial entre los criterios de distinción sí resulta fructífera para analizar en qué medida los rasgos que se atribuyen a los sistemas procesales modélicos pueden influir en el diseño técnico particular de la legislación procesal, algo que no debe ser descartado desde el principio, porque una misma institución procesal puede ser aplicada de maneras diferentes de acuerdo al proceso concreto de que se trate, dependiendo de diversos criterios como el bien jurídico protegido, las relaciones entre las partes o las funciones concretas asignadas al órgano jurisdiccional.

No obstante, si se disminuyen las pretensiones generalizadoras en cuanto a considerar sistemas procesales omnicomprensivos y se pone la atención en el plano menos general de los principios procesales, es posible que la distinción al interior de los

⁹³ La pertenencia del Derecho procesal civil al Derecho público se fundamenta en que la intervención estatal, por medio del juez, representa el interés de la comunidad, que es público, y no el de los litigantes que es privado. Un análisis al respecto puede verse Alejandro Abal Oliú, *Derecho procesal*, t. 1 (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016), 51.

⁹⁴ Las posibilidades teóricas y la utilidad práctica de distinguir entre ambos sectores de la ciencia jurídica o del ordenamiento jurídico es una antigua discusión que en la Teoría del Derecho que, sin embargo, mantiene cierto interés con respecto a la distinción entre el proceso penal y el proceso civil como ramas paradigmáticas del Derecho público y el Derecho privado, respectivamente. Los términos de la discusión actual fueron planteados por Hans Kelsen, "Teoría Pura". Algunos aspectos importantes sobre la discusión pueden en el ámbito procesal pueden verse en: Roque Carrión, "Los principios dispositivo e inquisitorio en el proceso civil", *Revista de la Facultad de Derecho* n.º 28 (1970): 38-55.

procesos judiciales de tipo no penal sea útil, si se lograran aislar los principios o, al menos, el principio básico que sustenta las diferentes ramas del Derecho con respecto al derecho procesal general.

En el caso de los sistemas procesales no penales, tanto en la doctrina como en la legislación, el principio rector por excelencia es el principio dispositivo, razón por la cual quedaría por identificar cuáles son los rasgos característicos de tal principio, para luego investigar en qué medida se pueden establecer criterios que permitan hacer una adecuada ponderación, en aquellos casos en que persisten ciertos elementos conflictivos que suelen atribuirse a los sistemas procesales de tipo inquisitivo.

De manera subsecuente, habría que valorar si ello configura la posibilidad de catalogar al sistema procesal como mixto, o si es preferible identificarlo como un sistema procesal dispositivo con algunos elementos propios de otros sistemas. Para este estudio, importa identificar y definir los elementos que deban tomarse en cuenta a efectos de la ponderación referida entre el principio inquisitivo y el principio dispositivo.

Antes de entrar en el estudio detallado del principio dispositivo, es preciso analizar los principios relacionados con el proceso recogidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, especialmente en lo que se refiere a los procesos no penales regulados en el COGEP, tanto en lo que se refiere a la administración de justicia como a la función judicial.

La vigente Constitución de 2008 establece una distinción entre los principios de la administración de justicia y los de la función judicial, a diferencia de la derogada de 1998 que trataba ambos tipos de principios conjuntamente.⁹⁵

Además de criterios de técnica legislativa y sistematicidad del texto constitucional, a los fines de nuestra exposición, interesa determinar si existe algún criterio exhaustivo y pertinente que permita realizar una distinción clara entre ambas clases de principios, o precisar el criterio utilizado por el constituyente al momento de refrendarla a nivel constitucional.

Lo primero a señalar es que los intérpretes más autorizados del texto constitucional en materia procesal no han establecido un criterio semejante. Así por ejemplo, el doctor Santiago Andrade Ubidia, en un trabajo publicado en el año 2009,⁹⁶

⁹⁵ En los arts. 191-197.

⁹⁶ Santiago Andrade Ubidia, "La Función Judicial en la vigente Constitución de la República", en eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2009), 239-68.

sobre los principios constitucionales y la función judicial de la vigente Constitución, señala correctamente que “no hay una perfecta separación con los principios de la administración de justicia, así como repeticiones” relativas a los dos tipos de principios.

Sin embargo, no avanza en ese análisis, ni fija criterios de distinción que permitan explicar esas incoherencias. Por nuestra parte consideramos apropiado hacer la siguiente exposición.

Con base en fundamentos epistemológicos y de lógica jurídica respecto de las formas y métodos de clasificación utilizados en las ciencias jurídicas, una distinción para ser útil debe cumplir al menos con dos criterios elementales. En primer lugar, debe permitir que todos los objetos a clasificar puedan ser correctamente ubicados en uno u otro de los casilleros clasificatorios, de forma tal que ninguno de dichos objetos resulte excluido.

En segundo lugar, los criterios clasificatorios deben evitar que cualquiera de los objetos pueda ser incluido correctamente en más de un casillero, porque de otra manera la clasificación no sería exhaustiva ni adecuada para el propósito que persigue, en tanto permite repeticiones, como señaló oportunamente el autor citado.

Aplicando las ideas anteriores, parece apropiado distinguir entre los principios de la administración de justicia y los principios de la función judicial previstos en la Constitución a partir de cuatro criterios distintos, como son los sujetos destinatarios inmediatos de los principios, su ámbito de aplicación, el objetivo que persiguen en cada caso, el cuerpo legal donde están regulados.

Sujetos: los principios de la administración de justicia tienen como destinatario inmediato a la función judicial como función pública estatal cuya forma de integración y funcionamiento establece la propia Constitución, como lo hace respecto de la Función Ejecutiva o la Función de Transparencia y Control Social.

A diferencia de ello, los principios de la Función Judicial tienen como destinatarios inmediatos a los jueces y juezas como servidores públicos encargados de administrar justicia en nombre del pueblo ecuatoriano y en el contexto del proceso judicial.

Ámbito de aplicación. Los principios de la administración de justicia son aplicables a la organización y funcionamiento de las instituciones que integran esa función estatal, mientras los de la función judicial son aplicables en el ámbito procesal por sus destinatarios directos, las juezas y los jueces, con independencia de que deben ser acatados también por todos los sujetos procesales en el ejercicio de sus funciones y competencias.

Objetivo. Los principios de la administración de justicia tienen como objetivo la realización de la justicia a través del sistema procesal, justicia que debe ser alcanzada con la colaboración de cada una de las instituciones que integran la administración de justicia, y expresada por los jueces y juezas en cada proceso en particular como lo exige el mandato constitucional.

Por el contrario, los principios de la función judicial tienen como objetivo la resolución del conflicto social que se presenta por las partes ante el juzgador, con estricta aplicación de las reglas del debido proceso y el cumplimiento de los principios y normas que definen su marco de actuación y competencias, con apego estricto al principio de legalidad y asegurando la efectiva vigencia de los derechos de las partes y las garantías procesales.

Cuerpo legal donde están regulados. El último de los criterios de distinción es una cuestión de hecho. Con independencia de ambas clases de principios que están previstos en la Constitución, por sus propias orientaciones corresponde su desarrollo a disposiciones jurídicas distintas en el ordenamiento jurídico infra constitucional.

Según este criterio, mientras los principios de la administración de justicia están contemplados en el COFJ, los de la Función Judicial lo están en el COGEP y demás cuerpos legales de carácter procesal como el Código Orgánico Integral Penal,⁹⁷ el Código de la Democracia⁹⁸ y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.⁹⁹ No obstante, excepcionalmente algunos principios se encuentran en un cuerpo legal distinto al que deberían, lo que reafirma la plausibilidad de los criterios fijados para distinguirlos, así como la tesis no explicada de la repetición de principios sostenida por el doctor Santiago Andrade Ubidia.

Con estas precisiones, pasamos a exponer cada uno de los principios por separado.

⁹⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

⁹⁸ Ecuador, *Código de la Democracia*, Registro Oficial 578, Suplemento, 27 de abril de 2009.

⁹⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

3.1. Principios de la administración de justicia

Los principios de la administración de justicia están previstos en los artículos 167 al 170 de la Constitución ecuatoriana,¹⁰⁰ y tienen su expresión legislativa en el COFJ,¹⁰¹ y en menor medida en el COGEP.¹⁰²

3.1.1. Fuente y ejercicio de la administración de justicia¹⁰³

Este principio responde a dos preguntas distintas, más propias de la teoría política que de la administración de justicia. La primera se refiere a la fuente, al origen de la facultad de administrar justicia. La teoría política democrática hace derivar la legitimidad del ejercicio del poder político del principio de la soberanía popular, lo que aplica para cualquier tipo de poder o funciones en que se divida el gobierno para su ejercicio.¹⁰⁴

Respecto de la función judicial pesa, no obstante, su falta de legitimidad de origen, puesto que quienes ejercen esas funciones no son elegidos directamente por el voto popular, de ahí que carezcan de la legitimidad de origen,¹⁰⁵ que caracteriza al poder legislativo o al ejecutivo. Es esa una de las razones por las que tanto en la Constitución como en la legislación se declara explícitamente el origen de la administración de justicia, lo cual no sucede por ejemplo con la función ejecutiva.

La segunda pregunta se refiere concretamente a quién debe ejercer la administración de justicia cuyo origen se imputa al pueblo como titular de la soberanía. La respuesta radica en la Función Judicial, que si bien no goza de legitimidad de origen se apoya de otros principios que se analizan más adelante, especialmente la imparcialidad y la independencia como cualidades inherentes a un tipo de órganos del poder público cuya función última es la realización de la justicia y el mantenimiento de la paz social.

¹⁰⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008 (en adelante, CE 2008).

¹⁰¹ Ecuador, COGEP.

¹⁰² Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, 9 de marzo de 2009 (en adelante, COFJ).

¹⁰³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 167. “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”. Ecuador, COFJ, art. 1. “Función judicial. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial”.

¹⁰⁴ Martín Kriele, *Introducción a la Teoría del Estado* (Depalma: Buenos Aires, 1980), 65.

¹⁰⁵ José Luis del Hierro, “Legitimidad y legalidad”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad* n.º 4 (2013): 179-86.

3.1.2. Independencia interna y externa¹⁰⁶

Al ser una función pública de origen no democrático sino selectivo en función de la especialidad y los conocimientos necesarios para ejercer las funciones inherentes a su condición, su legitimidad radica más bien en *lo que hacen y cómo lo hacen*.

Su función consiste en administrar justicia, es decir, resolver los conflictos sociales que se presenten a su conocimiento con el propósito de que una autoridad competente emita una resolución con carácter vinculante, tanto para los involucrados directamente como para el universo de la comunidad, quienes están obligados a respetar los derechos declarados o constituidos en el fallo.

Para asegurar su legitimidad, en todo momento las resoluciones a que lleguen los jueces, que pueden afectar los derechos e intereses de las personas, deben hacerlo con absoluta independencia de cualquier injerencia proveniente tanto de la propia función judicial como de cualquier otra persona o autoridad, pública o privada.¹⁰⁷

Ahí radica el doble significado de la independencia: por un lado la interna, para asegurar que la jueza o el juez resuelva el conflicto sometido a su conocimiento ajeno a cualquier otra consideración o interés que no sea el cumplimiento estricto de sus facultades atribuidas por la ley, para precautelar los derechos de las partes, y por otro la independencia externa al excluir la posibilidad de que cualquier otra persona o autoridad ajena a la función judicial pueda influir en el fallo del juzgador.

¹⁰⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 168.1. “La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley”. Véase también Ecuador, COFJ, art. 8. “Principio de independencia. Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial. Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley”.

¹⁰⁷ “La independencia que impone la Constitución se orienta a controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho, provenientes del sistema social, vale decir, externas al proceso, como influencias de parte de otras funciones del Estado. La imparcialidad se refiere exclusivamente a circunstancias concretas del juez en relación al proceso, y la independencia se refiere al marco general del sistema judicial en su conjunto. La competencia, en cambio, tiene relación con la materialización de la jurisdicción, en distintos ámbitos: la materia, el territorio, las personas y los grados. La imparcialidad de los jueces debe ser considerada desde dos aspectos: uno, subjetivo, por el que el juez debe carecer de prejuicio personal. Otro, objetivo, por el cual debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima respecto a su imparcialidad, por cuanto en su actuación los jueces deben inspirar confianza por la objetividad con la que actúen”. Ecuador Corte Constitucional de Ecuador, “Sentencia n.º 0004-10-SEP-CC”, en Caso n.º 0388-09-EP, 24 de febrero de 2010, 6-7.

Por supuesto que la independencia judicial no es absoluta o anárquica. Por el contrario, significa que el juzgador debe obediencia únicamente a la Constitución, a la ley y a los tratados internacionales referentes a los derechos humanos en su función de administrar justicia, lo que no excluye el hecho de que esté sometido, además, a las disposiciones jurídicas que regulan su estatus, competencias, régimen disciplinario y normas procesales en virtud de las cuales debe justificar el contenido de su decisión.¹⁰⁸

3.1.3. Autonomía¹⁰⁹

La autonomía como uno de los principios de la Función Judicial se refiere a su capacidad de realizar sus funciones constitucionales y legales sin estar obligados, para ello, a depender de ingresos propios o de eventuales asignaciones de terceros. Por el contrario, para asegurar su funcionamiento ininterrumpido, transparente e independiente, la administración de justicia requiere estar dotada de los medios materiales y financieros pertinentes, así como de la capacidad para manejarlos de manera autónoma para garantizar un servicio eficiente.

Es por esa razón que tanto la Constitución como el COFJ establecen tres dimensiones de autonomía: administrativa, económica y financiera. Como principio de la administración de justicia es aplicable tanto a las entidades propiamente jurisdiccionales, como a la Fiscalía General del Estado y a la Defensoría Pública. Al carecer de ingresos propios, la Constitución dispone en su artículo 286, como prioritarios los egresos que debe realizar el Estado de manera permanente para la administración de justicia, mismo que excepcionalmente podrán ser financiados con ingresos no permanentes.

Respecto de la Defensoría Pública, en el inciso tercero del artículo constitucional 191 indica que “funcionará de forma desconcentrada con autonomía administrativa, económica y financiera”. El mismo principio es aplicable a la Fiscalía General del Estado

¹⁰⁸ Un análisis detallado de la independencia judicial y su función legitimadora del ejercicio del poder político puede verse en Luis Fernando Ávila Linzán, “Legitimidad social e independencia interna”, en eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2009), 45-84.

¹⁰⁹ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, art. 168.2. “La Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera. COFJ, art. 14. Principio de autonomía económica, financiera y administrativa. La Función Judicial goza de autonomía económica, financiera y administrativa. Administrativamente se rige por su propia ley, reglamentos y resoluciones, bajo los criterios de descentralización y desconcentración. El Estado tendrá la obligación de entregar los recursos suficientes para satisfacer las necesidades del servicio judicial que garantice la seguridad jurídica. El incumplimiento de esta disposición será considerado como obstrucción a la administración de justicia”.

en el artículo 194 *ibídem*, de conformidad con el cual dicha institución “funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera”.

El fundamento de este principio está en la necesidad de asegurar el funcionamiento de la administración de justicia con independencia de las coyunturas o circunstancias políticas o económicas, dado que la función principal de esa función del Estado es precautelar los derechos de las personas, proveer y propender a la paz social y mantenerse al margen del juego político democrático. Solo de esa manera puede cumplir cabalmente sus funciones sociales.

3.1.4. Unidad jurisdiccional¹¹⁰

Este principio se encuentra consignado también a nivel constitucional.¹¹¹ Su contenido esencial radica en la exigencia de que ninguna entidad pública o privada, fuera de la Función Judicial, puede administrar justicia. Dicho de otro modo, asegura para dicha función la exclusividad de ese ejercicio, de hacerlo en el marco de sus competencias y solo con respecto a la justicia ordinaria. Esta última precisión es importante porque también el Tribunal Contencioso Electoral,¹¹² así como la Corte Constitucional¹¹³ y la justicia indígena¹¹⁴ tienen funciones jurisdiccionales y no pertenecen a la Función Judicial, que es donde opera la justicia ordinaria.

En síntesis, la unidad de jurisdicción lo que hace es excluir de la administración de justicia ordinaria a cualquier otro órgano de las diferentes funciones del Estado, excepto aquellas expresamente previstas en la propia Constitución que, si bien realizan

¹¹⁰ Ecuador, *Constitución de la República de Ecuador*, art. 168.3. “En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución. COFJ, art. 10. Principios de unidad jurisdiccional y gradualidad. De conformidad con el principio de unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución. La administración de justicia ordinaria se desarrolla por instancias o grados. La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia”.

¹¹¹ Un análisis de este principio, referido a la Constitución de 1998 y el ordenamiento jurídico vigente en el año 2000, puede verse en Jorge Zavala Egas, “La unidad jurisdiccional”, *IurisDictio: Revista de Derecho*, n.º 1 (2000): 19-25. Un estudio teórico más amplio en Ana María Chocrón Giráldez, “La exclusividad y la unidad jurisdiccionales como principios constitucionales en el ordenamiento jurídico español”, *Boletín mexicano de Derecho Comparado* n.º 113 (2005): 651-87.

¹¹² Ecuador, *Constitución de la República de Ecuador*, art. 217.

¹¹³ *Ibíd.*, art. 429.

¹¹⁴ *Ibíd.*, art. 171.

funciones jurisdiccionales, lo hacen en un tipo de jurisdicción que se puede calificar de extraordinaria o especial en razón de la materia.

Esta última apreciación no corresponde con el criterio interpretativo del profesor Santiago Andrade Ubidia en su trabajo antes citado.¹¹⁵ El autor sostiene textualmente que “las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en realidad también administran justicia ordinaria.”

La justicia indígena mal podría ser ordinaria cuando, a diferencia de aquella, está limitada en razón de la materia (sus propios conflictos internos) y de las normas aplicables (sus tradiciones ancestrales y su derecho propio) y su regulación jurídica (la justicia ordinaria está regulada de manera general en el COFJ, el COGEP y el COIP, mientras que la justicia indígena no dispone todavía de una ley especial).¹¹⁶

3.1.5. Acceso gratuito a la administración de justicia¹¹⁷

Este principio se refiere exclusivamente al acceso a la justicia como derecho fundamental de toda persona. Solicitar y recibir la tutela judicial para proteger los derechos e intereses de las personas es gratuito, en el sentido de que quien acude a los órganos de la administración de justicia no debe hacer pago alguno para acceder a ellos.

La Corte Constitucional de transición estableció que el acceso a la justicia:

implica la posibilidad de que cualquier persona pueda acudir a los órganos jurisdiccionales sin limitaciones y exigir la resolución de una controversia de acuerdo a las pretensiones formuladas. Este derecho tiene íntima relación con el derecho subjetivo de la acción, mediante el cual, acudimos a los órganos de justicia para obtener la tutela del Estado.¹¹⁸

¹¹⁵ Andrade Ubidia, “La Función Judicial en la vigente Constitución de la República”, 250.

¹¹⁶ Ecuador, *Constitución de la República de Ecuador*, art. 171.

¹¹⁷ *Ibid.*, art. 168.4. “El acceso a la administración de justicia será gratuito. La ley establecerá el régimen de costas procesales”. Ecuador, COFJ, art. 12. “Principio de gratuidad. El acceso a la administración de justicia es gratuito. El régimen de costas procesales será regulado de conformidad con las previsiones de este Código y de las demás normas procesales aplicables a la materia. La jueza o juez deberá calificar si el ejercicio del derecho de acción o de contradicción ha sido abusivo, malicioso o temerario. Quien haya litigado en estas circunstancias, pagará las costas procesales en que se hubiere incurrido, sin que en este caso se admita exención alguna. Las costas procesales incluirán los honorarios de la defensa profesional de la parte afectada por esta conducta. Quien litigue de forma abusiva, maliciosa o temeraria será condenado, además, a pagar al Estado los gastos en que hubiere incurrido por esta causa”.

¹¹⁸ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia n.º 014-10-SCN-CC”, 12 de agosto de 2010.

Desde el punto de vista doctrinal, como sostiene el académico Jesús González Pérez, “el derecho a la tutela judicial efectiva no debe ser confundido con el derecho a la justicia gratuita. Se trata de dos realidades jurídicas diferentes”.¹¹⁹

Otra cosa distinta son los desembolsos que deba hacer quien solicita el patrocinio de abogado, pagar las costas procesales y en general cualquier otro gasto en que pueda incurrir antes o después de ejercer su derecho de acceso a la justicia.¹²⁰ Lo que es gratuito es el acceso a los órganos jurisdiccionales, no los trámites previos que deba realizar el interesado para cumplir con los requisitos necesarios para presentar su petitorio ante el órgano competente, o para la posterior ejecución del fallo, si fuera el caso.

La gratuidad tiene al menos dos fundamentos básicos. Por un lado, asegura que cualquier persona, con independencia de su nivel de desenvolvimiento económico, pueda solicitar y obtener la tutela de sus derechos ante un tercero imparcial y esperar una resolución ajustada a derecho.

La segunda, es que con ello se asegura de una manera más efectiva la independencia judicial y la autonomía de las instituciones jurisdiccionales. Al no tener un interés económico en el resultado del litigio, el juzgador puede decidir ajeno a cualquier tipo de presión interna o externa.

La gratuidad se extiende, asimismo, al caso de las personas que requieran de un traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma en que se sustancie el proceso, conforme lo dispone el número 7 letra f) del artículo 76 de la Constitución, así como a los casos de “los imputados que carecen de medios para proveerse de una defensa técnica por sí mismos.”¹²¹ El Estado aporta el financiamiento de esta defensa.

En tanto en el derecho subjetivo, como ya se señaló, el acceso a la justicia se refiere primordialmente a la posibilidad de las personas a que puedan acudir a los órganos de administración de justicia para resolver sus conflictos o reclamar por presuntas violaciones a sus derechos.¹²² Así lo afirma por ejemplo Carlos Pérez Vázquez, el acceso a la justicia se puede concebir como “el acceso a las condiciones que posibilitan el acceso

¹¹⁹ Jesús González Pérez, “Las tasas judiciales y la asistencia jurídica gratuita”, 4 de abril de 2019, <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/anales/A92/A92-22.pdf>.

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ Silvia Zambrano Noles, “El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en relación con la seguridad ciudadana en Ecuador”, *Tla-melaua. Revista de Ciencias Sociales* n.º 39 (2015/2016): 74.

¹²² Un estudio sobre el acceso a la justicia en Ecuador, sus tendencias y cuestiones fundamentales hasta 2008 y, en consecuencia, antes de la entrada en vigencia de la CRE, el COFJ y el COGEP, puede verse en Víctor Rodríguez Rescia, coord., *Acceso a la justicia y derechos humanos en Ecuador* (Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009). Un estudio posterior en Silvia Zambrano Noles, “El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en relación con la seguridad ciudadana en Ecuador”, *Tla-melaua. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 39 (2016): 58-78.

a la jurisdicción, y que garantizan tanto el debido proceso como la eficacia de las resoluciones emitidas por todas las autoridades”.¹²³

Más detalladamente, lo expresa Francisco José Eguiguren Praeli, quien considera que el acceso a la justicia comprende:

el libre acceso ante el órgano jurisdiccional, el derecho a probar, a la defensa y al contradictorio, a la igualdad sustancial dentro del proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos a los previstos en la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a los medios impugnatorios, a que no se revivan procesos fenecidos, a la observancia del principio de legalidad procesal penal, etc.¹²⁴

De acuerdo a esa caracterización básica, se trata de un derecho subjetivo de carácter fundamental que incluye tres elementos distintos: la posibilidad de acceder a las instancias jurisdiccionales; que el asunto sometido a su conocimiento sea juzgado siguiendo las reglas del debido proceso; y, que lo resuelto por el tribunal sea efectivamente ejecutado por la autoridad competente.

Ya en materia contenciosa tributaria, a fin de suspender los efectos jurídicos de un acto administrativo de dar que es objeto de impugnación, la parte actora podrá rendir caución para tal efecto,¹²⁵ sin que de no hacerlo, se imposibilite los otros elementos indicados.

3.1.6. Publicidad¹²⁶

La publicidad como principio se refiere a que la administración de justicia debe realizarse de forma pública, y permitir el acceso a las personas que estén interesadas directa o indirectamente en el resultado del conflicto presentado al juzgador para su resolución.

La publicidad no tiene el significado ordinario de difusión o transmisión pública a través de los medios de comunicación, sino la posibilidad de que terceras personas puedan

¹²³ Carlos Pérez Vázquez, “Acceso a la justicia”, en *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2014), 5-8.

¹²⁴ Francisco José Eguiguren Praeli, “El Código Procesal Constitucional peruano”, en *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, ed. Dunia Martínez Molina (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 142.

¹²⁵ Ecuador, COGEP, art. 324.

¹²⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 168.5. “En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley”.

eventualmente presenciar el desarrollo del proceso, los alegatos de las partes y escuchar del propio juzgador el contenido del fallo.¹²⁷

Como principio, no solo garantiza la transparencia en la administración de justicia, sino que es una de las garantías del debido proceso judicial señalada en el número 7 letra d) artículo 76 *ibídem*, que dispone que los procedimientos serán públicos, excepto en los casos legalmente previstos. Ello contribuye además a la realización de la libertad de información que es también un derecho de las personas, y en sentido inverso al derecho a la propia imagen.¹²⁸

La publicidad de las actuaciones puede tener diverso significado, ya sea que se trate de las partes, en cuyo caso sería publicidad interna mediante la cual se garantiza a cada una de ellas el conocimiento del estado del proceso, así como de los medios de pruebas y demás diligencias incorporadas durante su desarrollo.¹²⁹

Tal publicidad puede ser inmediata o diferida, según el acceso de las partes a las actuaciones, sea conforme avanza el proceso o aplazada hasta finalizar algún trámite intermedio.

Por regla general, la publicidad interna es inmediata y se presenta como una garantía procedimental del derecho a la defensa, como se puede observar el artículo 53¹³⁰ del COGEP, cuando da a conocer a una persona la acción planteada en su contra a fin de darle la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa.¹³¹ En igual sentido, cuando se prevé el régimen de notificaciones establecido en el artículo 65 *ibídem*¹³² y los mandatos generales sobre la celebración de las audiencias indicado en el art. 79 *ibídem*, el derecho a conocer oportunamente las pruebas que van a ser practicadas con la finalidad de oponerse de manera fundamentada como lo indican los artículos 165 y 181 *ibídem* cuando se trata de prueba testimonial.

La publicidad externa, en otro sentido, permite el acceso al conocimiento del proceso a todas las personas ajenas a él, incluidas las audiencias públicas u otro tipo de diligencia legalmente señalada conforme lo prevé el artículo 8 COGEP,¹³³ lo que estaría

¹²⁷ “La vigencia de la publicidad -afirma Ignacio Sierra Gil de la Cuesta- implica un control social sobre el desarrollo de la actividad judicial”. Véase Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, “Principios del proceso civil”, *Revista del Centro Asociado de la UNED de Melilla* n.º 24 (1995): 83.

¹²⁸ Juan A. Tamayo Carmona, “El principio de publicidad del proceso, la libertad de información y el derecho a la propia imagen”, *Revista Boliviana de Derecho* n.º 15 (2013): 234-51.

¹²⁹ Alejandro Abal Oliú, “Derecho procesal”, 153-8.

¹³⁰ Ecuador, COGEP, art. 53.

¹³¹ Mejía Salazar, “La oralidad y los principios del procedimiento”, 176.

¹³² Ecuador, COGEP, art. 65.

¹³³ *Ibíd.*, art. 8.

implícito el involucrar a la sociedad con la actividad judicial como medio de supervisión, que la conozcan y vigilen, mismo que permitiría una veeduría permanente de la labor del juez.¹³⁴

Así, el artículo 80 del COGEP preceptúa que “el juzgador dirigirá la audiencia en tal manera que las partes y el público comprendan lo que ocurre”; existiendo ciertos límites de la publicidad externa que se relacionan con la protección de la dignidad e intimidad personal, protección de menores, protección de orden público y de seguridad nacional, calificadas como reservadas o protegidas por el secreto procesal por sus posibles efectos sobre el proceso en general.¹³⁵

3.1.7. Principios de la sustanciación del proceso

Bajo esta denominación el profesor Santiago Andrade Ubidia,¹³⁶ siguiendo el precepto constitucional, coloca tres principios distintos: concentración,¹³⁷ contradicción,¹³⁸ y dispositivo.¹³⁹

¹³⁴ Mejía Salazar, “La oralidad y los principios del procedimiento”, 43.

¹³⁵ Isabel Tapia Fernández, *Lecciones de Derecho Procesal*, v. 1 (Islas Baleares: Palma, Ediciones UIB, 2010), 75.

¹³⁶ Santiago Andrade Ubidia, “La Función Judicial en la vigente Constitución de la República”, 251. Por su parte James Goldschmidt los denomina “principios rectores del procedimiento”. Ver Goldschmidt, “Derecho procesal”, 521.

¹³⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 169. “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”. COFJ, art. 18. Sistema-medio de administración de justicia. El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

¹³⁸ *Ibíd.*, art. 76.7. “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. COGEP, art. 165. Derecho de contradicción de la prueba. Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla”.

¹³⁹ *Ibíd.*, art. 168.6. “La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: [...] 6. 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”. Ecuador, COFJ, art. 19. “Principios dispositivo, de intermediación y concentración. Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley”. Ecuador, COGEP, art. 5. “Impulso procesal. Corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo”.

En relación con los dos primeros es preciso señalar algunas cuestiones. El principio de concentración exige del juzgador agrupar en unos pocos actos procesales, o la menor cantidad posible de ellos, todas las diligencias necesarias para poner fin al litigio entre las partes. Al ser un principio y no una regla, su satisfacción debe alcanzarse en la mayor medida posible, pero siempre en combinación y ponderación con otros principios que pueden quedar superpuestos con éste.¹⁴⁰

En la autorizada opinión de Eduardo Couture “se denomina principio de concentración a aquel que pugna por aproximar los actos procesales unos a otros, concentrando en breve espacio de tiempo la realización de ellos.”¹⁴¹ Con ello se propende a que las actuaciones no se dispersen y que el juzgador adquiera una visión directa y clara en su conjunto de todo lo actuado durante el debate procesal.¹⁴²

El último autor citado propone aplicar postulados de este principio de una manera razonable por cuanto corre el riesgo de que el juez emita una sentencia “precipitada” si se le exige resolver el caso inmediatamente después de concluido el debate procesal; considera que debería concederse al juez la posibilidad de razonar su juicio antes de emitirlo dentro de un tiempo prudente, una vez finalizado dicho debate.

Por lo que respecta al principio de contradicción, que es inherente a todo proceso judicial basado en el principio dispositivo, tiene especial incidencia en la intervención de las partes en lo que se refiere al derecho a desvirtuar cada uno de los elementos probatorios alegados por la parte contraria.

De acuerdo con este principio, afirma Iván Escobar Fornos,

la prueba tiene que ser aportada con conocimiento e intervención de la parte contraria, para que esta pueda pronunciarse sobre ella. Este principio excluye a las pruebas aportadas sin intervención de las partes, como asimismo el conocimiento privado del juez sobre hechos relacionados con el litigio.¹⁴³

En la doctrina se lo conoce como principio que condensa el “conocer y reaccionar”,¹⁴⁴ que significa participar del proceso e influenciar en el mismo, de ahí que, es una nueva dimensión que se propone en cuanto a que con este principio no solo sería

¹⁴⁰ Jorgelina Yedro, “Principios Procesales”, *Derecho y Sociedad* n.º 38 (2012): 266-73.

¹⁴¹ Couture, “Fundamentos”, 199.

¹⁴² Mejía Salazar, “Oralidad y los principios del procedimiento”, 59.

¹⁴³ Iván Escobar Fornos, *Introducción al proceso* (Hispamer: Managua, 1998), 242.

¹⁴⁴ Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart y Daniel Mitidiero “Derecho Fundamental al proceso justo: Derechos Fundamentales procesales en el Brasil”, en Giovanni Priori Posada et al., *Los Principios Procesales de la Justicia Civil en Iberoamérica* (Lima: Palestra Editores S.A.C Palestra, 2018), 109.

de velar por la contradicción entre las partes procesales en el debate, sino que el juzgador se encontraría inmerso.

Esa nueva idea, como fácilmente se percibe, acaba alterando la manera como el juzgador y las partes procesales se comportan ante el orden jurídico a interpretar/aplicar ante el caso concreto. Implicaría la necesidad absoluta e indispensable que las partes procesales tengan la posibilidad de pronunciarse en el debate procesal con la finalidad de que sus alegaciones puedan servir de punto de apoyo para la decisión de la causa, inclusive con relación a aquellas cuestiones que el juzgador pueda apreciar de oficio.

Este principio *per se*, vincula al legislador en su labor de diseñar el proceso como tal; fundamento que no pretende obligar a las partes a actuar en juicio, al contrario, obliga al legislador y juzgador a que diseñe y conduzca un proceso, a fin de que las partes procesales tengan oportunidades procesales suficientes y adecuadas para conocer del proceso y ser oídas en el debate procesal y no quedar en indefensión en cumplimiento del artículo 75 de la Constitución ya que, sobre su postulado radica buena parte de la legitimidad del ejercicio del poder público de normar y de administrar justicia.¹⁴⁵ Esa característica aconseja tratarlo en el capítulo segundo de la presente investigación, que está dedicado a la prueba y a la actividad probatoria en el contexto del principio dispositivo.

3.1.8. Sistema procesal como medio para la realización de la justicia¹⁴⁶

Finalmente, abordamos un principio cuya función consiste en señalar el fin que debe conseguirse a través del sistema procesal. Ese propósito es alcanzar la justicia.

Cuál sea el concepto de justicia implícito en ese principio, en qué medida es posible su concreción y cómo medirlo¹⁴⁷ es una cuestión harto compleja, no solo por la diversidad de posibles significados sino por su posible tensión con otros principios igualmente importantes.

Se trata de un principio aplicable a cualquier materia y en medidas distintas, pero en el fondo la exigencia consiste en que debe servir para legitimar el sistema de

¹⁴⁵ Mejía Salazar, “La Oralidad y los principios del procedimiento”, 27

¹⁴⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 169; COFJ. Artículo 18.

¹⁴⁷ Agustín Squella, “Algunas concepciones de la justicia”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* n.º 44 (2010): 175-216. Alejandro Castaño B., “El concepto de justicia y su fundamento: Un análisis de los consensos en J. Rawls desde la perspectiva del nuevo derecho natural en Carlos Massini”, *Civilizar* n.º 24 (2013): 63-78.

administración de justicia, al hacer ver que la organización y funcionamiento del sistema asegura el resto de los principios ya explicados.

La tensión más evidente es con el principio dispositivo. Si corresponde a las partes iniciar el proceso y aportar los medios de prueba que fundan sus pretensiones, ¿debería el juzgador desarrollar una actividad probatoria que consiga restablecer el equilibrio de los medios probatorios aportados por las partes? ¿Debería propender a la realización de la justicia por encima de otros principios como el de la imparcialidad judicial?

Tales preguntas deben ser respondidas en un marco más general que el tratamiento de los principios considerados individualmente, y dicha respuesta no debe ser dogmática o válida bajo cualquier circunstancia, por cuanto la ponderación entre principios alcanza su mejor materialización dentro del proceso, aunque efectivamente puede constituir una guía para la actuación de la Función Judicial en general y del juzgador en particular.

Este principio incluye una serie de exigencias concretas que en su conjunto deberían asegurar el resultado previsto, entre los que se encuentran los principios de oralidad, simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal. En lo que sigue pasaremos a explicar brevemente cada uno de ellos.

El sistema oral es una de las grandes innovaciones de la nueva organización de la administración de justicia y la función judicial en el Ecuador.¹⁴⁸ Aunque su desarrollo se hace en el capítulo segundo de esta investigación, conviene precisar que se trata de un principio aplicable a todas las materias y procesos que se sustancien ante los órganos jurisdiccionales.

Tiene especial interés en el análisis del Derecho probatorio por cuanto la contradicción de la prueba y los alegatos orales de las partes contribuyen a dotar de mayor legitimidad a la Función Judicial, así como a otros principios singularmente críticos en el proceso como la inmediación y la celeridad procesal que serán comentados seguidamente.¹⁴⁹

La necesidad de simplificación de los trámites que deban realizar tanto las partes como las juezas y los jueces responde al fin último de eliminar las diligencias no esenciales, es decir aquella que puedan eliminarse o no observarse por no ser relevantes para conseguir los fines del proceso.

¹⁴⁸ Juan Falconi Puig, “Oralidad en el proceso ecuatoriano”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alberto Said Ramírez, coords., *Juicios orales: La reforma judicial en Iberoamérica* (México: UNAM, 2013), 191-211.

¹⁴⁹ Fernando Flores Trejo, “El principio de oralidad en el proceso”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* n.º 157/159 (1988): 116-22.

De este el postulado del inciso 6 del artículo 168 dispone que “la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevarán a cabo mediante el sistema oral”; de aquí que, la oralidad en el COGEP será abordada en el segundo capítulo de esta investigación.

El tratadista Arsenio Oré Guardia sostiene que “el principio de simplificación procesal es aquél mediante el cual los actos procesales orientados a la solución de un conflicto [...] deben realizarse de la manera menos gravosa y en el tiempo más corto posible”.¹⁵⁰

El principio de uniformidad se refiere a las formas que deben seguirse durante la tramitación del proceso, especialmente aquellas cuya violación o desconocimiento puedan tener como consecuencia afectaciones a los derechos de las partes, desigualdad procesal o inseguridad jurídica.

Como afirma Jorge Zavala Baquerizo, la uniformidad significa que “toda la actividad procesal debe ser realizada en forma organizada y regular, de modo que a cada diligencia le corresponde un procedimiento especial y único, según su naturaleza y objetivo, con las excepciones establecidas por la ley”.¹⁵¹

El principio de eficacia y, en general, la eficacia como concepto jurídico hace referencia a un componente empírico del derecho como es la relación entre el propósito de una norma y los resultados que efectivamente se consiguen con su vigencia.

En tanto principio verificable a nivel social, un régimen jurídico eficaz será aquel que alcance en la mayor medida posible sus objetivos con respecto a las relaciones sociales, porque en definitiva no existe un límite preciso entre la eficacia o ineficacia, que es una cuestión de grados y no de todo o nada.

Por su propia naturaleza este principio no solo cumple una función descriptiva, sino que constituye uno de los ingredientes fundamentales de la legitimidad de la función judicial, ya que la eficacia “debe ser medida a la luz de los resultados del servicio prestado”,¹⁵² y mientras mejores sean esos resultados, mayor será la legitimidad de la administración de justicia.

¹⁵⁰ Arsenio Oré Guardia, *Manual de Derecho Procesal Penal* (Lima: Editorial Alternativas, 1996), 50.

¹⁵¹ Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. 1 (Guayaquil: Editorial EDINO, 2006), 40.

¹⁵² Marco Sigüenza Bravo, *Preguntas y Respuestas en Derecho Penal y Procesal Penal* (Cuenca: Ediciones Carpol, 2008), 126.

El principio de inmediación tiene su mejor expresión en el artículo 6 del COGEP, de conformidad con el cual “la o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso”.¹⁵³

Doctrinalmente, la inmediación se define como “la íntima vinculación procesal entre el juzgador y las partes y con los elementos probatorios, a fin de que dicho juzgador pueda conocer directamente el material del proceso desde su iniciación hasta su terminación”.¹⁵⁴

Es evidente que la oralidad posee aptitudes naturales para una observancia solvente del principio de inmediación;¹⁵⁵ a diferencia del proceso escrito, donde las fases de inmediación son artificiales, en la oralidad el procedimiento se estructura a través de comparecencias, existiendo contacto directo con las partes procesales como consecuencia natural, a fin de que el juzgador obtenga un cabal conocimiento de los sustentos probatorios respecto de los argumentos esgrimidos. En síntesis, se trata de un principio que obliga al juez a realizar la actividad probatoria siempre en presencia de las partes, para evitar posibles desigualdades entre ellas o restringir otros principios como el de contradicción o el de publicidad.

La celeridad en tanto principio procesal exige que entre el inicio y la terminación del proceso judicial transcurra el menor tiempo posible, de ahí que sea correcto afirmar que “toda actuación, debe transcurrir pronta y cumplida, sin dilaciones injustificadas. La administración de justicia debe ser eficiente, significa que sus funcionarios judiciales deben ser diligentes en la sustentación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir”.¹⁵⁶

En resumen, el proceso debe tener una duración razonable de acuerdo a su complejidad y cumplimiento de los trámites y diligencias imprescindibles para llegar a su fin.¹⁵⁷ Ello exige la colaboración entre las partes y el juzgador para evitar dilaciones innecesarias, dilaciones indebidas en el procedimiento u otras estrategias no siempre

¹⁵³ Ecuador, COGEP, art. 6.

¹⁵⁴ José A. Chamorro Ladrón de Cegama, “Algunas reflexiones sobre el principio de inmediación en el proceso civil y su mejor cumplimiento en la práctica judicial”, *Anuario de la Facultad de Derecho* n.º 2 (1983): 531.

¹⁵⁵ Mejía Salazar, “Oralidad y los principios del procedimiento”, 115.

¹⁵⁶ Marco Sigüenza Bravo, *Preguntas y respuestas en derecho penal y procesal penal* (Cuenca: Ediciones Carpol, 2008), 124.

¹⁵⁷ José Antonio Callegari, “Celeridad procesal y razonable duración del proceso”, *Revista Derecho y Ciencias Sociales* n.º 5 (2011): 114-29.

ajustadas a la buena fe procesal que puedan retardar el proceso, siendo este uno de los postulados rectores del principio de celeridad.

No obstante, dentro del principio de celeridad se debe abordar la carga procesal asignada al juzgador, puesto que la oralidad cambia el modo de distribución del tiempo de trabajo, imponiéndoles, en algunas etapas del procedimiento, la necesidad de exclusiva atención y actividad en un solo asunto a su cargo.¹⁵⁸ De ahí la dedicación exclusiva a la actividad judicial y la necesidad de crear un mayor número de juzgaduras.

La última de las exigencias que se derivan del principio de relación medio fin entre el sistema procesal y la realización de la justicia es el de economía procesal. Su significado es tan claro que apenas si exige alguna explicación adicional. Su sentido más elemental es que “el proceso debe desarrollarse con el mayor ahorro de tiempo, energías y costo, de acuerdo con cada circunstancia de cada caso”.¹⁵⁹

Nuestra legislación se centra en la economía de esfuerzo, respondiendo a exigencias de simplicidad y reducción de formalismos extremos o de caducos actos sacramentales que pueden distraer a las partes procesales, dilatar o aminorar el protagonismo de la materia litigiosa.¹⁶⁰

Adolfo Carretero Pérez afirma que, en sentido amplio, “la economía procesal es un principio informativo del derecho procesal que, de forma más o menos intuitiva, influye y configura la estructura y el funcionamiento del proceso; en ese aspecto sería la razón que procurara que el proceso consiga su fin, la satisfacción de las pretensiones con el mayor ahorro posible de esfuerzo y de coste de las actuaciones procesales”.¹⁶¹

Visto de esa manera, el proceso será eficaz si consigue los resultados previstos en las normas, en este caso la realización de la justicia, con el menor gasto posible de tiempo y esfuerzo que deban emplear el juzgador y la partes para llegar a una resolución que ponga fin al litigio, sin olvidar que para lograr la forma procedimental indicada se requiere una mayor preparación previa al caso en concreto, por parte del juzgador, del secretario y de los abogados en el momento de la comparecencia, puesto que las exposiciones orales hacen que el debate procesal sea más sencillo.

¹⁵⁸ Mejía Salazar, “La oralidad y los principios del procedimiento”, 120; Manuel de Ortells Ramos, “Formas del Procedimiento y Garantías Fundamentales del Proceso Civil”, *Revista Ius et Praxis*, n.º 1 (2010): 427.

¹⁵⁹ Sigüenza Bravo, “Preguntas y respuestas”, 128.

¹⁶⁰ Mejía Salazar, “La oralidad y los principios del procedimiento”, 123.

¹⁶¹ Adolfo Carretero Pérez, “El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública* n.º 65 (1971): 101.

3.1.9. Principios de seguridad jurídica,¹⁶² verdad procesal¹⁶³ y obligatoriedad de administrar justicia¹⁶⁴

Corresponde en este apartado tratar conjuntamente los principios de seguridad jurídica, verdad procesal y obligatoriedad de administrar justicia. El primero de ellos apunta a la necesidad de certeza y predictibilidad de las actuaciones del juzgador y de las partes dentro del proceso. La seguridad jurídica que cada uno de los intervinientes en el proceso conoce las reglas de sustanciación y actúa de conformidad con ellas.¹⁶⁵

En nuestra Constitución se prevé la seguridad jurídica en el artículo 82 cuando señala que “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.¹⁶⁶

En armonía con ello, el artículo 25 del COFJ indica “las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas”.¹⁶⁷

Siendo uno de los fundamentos del Estado constitucional de derechos, la seguridad jurídica es un elemento central de gran importancia para el proceso; este principio tiene una aplicación más amplia que se extiende a todo el ordenamiento jurídico, y a través del cual se precautelan los derechos de las personas y se proveen las garantías necesarias para hacerlos efectivo.

¹⁶² Ecuador, COFJ, art. 25. “Principio de seguridad jurídica. Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas”.

¹⁶³ *Ibíd.*, art. 27. “Principio de la verdad procesal. Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos”.

¹⁶⁴ *Ibíd.*, art. 28. “Principio de la obligatoriedad de administrar justicia. Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República. No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia. Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia”.

¹⁶⁵ Sobre la seguridad jurídica la Corte Constitucional del Ecuador ha dicho que “Mediante un ejercicio de interpretación integral del texto constitucional se determina que el derecho a la seguridad jurídica es el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos”. Véase la “Sentencia n.º 016-13-SEP-CC”, en *Caso n.º 1000-12-SEP*, 16 de mayo de 2013, 5.

¹⁶⁶ *Constitución de la República del Ecuador*, art. 82.

¹⁶⁷ Ecuador, COFJ, art. 25.

En ese sentido amplio, la seguridad jurídica significa que la actuación de todas las personas y las instituciones deben ajustarse a los principios de imperio de la ley y legalidad.¹⁶⁸

Ya en el proceso, constituye el derecho a la certeza, a la estabilidad, a la confidencialidad y a la efectividad de las situaciones jurídicas procesales.¹⁶⁹ Como derecho fundamental dentro de seguridad jurídica procesal se exige:

a)- el respeto a la preclusión como elemento ordenador que asegura el carácter evolutivo y dinámico del proceso, siendo una verdadera espina dorsal del formalismo procesal;

b)- respeto al principio de cosa juzgada siendo la regla de conducta que el juzgador tiene el deber de observar su contenido y no volver a decidir sobre aquello que ya fue anteriormente juzgado;

c)- respeto a las formalidades procesales en general, que son instituidas igualmente con respecto a la libertad y la igualdad del proceso destinado a regular las nulidades procesales y;

d)- respeto al precedente jurisprudencial, especialmente a los fallos de triple reiteración, de conformidad con el artículo 184 de la Constitución, como facultad de la Corte nacional de Justicia.¹⁷⁰

El principio de verdad procesal está previsto en el artículo 27 del COFJ. Como corresponde a uno de los objetivos que persigue la actividad probatoria en el proceso, su tratamiento se difiere para el capítulo segundo de este trabajo.

Por lo que se refiere al principio de obligatoriedad de administrar justicia, se puede afirmar que está íntimamente relacionado con otros principios como los de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva.

En virtud de las exigencias que se derivan de su regulación legal, el juzgador está obligado a ofrecer una respuesta fundada en derecho que ponga fin al litigio entre las partes, sin que pueda alegar para denegar la justicia cualquier argumento en virtud del cual pueda excusarse de ejercer las funciones de las que está investido.

¹⁶⁸ Juan Vega Gómez, “Seguridad jurídica e interpretación constitucional”, en J. Alberto Real de Alcalá (ed.), *La maquinaria del Derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración* (México: UNAM, 2016), 135-52.

¹⁶⁹ Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart y Daniel Mitidiero. “Derecho Fundamental al proceso justo”, 131.

¹⁷⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 184. “Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración”.

Ante la eventual duda respecto de la manera en que debería resolver por la inexistencia de una norma aplicable, o falta de claridad en su contenido o alcance, según la doctrina deberá recurrir a los métodos de interpretación jurídica de autointegración o heterointegración, que le permitan ofrecer una respuesta fundada en los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia, de lo contrario podría incurrir en denegación de justicia.¹⁷¹

No obstante, también pesa sobre el juzgador una norma constitucional que le obliga a observar el orden jerárquico de aplicación de las normas dispuesto en el artículo 425 constitucional que es, en orden descendente, “la Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”.¹⁷²

¹⁷¹ Víctor Emilio Anchondo Paredes, “Métodos de interpretación jurídica”, *Quid Iuris* n.º 16 (2012): 33-58.

¹⁷² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 425. “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”.

3.1.10. Principio de tutela judicial efectiva¹⁷³

En el sistema procesal dominado por el principio dispositivo es fundamental la actuación del juzgador para salvaguardar los derechos de las partes, lo que debe realizar como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva.¹⁷⁴

Se trata de un derecho subjetivo, fundamental, y debe ser garantizado por el Estado a todas las personas que acudan a la administración de justicia. Se trata de un derecho prestacional que exige una actitud activa del poder público.¹⁷⁵

Su satisfacción demanda “que los poderes públicos dispongan un sistema público de Administración de la Justicia integrado por todas aquellas opciones legalmente establecidas para la resolución jurídica de conflictos destinadas a tutelar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos en cuanto realización de la justicia”.¹⁷⁶

Como derecho, la tutela judicial efectiva se estructura, según la autorizada opinión de Fernando Martín Diz, en torno a diferentes principios básicos:¹⁷⁷

¹⁷³ Ecuador, COFJ, art. 23. “Principio de tutela judicial efectiva de los derechos. La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso. La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso. Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles”.

¹⁷⁴ Ecuador Corte Constitucional de Ecuador: “al respecto [de la tutela judicial efectiva] existe jurisprudencia de la Corte Constitucional que señala que la motivación se articula simbióticamente con el derecho a una tutela judicial efectiva, y obviamente aquello contribuirá a garantizar la seguridad jurídica dentro de un Estado Constitucional, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales en el país no queden en la indefensión y de esta manera se genere la debida confianza en el sistema jurídico ecuatoriano y, es precisamente a través de la motivación de las resoluciones judiciales cuando los jueces y juezas determinan que sus actuaciones se han producido con apego a la Constitución y a las leyes que rigen un caso en concreto”. Véase p. 11. En la Sentencia n.º 0004-10-SEP-CC, *Caso N.º 0388-09-EP*, 24 de febrero de 2010, se señala que “La tutela judicial efectiva que consagra la Constitución es el derecho de toda persona, no solo a acudir a los órganos jurisdiccionales, sino a que a través de los debidos cauces procesales y con mínimas garantías, obtenga una decisión fundada en derecho respecto de sus pretensiones”. Véase “Sentencia n.º 025-14-SEP-CC”, en *Caso n.º 0157-12-EP*, 12 de febrero de 2014, 5.

¹⁷⁵ Vanesa Aguirre Guzmán, “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”, *FORO: Revista de Derecho*, n.º 14 (2010): 5-43; Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, 3.ª ed. (Madrid: Editorial Civitas, 2001).

¹⁷⁶ Fernando Martín Diz, “Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales* n.º 23 (2014): 169.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, 170-1.

Principio de legalidad: sólo aquellas formas de solución del conflicto previamente reguladas por ley y con plena adecuación a las garantías y derechos constitucionales del ciudadano serían válidas para integrarse en la administración de la justicia.

Principio de disponibilidad: el ciudadano, salvo en el caso particular de los asuntos penales en razón de la imprescindible observancia de la garantía jurisdiccional del derecho penal, podría optar libremente por la forma de solución del conflicto que considere más adecuada e idónea a sus intereses y a la tutela de sus derechos.

Principio de mínima intervención: la intervención del Estado y los poderes públicos en la administración de la justicia debería ser subsidiaria de la libre autonomía de la voluntad de los ciudadanos, y su papel fundamentalmente se centraría en facilitar y poner a disposición del ciudadano un sistema de administración de la justicia (en sentido amplio y con todas las posibilidades) óptimo y con los suficientes recursos personales y materiales.

Principio de efectividad: la protección jurídica de los derechos ha de otorgarse desde la integridad y el efectivo funcionamiento de la administración de la justicia, sin vincularla inexorablemente con la protección jurisdiccional de los derechos que dispensan jueces y magistrados sino con la consecución de una solución justa y eficaz al conflicto para el ciudadano y en la oferta de una pluralidad de posibilidades para que el ciudadano, por sí mismo, determine cuál es la más eficiente para la tutela concreta de sus derechos e intereses legítimos en cada asunto.

El debido proceso incluye, entre otras garantías, la invalidez e ineficacia probatoria de las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley,¹⁷⁸ el derecho a presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes,¹⁷⁹ presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra, a ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente.¹⁸⁰

Todo ello complementado con la obligación, impuesta a los poderes, públicos de motivar sus resoluciones con normas y principios explícitos, so pena de nulidad de los actos y sanción a los servidores responsables¹⁸¹ que incurran en falta de motivación de dichas resoluciones.

¹⁷⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76. “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”.

¹⁷⁹ *Ibid.*, art. 76.7. “h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”.

¹⁸⁰ *Ibid.*, art. 76.7. “k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto”.

¹⁸¹ *Ibid.*, art. 76.7 “l). Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

Condensando los elementos integrantes del debido proceso en el derecho a un proceso público, el derecho al juez natural, el derecho a la igualdad procesal de las partes, el derecho a no declarar sobre sí mismo, la garantía de presunción de inocencia, el derecho a la comunicación previa a la acusación, el derecho a la defensa material y técnica, la concesión al inculcado del tiempo y los medios para su defensa, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, el derecho a la valoración razonable de la prueba, y el derecho a la motivación y congruencia de las dilaciones.¹⁸²

El derecho de la tutela jurisdiccional determina la previsión de procedimientos con nivel de cognición apropiado a la tutela del derecho predeterminado, a la distribución de la responsabilidad de la prueba, inclusive con posibilidad de dinamización e inversión, de técnicas anticipadas idóneas a distribuir la carga del tiempo en proceso, ya sea en fase de la urgencia o evidencia, de formas de tutela jurisdiccional con ejecución intrínseca, de técnicas ejecutivas idóneas y de estándares para valoración probatoria pertinente a la naturaleza del derecho material debatido en juicio.

Por tal, si el deber del legislador es el de estructurar el proceso en atención a la necesidad de adecuación de la tutela jurisdiccional; el deber del juzgador es el de adaptarlo concretamente, a partir de la legislación, a fin de viabilizar la tutela adecuada a los derechos.¹⁸³

Así, la protección jurisdiccional de los derechos y garantías reconocidos a los ciudadanos corresponde a la Función Judicial, cuya función de administrar justicia emana del pueblo y en su ejercicio, desde el punto de vista institucional, aplicará los principios de independencia interna y externa, autonomía administrativa, económica y financiera.¹⁸⁴ Pues la tutela jurisdiccional tiene que ser efectiva; y esta efectividad dice con respecto al resultado del proceso, lo que implica la necesidad de encarar el proceso a partir del derecho material, especialmente a partir de la teoría de la tutela de derechos y viabilizar

¹⁸² Willman Ruperto Duran Rivera, *Principios, derechos y garantías constitucionales* (Santa Cruz: Editorial El País, 2005), 134.

¹⁸³ Guilherme Marinoni, Cruz Arenhart y Mitidiero, “Derecho Fundamental al proceso justo”, 98-9.

¹⁸⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 167. “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución. Artículo 168. La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley. 2. La Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera”.

no solo tutela represiva sino también tutela preventiva de los derechos y hasta tutela inhibitoria.¹⁸⁵

Desde el punto de vista procesal, deberá ejercer sus funciones mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo en la sustanciación de todos los procesos y en todas las materias, instancias, etapas y diligencias procesales.¹⁸⁶

En materia de prueba, además, es importante señalar que en el marco de los principios y garantías del debido proceso, esta constituye un derecho reconocido a toda persona, cuyo contenido básico consiste en presentar, en el contexto de un proceso judicial “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”,¹⁸⁷ lo que puede ser entendido como expresión implícita del principio de aportación de parte en materia probatoria, uno de los pilares esenciales del sistema dispositivo.

En cualquier caso, la materialización de alguno o todos los principios analizados y la realización de la justicia a través del sistema procesal depende de otras circunstancias como es la forma en que los servidores públicos ingresan a la función judicial, así como los requisitos, exigencias y criterios de idoneidad que deban satisfacer.

Todo ello se relaciona con las provisiones del artículo 170 de la Constitución en relación con el artículo 35 del COFJ.¹⁸⁸ El primero dispone que “para el ingreso a la función judicial se observarán como criterios, la igualdad, equidad, probidad, oposición, méritos, publicidad, impugnación y participación ciudadana”.¹⁸⁹ De igual manera, para satisfacer este principio se garantiza a los jueces la la profesionalización, evaluación periódica y las condiciones necesarias para el óptimo desempeño de sus funciones jurisdiccionales.

Se trata más bien de exigencias que debe satisfacer la administración de justicia al momento de captar los servidores públicos necesarios para ejercer las funciones que le

¹⁸⁵ Guilherme Marinoni, Cruz Arenhart y Mitidiero. “Derecho fundamental al proceso justo”, 99.

¹⁸⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 68.6. “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”. “Artículo 169. El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

¹⁸⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76.7 h.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, art. 170; Ecuador, COFJ, art. 35.

¹⁸⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 170.

son propias, antes que de principios en el sentido en que lo son los analizados con anterioridad.

Desde el punto de vista de las personas que aspiran a ingresar en la carrera judicial o los que ostentan esa condición, esas exigencias constituyen un derecho cuyo cumplimiento corresponde asegurar a la función judicial, al asignar los puestos disponibles a las personas que llenen, en la mayor medida posible, cada uno de los criterios a evaluar.¹⁹⁰

3.2. Principios de la Función Judicial

Siguiendo los razonamientos anteriores, en este epígrafe se analizan los principios llamados a regir la Función Judicial en el Ecuador,¹⁹¹ especialmente los que pueden influir en la actividad probatoria y en la prueba de oficio en particular, en relación con las disposiciones que al respecto contiene el COGEP.

La Constitución de 2008, que en materia de administración de justicia implicó un cambio radical¹⁹² y estableció un diseño transformador,¹⁹³ dispuso en su Disposición Transitoria Primera, que en el plazo máximo de ciento veinte días contados desde su entrada en vigencia, el órgano legislativo debía aprobar, entre otras, la ley reguladora de la Función Judicial.

En cumplimiento de ello, la Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea Nacional aprobó y puso en vigor el COFJ en el que, en líneas generales, se configura el modelo de juez que debe administrar justicia, de acuerdo a las normas y principios constitucionales, de una manera activa y comprometida con la realización de la justicia y el mantenimiento de la paz social.¹⁹⁴

Antes de analizar el referido modelo de juez, conviene hacer algunas referencias al sistema de organización judicial del país que, al menos desde 1991, reclamaba una

¹⁹⁰ Luis Pásara, “Selección, carrera y control disciplinario en la magistratura: principales tendencias actuales”, 24 de abril de 2019, https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_11.pdf.

¹⁹¹ Un análisis detallado al respecto puede verse en Luis Fernando Ávila Linzán, “Transformación y (des) transformación de la justicia en Ecuador: aportes a la revolución de la justicia en Bolivia”, 8 de marzo de 2019, <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/handle/37000/1818>.

¹⁹² COGEP, la cita corresponde al Considerando segundo de la exposición de motivos que precede el texto articulado.

¹⁹³ Ecuador, COGEP, considerando sexto.

¹⁹⁴ “Con el Código Orgánico de la Función Judicial, se evidenció un verdadero avance en el desarrollo de principios que permiten hacer del proceso judicial un medio para la realización de la justicia”. Exposición de Motivos del COGEP.

profunda reforma que no llegó sino en 2009 con el COFJ, antecedido por la nueva organización judicial configurada en la Constitución de 2008.

Varios autores se han referido a las características principales de la anterior organización judicial, así como sus efectos en la administración de justicia, el sistema procesal y los derechos de los ciudadanos.

El tema no era solo de interés académico sino, sobre todo político, lo que se puede constatar en el estudio de la reforma judicial del Ecuador a partir de 1991.

Sobre el asunto María Paula Romo, en su estudio *Justicia y Sociedad Civil*,¹⁹⁵ realizó un recuento, según el cual:

a partir de 1991 se inicia un proceso de reflexión y consulta sobre la necesidad de una reforma judicial. En 1995 se conformó un Grupo de Trabajo Intersectorial que diseñó un Plan Integral de Reformas. Varias de las metas establecidas en ese plan fueron trabajándose, hasta que en el año de 1999- ya con la vigencia de la nueva Constitución- se vio la necesidad de actualizar ese Plan de Reformas a las nuevas condiciones establecidas por la Constitución de 1998. En esta actualización se consideraron como actores importantes a las organizaciones de la sociedad civil cuyo trabajo se centraba en temas de justicia: 140 organizaciones fueron convocadas a este proceso. A partir de la persistente intervención de las organizaciones de la sociedad civil en materias de justicia, que podemos fijar en la década de los 90 y con la redacción del texto constitucional de 1998, el sistema de administración de justicia en el Ecuador ha sufrido varias reformas importantes que vale la pena recordar: en 1992 se crea el Consejo Nacional de la Judicatura, estableciéndose así un manejo administrativo y financiero de la Función Judicial que ya no dependa de la Corte Suprema de Justicia, lo que le permite concentrar sus acciones en el ejercicio de su función de administrar justicia. La Corte Suprema de Justicia pasó a ser una Corte de Casación en lugar de una corte de instancia, se organiza por salas especializadas en 1993. Se reconoce la validez de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, la Ley de Arbitraje y Mediación marca un nuevo momento en la historia de justicia ecuatoriana.

En razón de las dificultades propiamente institucionales señaladas, el sistema judicial también se veía afectado desde el punto de vista procesal, que en el caso del derecho procesal no penal era aún más complejo, por las características propias de un proceso eminentemente escrito, engorroso y con falta de garantías básicas para los ciudadanos, los funcionarios públicos judiciales repercutiendo en la confianza de la sociedad en la administración de justicia.

Ello fue objeto de disertación y análisis por diferentes autores; un ejemplo es el estudio “Hace falta una nueva Ley Orgánica de la Función Judicial”, escrito por Santiago

¹⁹⁵ María Paula Romo, “Justicia y Sociedad Civil”, *IurisDictio: Revista de Derecho*, n.º 8 (2004): 105.

Andrade Ubidia,¹⁹⁶ donde identifica algunos de los factores de carácter interno y externo que caracterizaban la crisis del sistema judicial de entonces.

Entre los factores internos el autor señala la inadecuada formación técnica y especializada de los servidores de la justicia,¹⁹⁷ la inexistencia de políticas estímulo, promoción y ascenso,¹⁹⁸ y al inestabilidad e inseguridad laboral que de manera permanente se ciernen sobre los funcionarios judiciales.¹⁹⁹

Como factores externos el identifica el poco reconocimiento a la misión social de los jueces,²⁰⁰ y una cultura de litigio que caracteriza la actuación de los actores del proceso;²⁰¹ la belicosidad exacerbada de los sujetos procesales, el déficit de recursos para una administración de justicia independiente, y finalmente el desfase de los cuerpos legales vigentes en relación con el avance de la doctrina y la práctica jurídica.²⁰²

En ese panorama desolador es obvio que cualquier reforma, incluida algunas de las propuestas realizadas por el autor, podría significar avances en relación con la mejora del sistema; sin embargo, en lugar de realizar enmiendas parciales en la Constitución de

¹⁹⁶ Santiago Andrade Ubidia, "Hace falta una nueva Ley Orgánica de la Función Judicial", *IurisDictio: Revista de Derecho*, n.º 5 (2002): 87-108.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, 87-8: "La multiplicación de facultades, las modalidades facilitadoras...la politización de unas y la mercantilización de otras son factores que han determinado que el nivel de formación de los abogados, en algunos casos, sea deficiente...Mientras no se mejore sustancialmente la calidad de la enseñanza legal, no podrá el país aspirar a que haya una mejoría apreciable del quehacer jurídico y, por tanto, de la administración de justicia."

¹⁹⁸ *Ibíd.*, 88: "La Función Judicial aún no ofrece cursos de capacitación al ingresar al servicio, ni de educación continua o de preparación para el ascenso [...] Tampoco existen políticas de promoción del elemento humano...Es necesario establecer un escalafón con categorías bien definidas y niveles dentro de cada una de ellas, a fin de que el servidor judicial pueda ascender de acuerdo a sus merecimientos...es necesario impulsar que se establezca un sistema de carrera judicial efectivo, con requisitos claros para el ingreso, mantenimiento en el puesto, ascenso y separación [...]".

¹⁹⁹ *Ibíd.*, 88-9: "Al servidor judicial le acompaña permanentemente el sentimiento de inestabilidad e inseguridad [...] la independencia externa e interna del juez con frecuencia se ve atentada por presiones de los grupos de poder [...] con demasiada frecuencia quien quiere alcanzar una resolución que favorezca a sus intereses, busca la manera de torcer la voluntad del juez, sea con amenazas, seducciones o halagos; y cuando no ha alcanzado lo que quería, inmediatamente le acusa de prevaricador o corrupto".

²⁰⁰ *Ibíd.*, 89: "Esta es la realidad del juez ecuatoriano, blanco de los ataques de quienes se sienten perjudicados por sus resoluciones, víctima del tráfico de influencias [...] huérfano de todo respaldo social y económicamente vulnerable porque recibiendo remuneraciones magras está expuesto a la provocación de los corruptores que construyen su camino para el éxito con el soborno y el chantaje".

²⁰¹ *Ibíd.*, 90: "El manipuleo de los procesos y la mala práctica de la abogacía no es novedad ni es vicio exclusivamente ecuatoriano [...] Es necesario impulsar un cambio cultural, a fin de que los litigantes no busquen en el abogado el ejecutor de su venganza privada, y que el abogado no crea que su papel es ser el ejecutor de infamias al servicio de su cliente, que tome conciencia de que es un auxiliar de la justicia, que legítimamente patrocina las causas de sus defendidos [...]".

²⁰² *Ibíd.*, 91-2: "La Función Judicial siempre ha sido la cenicienta de las funciones del Estado [...] Carece de los recursos económicos y de los bienes materiales indispensables para un decoroso ejercicio de su ministerio. Los locales son obsoletos, nada funcionales e inseguros; los muebles están destartados por el intenso trajín; faltan los equipos básicos y los útiles de escritorio [...] es necesario que se incremente significativamente la asignación de recursos a la Función Judicial, a fin de que pueda atender sus necesidades materiales y remunerar adecuadamente a los jueces y más servidores judiciales [...]".

2008 se prefirió hacer un cambio radical, que permitiera poner fin a todos los males denunciados, a la vez que sentara los principios y la estructura fundamental de la nueva organización de la Función Judicial.

Con todo, ya en la Constitución de 1998²⁰³ se habían incluido algunos de los elementos fundamentales de las reformas a la administración de justicia que, no obstante, para 2008 en que fue sustituida por la nueva Constitución, no alcanzaron a todo el sistema judicial y procesal,²⁰⁴ concentrándose en el proceso penal,²⁰⁵ laboral,²⁰⁶ y niñez y adolescencia, sin que se extendieran al proceso civil.²⁰⁷

Entre las reformas introducidas por la Constitución de 1998 a la Función Judicial y al sistema procesal, se encuentran la definición del sistema procesal como un medio para la realización de la justicia,²⁰⁸ la simplificación, uniformidad, la eficacia y agilidad de los trámites judiciales,²⁰⁹ y la sustanciación de los procesos mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios dispositivo, de concentración e inmediación;²¹⁰ por lo que respecta a la institución, reafirmó la independencia de los órganos de la Función Judicial, así como de los propios magistrados y jueces.²¹¹

Tampoco las reformas alcanzaron al proceso contencioso tributario, que siguió sustanciándose por las reglas del Código Tributario,²¹² sin que se incluyera el mandato

²⁰³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

²⁰⁴ La reforma había llegado a los procesos penales, laborales y de niñez y adolescencia, pero al proceso, civil cuya reforma se hizo a través del COGEP. Vanesa Aguirre Guzmán, “Líneas para un proceso de reforma a la justicia civil en Ecuador.” *IurisDictio: Revista de Derecho*, n.º 5 (2013): 113-30.

²⁰⁵ Diego Zalamea León, *La reforma procesal penal en Ecuador: experiencias de innovación* (Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2007); también Débora Ríos y Solange Fernández, *Diseño Criminal: El Ecuador a partir de las reformas del Código Penal y Código de Procedimiento Penal* (Guayaquil: Facultad de Derecho de la Universidad Católica, 2010).

²⁰⁶ Jorge V. Vásquez, “El juicio oral en materia laboral.” *IurisDictio: Revista de Derecho*, n.º 9 (2005): 31-6,

²⁰⁷ Farith Ricardo Simón Campaña, “Análisis del Código de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador”, 21 de junio de 2018, http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2006/01/20_analisis_del_codigo.pdf.

²⁰⁸ Ecuador, *Constitución de 1998*, art. 192. “El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

²⁰⁹ *Ibíd.*, art. 193. “Las leyes procesales procurarán la simplificación, uniformidad, eficacia y agilidad de los trámites. El retardo en la administración de justicia, imputable al juez o magistrado, será sancionado por la ley”.

²¹⁰ *Ibíd.*, art. 194. “La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación”.

²¹¹ *Ibíd.*, art. 199. “Los órganos de la Función Judicial serán independientes en el ejercicio de sus deberes y atribuciones. Ninguna función del Estado podrá interferir en los asuntos propios de aquellos. Los magistrados y jueces serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional aun frente a los demás órganos de la Función Judicial; solo estarán sometidos a la Constitución y a la ley”.

²¹² Ecuador, *Código Orgánico Tributario*, Registro Oficial 38, 14 de junio de 2005.

constitucional de la sustanciación de los procesos mediante el sistema oral; por lo demás, ya el principio dispositivo tenía presencia en aquel cuerpo legal antes de la entrada en vigencia de la referida Constitución.

La Constitución de 2008 corroboró algunos de los principios ya incluidos en la de 1998, explicados en el epígrafe precedente. En cuanto a los principios de la Función Judicial, objeto central de esta parte de la exposición, se impone a los jueces y juezas la obligación de exigir a las partes actuar de conformidad con el principio de buena fe y lealtad procesal, y apegados al principio de la verdad procesal, entre otros, que pasamos a analizar enseguida.

3.2.1. Principio de buena fe y lealtad procesal²¹³

Este principio está contemplado únicamente en el COFJ y su contenido esencial se contrae a poner bajo la responsabilidad de los jueces las normas de conducta inherentes a los abogados patrocinadores de las partes durante el desarrollo del proceso.²¹⁴

Exige responder a la pregunta acerca de cómo se llevará adelante la discusión, “si se exigirá una discusión efectuada con probidad, lealtad y buena fe (principio de moralidad) o se permitirá la añagaza y la artería procesal que, en definitiva, implicará aceptar el “derecho” de la fuerza en el proceso”.²¹⁵

Se configura por un lado como una obligación de los abogados cuyo cumplimiento debe ser supervisado por el juzgador, así como un derecho de las partes que debe ser precautelado por aquél frente a las posibles actuaciones de mala fe o contrarias a la deontología profesional que regula el propio cuerpo legal.²¹⁶

La finalidad concreta es evitar que las partes puedan actuar de mala fe o valiéndose de artimañas o recursos que, si bien puede que no sean ilegales en sí mismos, atentan contra el derecho de la contraparte y el fiel cumplimiento de sus funciones por parte del juzgador, especialmente en lo relativo a la prueba y al principio de celeridad procesal.

²¹³ Ecuador, COFJ, art. 26. “Principio de buena fe y lealtad procesal. En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis. La parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley”.

²¹⁴ “Este principio excluye las trampas judiciales, la prueba falsa, los recursos mal intencionados, los incidentes innecesarios [...]”. Véase Iván Escobar Fornos, *Introducción al proceso*, 110.

²¹⁵ Alvarado Velloso, “Introducción”, 257.

²¹⁶ En los artículos 335 y siguientes, relativos al régimen disciplinario de los abogados en el patrocinio de las causas.

La buena fe y la lealtad procesal se relaciona además con la sanción del “litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal” señalados en el artículo 174 constitucional.

3.2.2. Principio de vinculación al derecho²¹⁷

Como se explicó en el análisis de los principios de la administración de justicia, las juezas y jueces en el ejercicio de sus funciones deben ser imparciales e independientes. Esas dos cualidades se consiguen efectivamente cuando solo prestan obediencia a la Constitución, la ley y a los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos, tal cual se dispone en el artículo 172 constitucional, en concordancia con el artículo 7 del COFJ.

En la materia rige el principio de obediencia a la ley y no a los hombres cualquiera que sea su autoridad o investidura, en virtud del principio del imperio de la ley,²¹⁸ unos de los pilares del Estado moderno, del constitucionalismo y de la legitimidad del ejercicio del poder político.²¹⁹

El principio asegura tanto la independencia interna como externa de las juezas y jueces, por cuanto les dota de los criterios y pautas necesarias para adoptar las decisiones que les corresponden en virtud de sus funciones, y fundamentarlas motivadamente en el derecho vigente con independencia interna de cualquier otro servidor público del sistema judicial, e independencia externa de cualquier agente ajeno a dicha función.

²¹⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 172. “Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia. Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley”. Ecuador, COFJ, art. 7. “Principios de legalidad, jurisdicción y competencia. La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos”.

²¹⁸ Gema Marcilla Córdoba, “Imperio de la ley”, *Eunomía: Revista en cultura de la legalidad*, n.º 5 (2013/2014): 177-85.

²¹⁹ Luis Diez Picaso, “Constitución, ley, juez”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 15 (1985): 9-23.

3.2.3. Principio de la debida diligencia²²⁰

Este principio tiene como destinatarios directos a todos los servidores y servidoras judiciales, los auxiliares y por supuesto a las juezas y jueces.

El requerimiento que plantea consiste en que cada uno en lo que le corresponde, debe actuar de conformidad con las exigencias inherentes a sus funciones, y hacerlo en la mayor medida posible para asegurar por un lado el buen funcionamiento de todo el sistema de justicia, y por otro precautelar los derechos de las personas cuyo goce efectivo depende de la función judicial. La debida diligencia es un concepto complejo, indeterminado, que se configura como un elemento de la práctica cotidiana en la Función Judicial, así como en las pautas de comportamiento y el cabal cumplimiento de las obligaciones que corresponde a cada uno de los implicados.

Su satisfacción en tanto principio se mide en el contexto concreto de un proceso judicial y en correspondencia con lo que exigen las normas vigentes y los protocolos internos de la Función Judicial, que en todo caso deben ser de conocimiento de cada uno de los obligados a actuar con base en ellos.

La violación de esos requerimientos puede dar lugar a responsabilidad de los servidores públicos, aunque en su formulación constitucional el principio solo se refiere a las juezas y jueces en los casos en que se cause perjuicio a las partes como consecuencia del “retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley”.²²¹

²²⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 172; Ecuador, COFJ, art. 15. “Principio de responsabilidad. La administración de justicia es un servicio público que debe ser prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la ley. En consecuencia, el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”.

²²¹ *Constitución de la República del Ecuador*, art. 172.

3.2.4. Impugnabilidad de los actos administrativos²²²

Más que un principio, la posibilidad que abre el artículo 173 constitucional de que toda persona pueda impugnar los actos derivados de la administración pública ante el superior jerárquico o por la vía judicial, constituye un derecho fundamental.²²³

Como tal derecho, es protegido a nivel constitucional y desarrollado en la legislación procesal correspondiente, como el COA²²⁴ en los casos en que la impugnación se presente ante la propia administración, en el COGEP mediante el proceso contencioso administrativo o contencioso tributario, o en la LOGJCC²²⁵ en los casos de que se haga a través de una acción de protección.

El deber de asegurar las condiciones para el goce efectivo de ese derecho es responsabilidad del Estado, que a través de la legislación sustantiva y procesal debe proveer a las personas las vías y formas más idóneas para hacer valer sus derechos frente a la administración pública, y hacerlo con todas las garantías del debido proceso como la legalidad de las actuaciones y la seguridad jurídica.

²²² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 173. Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.

²²³ Gabino Fraga, *Derecho Administrativo* (México: Porrúa, 2000), 258.

²²⁴ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial, 7 de julio de 2017, vigente desde el 7 de julio de 2018.

²²⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*.

3.2.5. Principio de dedicación exclusiva²²⁶

Este punto lo analizamos planteando cuál es el fundamento de la prohibición que pesa sobre las servidoras y servidores judiciales que no pueden ejercer la abogacía o cualquier otro empleo, público o privado. Lo más obvio es que la Función Judicial requiere de un tiempo considerable dedicado a su ejercicio, pero eso no es suficiente. Seguramente el fundamento último radica en la necesidad de garantizar algunos principios inherentes a dicha función, como son la imparcialidad, la independencia, la debida diligencia y, en general, la tutela judicial efectiva como derecho de los ciudadanos, que exige en todo momento la disponibilidad y el funcionamiento de las instituciones responsables de proteger sus derechos e intereses en sede judicial.

Ese fundamento es más evidente cuando se les prohíbe el ejercicio de “funciones de dirección en los partidos y movimientos políticos, ni participar como candidatos en procesos de elección popular, ni realizar actividades de proselitismo político o religioso”. No obstante, como señala el autor Santiago Andrade Ubidia, no existe al menos una razón clara de por qué se impone esa prohibición solo a las juezas y jueces y no a todos las servidoras y servidores de la función judicial.²²⁷

²²⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 174. “Las servidoras y servidores judiciales no podrán ejercer la abogacía ni desempeñar otro empleo público o privado, excepto la docencia universitaria fuera de horario de trabajo. La mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la ley. Las juezas y jueces no podrán ejercer funciones de dirección en los partidos y movimientos políticos, ni participar como candidatos en procesos de elección popular, ni realizar actividades de proselitismo político o religioso”. Ecuador, COFJ, art. 16. “Principio de dedicación exclusiva. El ejercicio de cualquier servicio permanente o de período en la Función Judicial, remunerado presupuestariamente o por derechos fijados por las leyes, es incompatible con el desempeño libre de la profesión de abogado o de otro cargo público o privado, con excepción de la docencia universitaria, que la podrán ejercer únicamente fuera de horario de trabajo. Las labores de dirección o administración en las universidades y otros centros de docencia superior, está prohibida por no constituir ejercicio de la docencia universitaria. Tampoco se podrá desempeñar varios cargos titulares en la Función Judicial. Todo encargo será temporal, salvo los casos determinados por la Constitución y la ley. Las juezas y jueces no podrán ejercer funciones de dirección en los partidos y movimientos políticos, ni participar como candidatos en procesos de elección popular, salvo que hayan renunciado a sus funciones seis meses antes de la fecha señalada para la elección; ni realizar actividades de proselitismo político o religioso”.

²²⁷ Andrade Ubidia, “La Función Judicial en la vigente Constitución de la República”, 256.

3.2.6. Preeminencia del interés superior del niño y adolescentes²²⁸

A primera vista, la inclusión de este principio parecería fuera de lugar, por cuanto implica una nota de especialidad en medio de otros principios más generales. Sin embargo, un análisis más atento justifica su lugar en la normativa constitucional, ya que su función es hacer explícita la obligación de las juezas y jueces de hacer valer el interés superior del niño o el adolescente por encima de cualquiera de los derechos humanos comunes de las personas.

El desarrollo de ese principio se encuentra en el Código de la Niñez y la Adolescencia,²²⁹ que lo define como “un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento”.

Se trata de un principio de amplio desarrollo doctrinal y legislativo, así como uno de los elementos centrales de los instrumentos internacionales sobre la materia, recogido, por ejemplo, en la Convención Sobre los Derechos del Niño, del que el Ecuador es Estado firmante.²³⁰

3.2.7. Carrera judicial y acción afirmativa²³¹

La necesidad de cumplir cuotas de paridad de género en la Función Judicial, como lo proclama la Constitución vigente, se fundamenta en un principio más amplio de discriminación inversa o acción afirmativa,²³² en virtud del cual se postula la igualdad

²²⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 175. “Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores”.

²²⁹ Ecuador, *Código de la Niñez y la Adolescencia*, Registro Oficial, 3 de enero de 2003.

²³⁰ La República del Ecuador firmó Convención sobre los Derechos del Niño el 26 de enero de 1990, y la ratificó el 23 de marzo del mismo año. 22 de abril de 2019, <http://www.acnur.org/nuevaspaginas/tablas/tabla5.htm>.

²³¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 176. “Los requisitos y procedimientos para designar servidoras y servidores judiciales deberán contemplar un concurso de oposición y méritos, impugnación y control social; se propenderá a la paridad entre mujeres y hombres”.

²³² Mario Santiago Juárez, “¿Acciones afirmativas o discriminación inversa?”, *Defensor: Órgano oficial de difusión de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal de México*, n.º 12 (2007): 6-7.

entre hombres y mujeres en el acceso al ejercicio del poder político; principio que debe asegurarse través de la legislación también en el caso del acceso a la Función Judicial.

El hecho de que el principio constitucional disponga que “se propenderá a la paridad” implica que, en principio, esa paridad no debe ser absoluta, puesto que las formas de acceso a la Función Judicial, además de la acción positiva, exigen una serie de requisitos que debe cumplir todo aspirante, con independencia de su género, aunque en igualdad de condiciones el hecho de ser mujer cualifica respecto de los demás requisitos.²³³

De acuerdo a esos principios se puede concluir, de manera general, que en el COFJ se configura un modelo de juez que responde a dos visiones potencialmente contradictorias. Por un lado, se trata de un juzgador que debe ser imparcial, independiente y director del proceso, cuya función consiste en garantizar el cumplimiento de las normas y el respeto a los derechos y garantías de las partes y, por otro, de un juez que debe realizar la justicia través del sistema procesal, como un medio para alcanzar ese objetivo, con independencia de los resultados concretos de cada proceso judicial en particular.

Así, el juzgador debe guiarse por la finalidad del sistema procesal (la realización de la justicia) y por la función de conservar y recuperar la paz social, lograr la plena eficacia y acatamiento del ordenamiento jurídico, como misión del sistema judicial, para lo cual debe utilizar todos los medios disponibles en el derecho procesal, incluida la prueba de oficio como último recurso y facultad excepcional.²³⁴

La entrada en vigencia del COFJ presentó una dificultad al derecho procesal ecuatoriano, por cuanto configuró un nuevo sistema judicial sin que existieran, en su totalidad, las normas procesales con base en las que debían actuar los jueces; de ahí que, por ejemplo, mientras los jueces debían cumplir con la sustanciación de los procesos mediante el juicio oral, en el procedimiento civil y en el contencioso tributario no se habían realizado aún las reformas pertinentes.

²³³ Así sucedió por ejemplo en la reciente elección para Fiscal General del Estado, donde a la candidata mejor puntuada se le otorgó adicionalmente un punto por ser mujer y afro descendiente. 25 de abril de 2019. <http://www.teleamazonas.com/2019/04/diana-salazar-es-la-nueva-fiscal-general-del-estado/>.

²³⁴ Las reglas de interpretación de las normas procesales también son importantes al respecto. Según el artículo 29 del COFJ: “Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material”.

De lo indicado, el nuevo marco constitucional y legal relativo a la Función Judicial, en sus inicios, no se correspondía con la legislación procesal vigente,²³⁵ lo que luego vino a completarse con el COGEP.

4. El principio dispositivo

Como fundamento en la configuración de un sistema procesal dispositivo aparece con vigor el principio de igual denominación, que da soporte al modelo procesal caracterizado por el impulso de las partes para dar inicio al proceso. Conviene entonces, en este punto, pasar revista a dicho fundamento en el terreno de la dogmática jurídica y ver luego cómo se proyecta en el ordenamiento jurídico.

Hechas las distinciones pertinentes en los apartados anteriores, en lo que sigue se hace referencia solo al principio dispositivo, respecto al cual se procede a sistematizar las características básicas que suelen atribuírsele, especialmente en lo relacionado a cómo deben proceder las partes en sus actuaciones procesales, y en qué elementos del proceso es más evidente su aplicación.

Una vez realizada la sistematización señalada, el paso siguiente será contrastar el principio dispositivo con los que puedan considerarse rasgos del principio inquisitivo y que puedan influir en su concepción teórica o su configuración jurídica, e identificar qué criterios de ponderación suelen sugerirse en la doctrina y, eventualmente en la jurisprudencia, para establecer el necesario equilibrio entre los derechos de las partes y los deberes del juzgador.

El principio dispositivo es uno de los principios básicos, fundamentales del derecho procesal no penal, toda vez que a partir de él se define cómo deben proceder las partes ante el órgano jurisdiccional, tanto a los fines de poner en su conocimiento sus pretensiones como en relación a las pruebas de que intentan valerse, de acuerdo a sus respectivas situaciones jurídico-procesales como demandante o demandado.²³⁶

Tratándose del proceso no penal donde las partes, al menos en teoría y como exigencia normativa, se encuentran en un plano de igualdad formal, queda a su libre disposición, de acuerdo al referido principio, el someter o no un litigio específico al

²³⁵ Aguirre Guzmán, “Líneas para un proceso de reforma”, 114.

²³⁶ Andrés De la Oliva Santos y Miguel Ángel Fernández, *Derecho Procesal Civil*, t. 1 (Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1996), 136.

conocimiento del órgano jurisdiccional, o de utilizar para su resolución cualquier otro medio alternativo a la justicia ordinaria, o no utilizar ninguno.

Dicho de esa manera, pareciera que queda a la libre y absoluta disposición de las partes un amplio espectro del derecho, donde el modo de proceder ante un eventual conflicto dependería exclusivamente de su propia voluntad. En realidad, las partes en un litigio pueden optar por someterlo o no a la autoridad jurisdiccional, pero si deciden hacerlo están obligados a cumplir con las disposiciones jurídicas que determinan cada uno de los pasos a seguir, sobre el rol de las partes y del juzgador, incluido las posibles consecuencias por la violación de sus obligaciones.

Es por esa razón que la inicial amplitud que sugiere el principio dispositivo se ve reducida por diferentes factores, entre ellos, el interés público o social que pueda estar implicado, derivarse o verse afectado si su posible solución se deja a la libre disposición de los involucrados, así como los principios que, en el orden procesal, coexisten con el principio dispositivo, como pueden ser el principio de legalidad, congruencia, igualdad de las partes, intermediación, celeridad procesal, economía procesal e impulso procesal.

La disponibilidad de las partes, con respecto a someter o no un litigio al conocimiento y resolución de un órgano jurisdiccional no es absoluto, razón por la cual las construcciones teóricas del principio dispositivo pueden encontrar grados diferentes de aplicación en los ordenamientos jurídicos vigentes, con relación a los cuales dichas formulaciones podrían ser entendidas como criterio para la valoración y crítica del derecho vigente, así como para formular propuestas de reformas legislativas a los fines de acercarlo al paradigma procesal que subyace al principio dispositivo.

Una caracterización básica del principio dispositivo, como fundamento esencial del derecho procesal no penal, puede ser la siguiente:

4.1. Iniciativa

La actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante la petición del interesado,²³⁷ es decir, todo órgano jurisdiccional debe actuar rogadamente;²³⁸ esa manifestación del principio, además de reflejar el respeto por la titularidad privada de los derechos, permite separar las funciones de parte y juez, asegurando la imparcialidad de este último.²³⁹

Dicho de otra manera, “en materia civil rige el principio *nemo iudex sine actore*; sin iniciativa de la parte interesada, no hay demanda y, en consecuencia, proceso”.²⁴⁰ Se trata de un principio formulado desde el derecho civil romano que mantiene su vigencia con respecto a la iniciativa de las partes como única vía para acceder a la justicia civil, y como tal, ha sido incorporado al derecho moderno.²⁴¹

Refiriéndose al “individualismo imperante en la época antigua”, afirma Adolfo Alvarado Velloso, que “las propias partes [...] podían disponer libremente no sólo del derecho en discusión sino también del método para discutir. A este sistema de libre disposición se le asigna desde antaño la denominación de *dispositivo*”.²⁴²

²³⁷ Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador: “de conformidad con el principio dispositivo propio de nuestro ordenamiento jurídico, les corresponde a las partes probar las afirmaciones en que sustentan el reclamo de un derecho, lo que no ha hecho la compañía actora y tampoco lo hizo en la etapa administrativa, ya que no consta ninguna prueba que justifique sus pretensiones”.* Sobre el principio dispositivo pueden verse las siguientes sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador: Sentencia n.º 061-17-SEP-CC, Caso n.º 1475-13-EP, 8 de marzo del 2017; Sentencia n.º 142-14-SEP-CC, Caso n.º 0007-12-EP, 1 de octubre del 2014 y Sentencia n.º 194-17-SEP-CC, Caso n.º 2216-16-EP, 21 de junio de 2017.

* Resolución de jueves 6 de agosto de 2015, RECURSO n.º 2013-0370, 5.

²³⁸ El dispositivo es uno de los principios que determina “los poderes del juez *en la formación del material de decisión*”; en virtud de él “no solamente debe mantenerse el Juez dentro de los límites de la demanda, sino que debe también abstenerse de manifestar de oficio determinados hechos que no producirían cambio de demanda.” Chiovenda, “Instituciones”, 179; en el mismo sentido se expresa James Goldschmidt: “las peticiones de las partes condicionan la protección jurídica”. Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, 82.

²³⁹ Iván Hunter Ampuero, “El principio dispositivo y los poderes del juez”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 2 (2010), 155-62. Sobre las diversas formas en que puede entenderse la imparcialidad judicial del juez verse Ivanna Abad et. al. “La imparcialidad judicial”, *Revista Jurídica* n.º 31 (2018): 141-52.

²⁴⁰ Eduardo Couture, “Fundamentos”, 187. En el mismo sentido *Enciclopedia OPUS*, 291: “no hay proceso sin demanda de parte. Las reminiscencias de una iniciativa judicial son excepcionales, y la censuran gravemente tanto la doctrina como la propia jurisprudencia”.

²⁴¹ “*Nemo iudex sine actore*. No hay juez o juicio sin actor”; Germán Cisneros Farías, *Diccionario de frases y aforismos latinos: Una compilación sencilla de términos jurídicos* (México: UNAM, 2003), 79. Más específico con respecto al proceso civil es Nelson Nicolliello: “*Nemo iudex sine actor*. No hay juez sin actor. No se puede sustanciar un proceso [civil] de oficio”, Nelson Nicolliello, *Diccionario del latín jurídico* (Montevideo: Euro Editores, 2004), 227.

²⁴² Adolfo Alvarado Velloso, “Introducción”, 62. En el sistema procesal dispositivo (o acusatorio), afirma el autor (66), el proceso se inicia solo por acción del interesado; el impulso procesal lo realizan las partes, no el juez; el acusado (o demandado) sabe desde el comienzo quién lo acusa (o demanda); las partes saben quién es el juez; y el proceso es público (lo que elimina automáticamente la posibilidad de tormento).

4.2. Disponibilidad del derecho material

La determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita del órgano jurisdiccional es exclusiva facultad de las partes. Como afirma Eduardo Couture “ese principio se apoya sobre la suposición, absolutamente natural, de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que desean los propios particulares”.²⁴³

Esa tesis sería aplicable al antiguo proceso civil, porque en el derecho moderno se considera que en todo proceso judicial existe un interés público, además de los intereses concretos que puedan estar en disputa.

Así lo confirma el propio autor, al sostener que “distinta es la suposición en aquellos casos en que se halla comprometido un interés social, frente al cual no es lícito a las partes interesadas contener la actividad de los órganos del poder público”.²⁴⁴

A tono con el principio, el actor por medio de la pretensión y el demandado a través de la resistencia, marcan los límites del objeto material del juicio, mientras el juez carece de potestades para modificar algunos de sus elementos sustanciales.

Las partes, la causa de pedir o el objeto pedido²⁴⁵ están ajenos a las facultades del juez, quien debe circunscribirse al petitorio formulado en la demanda y las modificaciones que puedan resultar de la contestación.

El tema a decidir, el objeto de la *litis*, es establecido por las partes, no pudiendo el juzgador, en forma alguna, separarse de lo que ellas han convenido en hacer objeto de discusión, lo que sí pueden hacer las partes dentro de los límites permitidos, como abandonar la causa expresamente a través del desistimiento, o tácitamente a través de la deserción; también procede por acuerdo expreso con el adversario mediante la transacción o por abandono tácito de ambas partes, dando lugar a la caducidad.²⁴⁶

²⁴³ Couture, “Fundamentos”, 186.

²⁴⁴ *Ibid.*, 186.

²⁴⁵ Hunter Ampuero, “El principio dispositivo”, 155; Goldschmidt, “Derecho procesal civil”, 83: “El reconocimiento y la renuncia de la acción vinculan al juez”.

²⁴⁶ Couture, “Fundamentos”, 186.

4.3. En los límites de la decisión

El órgano jurisdiccional debe ser congruente con los límites impuestos por la pretensión y resistencia, en virtud del principio de congruencia.²⁴⁷

Adolfo Alvarado Velloso lo expresa de esta manera: “correspondencia entre lo pretendido y lo juzgado: esta cuestión genera la más importante regla de juzgamiento que se conoce doctrinalmente con la denominación de congruencia procesal. Ella indica que la resolución que emite la autoridad acerca del litigio debe guardar estricta conformidad con lo pretendido y resistido por las partes”.²⁴⁸

Por esa razón, el juzgador debe decidir exclusivamente con base en lo que ha sido probado por las partes; no puede condenar a una cosa distinta a la que le ha sido pedida por las partes, ni más allá del contenido de ese mismo pedimento, salvo en casos muy puntuales donde la legislación vigente lo autorice expresamente a verificar otros aspectos del proceso no incluidos en los escritos de las partes, como el control de legalidad en los procesos contencioso tributarios del que se hablará más adelante.

En otros términos, como afirma Eduardo Couture, “el juez no puede fallar más allá de lo pedido por las partes ni puede omitir pronunciamiento respecto de lo pedido por las partes. La sentencia que no se pronuncia sobre algunos de los puntos propuestos es omisa; la que se pronuncia más allá de lo pedido es ultrapetita”.²⁴⁹

No obstante, el juzgador sí puede disentir y apartarse de los planteamientos jurídicos con base en los cuales se formulan las pretensiones de las partes, puesto que es el juez quien conoce el derecho y está obligado a verificar que las pretensiones se corresponden con las normas invocadas.

²⁴⁷ Maximiliano Cal Laggiard, “Principio de congruencia en los procesos civiles”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* n.º 17 (2010): 11- 24; Sonia Calaza López, “Principios rectores del proceso judicial español”, *Revista de Derecho Universidad Nacional de Educación a Distancia* n.º 8 (2011): 49- 84.

²⁴⁸ Alvarado Velloso, “Introducción”, 273.

²⁴⁹ Couture, “Fundamentos”, 188.

4.4. En la disponibilidad de las pruebas

Se ha sostenido que “por el principio dispositivo, la iniciativa de las pruebas corresponde a las partes. El juez no conoce, normalmente, otros hechos que aquellos que han sido objeto de prueba por iniciativa de los litigantes”.²⁵⁰

En virtud de ese principio, “corresponde a las partes proponer las pruebas que estimen oportunas. El magistrado juzga fundándose en las pruebas producidas; si son insuficientes tanto peor para la parte. Antes bien, créese unánimemente que el magistrado no tiene ni siquiera el poder de pedir la comparecencia personal de las partes para interrogarles directamente, sino cuando la ley expresamente lo autoriza”.²⁵¹

Esas consideraciones con respecto a las pruebas propuestas por las partes se refieren, en general, a las posiciones extremas sobre el tema, puesto que cada ordenamiento jurídico procesal puede regular la disponibilidad de las pruebas por las partes de maneras diversas, en función de garantizar el cumplimiento de los principios procesales, los derechos de las partes y la responsabilidad del juzgador en la solución del conflicto, fin último del sistema procesal.

Como puede apreciarse, del principio dispositivo se derivan derechos, obligaciones y responsabilidades, tanto para las partes como para el órgano jurisdiccional, estableciéndose en cada caso los límites de su actuación, más allá de los cuales podrían quedar en una posición ilegítima o incorrecta en términos teóricos, o ilegal en términos jurídicos.

De lo dicho, se puede deducir que el principio dispositivo es especialmente importante en cuanto al inicio y al fin del proceso, cuando ello es decidido por las partes y no por el juzgador, mas no dice mucho en cuanto al desenvolvimiento de aquél,²⁵² donde

²⁵⁰ *Ibíd.*, 188.

²⁵¹ Giuseppe Chiovenda, “Instituciones”, 184. Asimismo, afirma el autor que (186), “el predominio del principio dispositivo sobre la iniciativa del juez en la formación de las pruebas, o sea en la *declaración de la verdad* de los hechos, se funda en parte también aquí como en el campo de la *selección de los hechos* a declarar, en la naturaleza del litigio civil o de los intereses que ordinariamente se agitan en él; nadie es mejor juez que la parte respecto de las pruebas de que puede disponer, respecto de sus intereses individuales”.

²⁵² Adolfo Alvarado Velloso hace una síntesis de las principales características del sistema procesal basado en el principio dispositivo cuando afirma que “un proceso se enrola en el sistema dispositivo cuando las partes son dueñas absolutas 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, las que aportan el material necesario para confirmar las afirmaciones, las que pueden ponerle fin en la oportunidad y por los medios que deseen. Como natural consecuencia de ello, el juez actuante en el litigio carece de todo poder impulsorio, debe aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes, así como conformarse con los medios de confirmación que ellas aportan y debe resolver ajustándose estrictamente a lo que es

rigen otros principios procesales que inciden en cada uno de los trámites necesarios para su correcto desarrollo.

Al ser voluntad de las partes en un litigio someter o no su conocimiento al órgano jurisdiccional, cuando deciden hacerlo le corresponde a cada quien aportar las pruebas que considere apropiadas para sustentar su pretensión, o rechazar la pretensión de la contraparte en juicio, de acuerdo a su situación jurídica dentro del proceso.

Es por ello que, al interior del proceso deben ser tomados en cuenta otros principios congruentes con el principio dispositivo, aunque tal congruencia no esté asegurada *prima facie*, ya que entre principios siempre es posible que exista una relación potencialmente contradictoria que debe resolverse, por lo general, a través de diferentes métodos de interpretación jurídica como la ponderación, la interpretación sistemática o con los principios generales del derecho.

Uno de ellos es el *principio de aportación de parte*, que “mira al desarrollo formal del proceso, esencialmente a la introducción de los hechos y la prueba”;²⁵³ así entendido, se trata de un principio complementario del dispositivo, cuya actualización depende de que los implicados en un litigio decidan o no someterlo al conocimiento del órgano jurisdiccional, a partir de lo cual se obligan, además, a aportar los elementos de hecho y el material probatorio necesarios para que sea admitida la demanda.

La regla de relación entre el principio dispositivo y el principio de aportación de partes podría ser formulada así: es voluntad de las partes someter o no un litigio al conocimiento del órgano jurisdiccional, pero si lo hacen, deben aportar los elementos de hecho y de derecho en que pretenden fundamentar sus respectivas pretensiones.

De acuerdo con el contenido de ambos principios, corresponde a las partes, una vez puesto a conocimiento del órgano jurisdiccional un conflicto para su resolución, aportar los elementos de hecho y los medios de prueba de que intentan valerse a los fines de ilustrar al órgano jurisdiccional, en busca de una solución que satisfaga sus pretensiones y niegue las de la contraparte. Dicho en términos más específicos, corresponderá a las partes probar los hechos en que basan sus pretensiones.

Aquí entra en juego otro de los principios que informan el desarrollo del proceso, y que guarda con respecto al principio dispositivo una relación de complementariedad: se trata del *principio de carga de la prueba* que será analizado en el siguiente capítulo de

materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas”. Alvarado Velloso, “Introducción”, 66.

²⁵³ Ampuero, “El principio dispositivo”, 152.

esta investigación. Ese principio puede ser entendido de diversas maneras, como una obligación que recae sobre las partes, o como un derecho subjetivo cuyo ejercicio inadecuado puede tener consecuencias negativas para sus pretensiones.²⁵⁴

Su configuración como obligación o derecho subjetivo dependerá de la situación jurídica particular dentro del proceso; así, para el demandante el principio de carga de la prueba constituye una obligación prudencial, en el sentido de que si no aporta los medios de prueba en que sustenta sus pretensiones, seguramente la demanda no sería admitida.²⁵⁵

Por el contrario, para el demandado la carga de la prueba constituye un derecho subjetivo. Ante la demanda concreta puede escoger entre contestar allanándose en todos sus términos, caso en el cual no tendría que aportar ningún medio de prueba; oponerse a la demanda en alguna de sus pretensiones, aportando para ello las pruebas que considere apropiadas; o interponer una demanda reconventional, debiendo también aportar las pruebas del caso.

En la primera hipótesis, la carga de la prueba constituye para él un derecho que puede ejercer o no, mientras que en las demás esa carga constituye una obligación prudencial, en el entendido de que el derecho vigente le exige aportar los medios de prueba en que sustenta su posición procesal.

En cualquier caso, este principio junto al de *aportación de parte* en materia probatoria constituye uno de los asideros fundamentales en que se centra la discusión sobre los poderes del juzgador en general, y sobre la facultad de decretar prueba de oficio en particular, puesto que esta última institución representa, en palabras de James Goldschmidt, una de las “concesiones hechas al principio inquisitivo o de oficialidad”.²⁵⁶

²⁵⁴ En opinión de Chiovenda (“Instituciones”, 248) “la regulación de la carga de la prueba es uno de los problemas vitales del proceso; y en él se advierten las diferencias más profundas entre los procesos de civilizaciones distintas, como hemos ya notado al principio, confrontando entre sí los procesos romano y germánico en el instante de su fusión.”

²⁵⁵ Juan Francisco Iosa, “La obligación de obedecer el Derecho”, en *Enciclopedia de Teoría y Filosofía del Derecho*, vol. 2, ed. Jorge Luis Fabra Zamora y Verónica Rodríguez Blanco (México: UNAM, 2015), 1193-245.

²⁵⁶ Goldschmidt, “Derecho procesal civil”, 93.

4.5. Los principios dispositivo y de aportación de parte en el derecho procesal ecuatoriano

En el ordenamiento jurídico procesal ecuatoriano vigente, tanto el principio dispositivo como el de aportación de parte en materia probatoria tienen plena vigencia en el COGEP y en el resto de la legislación procesal no penal no integrada a dicho cuerpo legal. El primero está recogido en el artículo 5 bajo la figura del impulso procesal y dispone que “corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo”.²⁵⁷

Esa disposición es aplicable a todos los procesos regulados en el COGEP, que se definen por exclusión de las materias electoral, constitucional y penal que tienen sus normas particulares; de ahí que se pueda considerar que dicho principio dispositivo es también aplicable, con ciertas matizaciones que serán analizadas más adelante, al procedimiento contencioso tributario.

Lo mismo puede decirse con respecto a la iniciativa probatoria, puesto que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 169 del COGEP: “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”.²⁵⁸

Esa obligación no excluye, sin embargo, la posibilidad de que el juzgador, excepcionalmente, pueda decretar prueba para mejor resolver en los términos previstos en el artículo 168 del propio cuerpo legal señalado.

En el estudio del ordenamiento jurídico procesal vigente en el Ecuador, se puede constatar que el principio dispositivo, con las características que lo definen de acuerdo al análisis efectuado anteriormente, es un elemento central tanto de la Función Judicial como del sistema procesal no penal, consagrado tanto a nivel constitucional como en el COFJ y el COGEP.

No obstante, su vigencia en tanto principio del sistema procesal es anterior a su inclusión en la Constitución de 1998, puesto que ya constaba como principio rector en el derogado Código de Procedimiento Civil,²⁵⁹ al disponer que el proceso se inicia con la

²⁵⁷ Ecuador, COGEP, art. 5.

²⁵⁸ Ecuador, COGEP, art. 169.

²⁵⁹ Ecuador, *Código de Procedimiento Civil*, Registro Oficial 58, 18 de mayo de 1987, en adelante CPC.

demanda,²⁶⁰ que puede ser contestada o reconvenida por el demandado,²⁶¹ así como en la obligación del actor de aportar las pruebas que acrediten los hechos en que fundamenta sus pretensiones²⁶² y la facultad de desistir de la demanda.²⁶³

En el propio Código de Procedimiento Civil, una de las excepciones al principio de carga de la prueba impuesta al demandante se expresaba en la facultad, atribuida al juez, de decretar prueba de oficio cuando lo juzgare necesario para el esclarecimiento de la verdad, lo que, sin embargo, no daba lugar a que el sistema procesal vigente entonces, pudiera ser considerado mixto en los términos que ha sido mencionado en esta investigación y mucho menos un sistema procesal inquisitivo.²⁶⁴

En materia fiscal, también el dispositivo aparecía como principio rector del proceso contencioso tributario. Aunque los trámites del proceso contencioso tributario previstos en el Código Tributario fueron derogados por el Código Orgánico General de Procesos,²⁶⁵ de conformidad con sus disposiciones, correspondía a los contribuyentes proponer las acciones de impugnación contra la administración tributaria por efectos de considerarse perjudicados por resolución de única o última instancia administrativa; dicho de otra manera, que el proceso solo puede iniciarse a instancia del actor²⁶⁶ o de la parte perjudicada.²⁶⁷

Lo mismo sucedía con respecto a la carga de la prueba, puesto que el derogado artículo 258 del Código Tributario establecía, como “obligación del actor, probar los

²⁶⁰ *Ibíd.*, art. 70. “Demanda es el acto en que el demandante deduce su acción o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo”.

²⁶¹ *Ibíd.*, art. 109. “En la contestación podrá el demandado reconvenir al demandante por los derechos que contra éste tuviere; pero después de tal contestación solo podrá hacerlos valer en otro juicio”.

²⁶² *Ibíd.*, art. 117. “Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo. El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa. El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada”.

²⁶³ *Ibíd.*, art. 111. “Después de contestada la demanda, el actor no podrá desistir del pleito, sino pagando al demandado las costas y en la forma prescrita en este Código”.

²⁶⁴ *Ibíd.*, art. 122. “Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptúase la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero si podrá el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente”.

²⁶⁵ Disposición Derogatoria quinta. Deróguense el Capítulo II del Trámite de las Acciones, del Título II de la Sustanciación ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal, del Libro III del Procedimiento Contencioso y los artículos 291, 292, 293, 294, 296 y 299 del Código Tributario, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 38, 14 de junio de 2005.

²⁶⁶ Ecuador, CPC, art. 122. “Actor es la persona natural, que deduce la demanda o la persona jurídica o ente colectivo sin personalidad jurídica, a nombre de quien se propone la acción o interpone el recurso que ha de ser materia principal del fallo”.

²⁶⁷ *Ibíd.*, art. 229. “Proposición de las acciones: Oportunidad. Quienes se creyeren perjudicados por una resolución de única o última instancia administrativa, podrán impugnarla ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal, dentro de veinte días contados desde el siguiente al de su notificación, si residieren en el territorio del Estado, o de cuarenta días, si residieren en el exterior”.

hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado expresamente la autoridad demandada”.²⁶⁸

La excepción al principio de carga de la prueba lo constituía la facultad oficiosa atribuida al tribunal, de “ordenar de oficio la presentación de nuevas pruebas o la práctica de cualquier diligencia investigativa que juzgue necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad o para establecer la real situación impositiva de los sujetos pasivos” en el proceso contencioso tributario.^{269, 270}

Sobre la facultad de decretar prueba de oficio, así como la de aceptar y valorar pruebas presentadas de manera extemporánea, Álvaro Mejía Salazar considera que, con respecto a las disposiciones derogadas del Código Tributario por el COGEP, su fundamento “reside en la necesidad de que el juez realice la justicia”,²⁷¹ fin último del proceso, sin importar en el caso concreto a quién beneficia o perjudica su resolución.

Al respecto, añade que “la consecución de la verdad a través del proceso es el principio que permite al juez tributario la realización de actividades que si bien no resultan ordinarias para un juez dentro de un juicio, sí lo configuran como una autoridad cuya principal tarea es el resolver en justicia los conflictos de una materia como la fiscal, donde sensiblemente confluyen intereses públicos y privados”.²⁷²

²⁶⁸ *Ibid.*, art. 258. “Carga de la prueba. Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado expresamente la autoridad demandada, salvo aquellos que se presuman legalmente. Los hechos negativos deberán ser probados, cuando impliquen afirmación explícita o implícita, sobre la exención, extinción o modificación de la obligación tributaria”.

²⁶⁹ *Ibid.*, art. 262. “Facultad oficiosa del tribunal. La respectiva sala del tribunal podrá, en cualquier estado de la causa, y hasta antes de sentencia, ordenar de oficio la presentación de nuevas pruebas o la práctica de cualquier diligencia investigativa que juzgue necesaria para el mejor esclarecimiento de la verdad o para establecer la real situación impositiva de los sujetos pasivos, inclusive la exhibición o inspección de la contabilidad o de documentos de los obligados directos, responsables o terceros vinculados con la actividad económica de los demandantes. Los terceros que incumplieren la orden del tribunal serán sancionados por la respectiva sala con multa de veinte a cuarenta dólares de los Estados Unidos de América”.

²⁷⁰ Con respecto a la prueba de oficio prevista en ese artículo, ya derogado por el COGEP, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador estableció que: “el Tribunal de instancia, en esencia, a más de resolver las cuestiones que forman parte del controvertido, debe efectuar el control de legalidad de los antecedentes y fundamentos de la resolución o actos impugnados; para ello el Tribunal *a quo* puede actuar pruebas de oficio, y en general puede ordenar la práctica de diligencias investigativas para el esclarecimiento de la verdad o para establecer la real situación impositiva de los sujetos pasivos; inclusive puede hacer mérito de las pruebas presentadas extemporáneamente, para establecer presunciones conforme al citado artículo; pero todo esto es importante únicamente para efectuar el control de los actos y resoluciones de la administración, lo que de ninguna manera puede asimilarse a la aplicación del principio constitucional del *iura novit curia*, esto es, no se trata de cambiar los fundamentos fácticos de la acción contencioso tributaria ni las pretensiones del accionante, sino de garantizar una correcta aplicación del derecho”. Véase Resolución de 12 de enero de 2016, Recurso n.º 482-2014, 13.

²⁷¹ Álvaro R. Mejía-Salazar, “La prueba en el proceso contencioso ecuatoriano”, *Revista ICDT*, n.º 67 (2012): 85.

²⁷² *Ibid.*, 85.

De lo dicho, se puede afirmar que, en el derecho procesal no penal vigente en el Ecuador, no existe una contradicción irresoluble entre el sistema procesal inquisitivo y el sistema procesal dispositivo, o más bien entre los principios que rigen cada uno de esos sistemas, puesto que en realidad se trata de dos sistemas procesales que no coexisten en el tiempo, sino de que el sistema inquisitivo fue superado históricamente por el sistema dispositivo.

Por otra parte, el sistema procesal dispositivo incluye, además del principio dispositivo, otros principios procesales que permiten caracterizarlo con ciertas modulaciones que afectan a otros aspectos del proceso como lo relacionado con la carga de la prueba, la situación de las partes en el proceso, la prueba de oficio y la posición del juzgador.

Por eso, se consideró conveniente en el estudio del derecho procesal no penal vigente en el Ecuador, en lugar de hacer referencia al sistema procesal como un todo y denominarlo dispositivo, analizar el resto de los principios tanto de organización de la Función Judicial como del proceso propiamente dicho, para determinar si la prueba de oficio, como facultad excepcional atribuida al juez se acopla a la lógica que aquel plantea.

En términos históricos, en el derecho procesal ecuatoriano el principio dispositivo puede considerarse como de larga vigencia en la materia, ya que estaba incorporado y era practicado dentro de las coordenadas impuestas por la legislación procesal y la organización judicial, antes de que fuera elevado a rango constitucional en 1998.

De ello se deriva otra consecuencia importante, y es que junto al principio dispositivo se mantuvo siempre la prueba de oficio como corrección a las facultades de las partes para aportar pruebas al proceso. En todos los casos estaba configurada técnicamente como una facultad excepcional atribuida al juzgador que afecta al principio de carga de la prueba, pero no al principio dispositivo.

En este orden, en el capítulo siguiente corresponde estudiar la prueba como una de las instituciones del derecho procesal, especialmente lo relacionado con la carga de la prueba que pesa sobre las partes en el proceso, y la prueba de oficio como uno de los poderes del juez que incide directamente sobre el principio de aportación de partes en materia probatoria.

Dicho esto, si se toman en cuenta únicamente las facultades para iniciar e impulsar el proceso y la iniciativa probatoria, el COGEP podría estar configurando un sistema procesal mixto donde se conjugan la carga de la prueba que recae sobre las partes y la

facultad del juzgador para disponer, de oficio, la prueba que juzgue necesaria para el mejor esclarecimiento de los hechos.

Al analizar los principales sistemas procesales delineados por la doctrina y regulados en la legislación, se dijo que uno de los criterios fundamentales para su distinción radica en las facultades del juzgador con respecto a la iniciativa, producción y aportación de pruebas que deban valorarse en el proceso.

De conformidad con el principio inquisitivo, el juzgador puede participar de distintas maneras en la actividad probatoria, singularmente mediante la prueba de oficio o, según la doctrina más reciente, mediante la carga probatoria dinámica y la inversión de la carga de la prueba, utilizando para ello diferentes criterios teóricos, jurisprudenciales o legales.²⁷³

Por el contrario, según el principio dispositivo al juzgador le está vedado *prima facie* intervenir en la actividad probatoria, de modo que no debe ir más allá de la dirección formal del proceso y la garantía de los principios del debido proceso; quedando así a disposición de las partes un amplio margen de discrecionalidad, especialmente en relación con los medios de prueba.

Si se toma en cuenta que el sistema dispositivo es el estándar vigente en Iberoamérica, al menos en las materias no penales, lo que quede del sistema inquisitivo pudiera considerarse excepcional y residual.²⁷⁴

Ese criterio de distinción establece una relación de interdependencia entre la organización estructural y funcional del sistema judicial, en el que se regulan las competencias, facultades y atribuciones de los jueces y el diseño del sistema procesal dentro del cual aquéllos deben ejercer sus funciones.

Por esa razón, es muy difícil realizar con éxito una reforma del primero sin afectar el segundo, y en ambos casos la reforma remite a las normas y principios constitucionales que regulan la organización del Estado y la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos.

²⁷³ Las teorías de la carga probatoria dinámica y la inversión de la carga de la prueba serán analizadas en el segundo capítulo de esta investigación.

²⁷⁴ Un estudio sobre las principales tendencias en los “países ibero-luso-americanos” puede verse en Roberto Omar Berizonce, “El nuevo CPC brasileño: Hacia la efectivización de los derechos y garantías Fundamentales”, *Revista de Informação Legislativa*, n.º 190 (2011): 203-13. En el caso de Brasil, tema central de su trabajo, comenta el Código Procesal Civil de 2010, el que acoge entre otros el principio dispositivo en su artículo 2: “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

Un ejemplo de esa interdependencia entre Función Judicial y sistema procesal se puede constatar en el Ecuador después de la entrada en vigencia de la Constitución de 2008,²⁷⁵ con la que se realizó una radical transformación de la organización política²⁷⁶ que incluyó, por un lado, la reforma del sistema de administración de justicia²⁷⁷ y, por otro, la introducción del juicio por audiencias en todos los procesos,²⁷⁸ en reemplazo del proceso esencialmente escrito vigente hasta entonces y cuya reforma era un reclamo bastante común en la época,²⁷⁹ aunque ya desde la Constitución de 1998,²⁸⁰ como se indicó, se había comenzado un proceso paulatino en esa línea que no alcanzó a todas las ramas del derecho procesal.

La Constitución 2008, como se ha señalado, prescribe principios relativos a la administración de justicia como institución y a los jueces en tanto servidores públicos, en ambos casos correlativos con la función última de garantía y protección de los derechos de los ciudadanos y la realización de la justicia a través del sistema procesal, que define como su fin último.²⁸¹

²⁷⁵ Según opinión de Efrén Guerrero Salgado, “entre el 2007 y el 2011 el Ecuador asistió a una reforma del Estado de gran envergadura y una renovación a gran escala de todo el sistema jurídico, centrado en la Constitución del año 2008”. Efrén Guerrero Salgado, “Reforma judicial como prueba de la democracia delegativa en Ecuador: análisis institucional y comportamiento de la función ejecutiva”, *Cálamo: Revista de Estudios Jurídicos* n.º 4 (2015), 71.

²⁷⁶ “La transformación que el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha experimentado a partir de 2008 es radical. La Constitución de la República de 2008, significó un cambio sustancial en la estructura del Estado. Y la administración de justicia no podía ser la excepción”. Aguirre Guzmán, “Líneas para un proceso de reforma”, 113-30.

²⁷⁷ Luis Pásara, *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana* (Lima: Fundación para el Debido Proceso/Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad/Instituto de Defensa Legal, 2014); Luis Pásara, “La justicia ecuatoriana en tiempos de cambio. La designación de jueces de la Corte Nacional en 2017” (Washington D.C: Fundación para el Debido Proceso, 2018); Fernando Ávila Linzán, “Transformación y (des) transformación de la justicia en Ecuador: Aportes a la revolución de la justicia en Bolivia”, 12 de julio de 2018, <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/1818/1/transformacion%20y%20destransformacion%20de%20la%20justicia%20en%20Ecuador%2016%20nov%202015.pdf>; Santiago Andrade y Luis Fernando Ávila Linzán, eds., *La Transformación de la Justicia* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009); María Paula Romo, “Justicia y Sociedad Civil”, 104-7. Desde el punto de vista institucional, un breve análisis de las reformas al sistema judicial ecuatoriano puede verse en Néstor Arbito Chica, “Los cambios de la justicia ecuatoriana”, *Aportes. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal* n.º 11 (2009), 2-4.

²⁷⁸ Juan Falconi Puig, “Oralidad en el proceso”, en *Juicios orales: La reforma judicial en Iberoamérica: Homenaje al Maestro Cipriano Gómez Lara*, coords. Eduardo Ferrer McGregor y Alberto Said Ramírez (México: UNAM / Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2013), 191-211.

²⁷⁹ Andrade Ubidia, “Hace falta una nueva Ley Orgánica”, 87-108; Aguirre Guzmán, “Líneas para un proceso de reforma”, 113-30.

²⁸⁰ En la disposición final Vigésima séptima de aquella Constitución se establecía que: “La implantación del sistema oral se llevará a efecto en el plazo de cuatro años, para lo cual el Congreso Nacional reformará las leyes necesarias y la Función Judicial adecuará las dependencias e instalaciones para adaptarlas al nuevo sistema”.

²⁸¹ Un estudio teórico sobre los principios procesales y su reconocimiento constitucional, así como sus derivaciones al interior del ordenamiento jurídico procesal puede verse en Jaime Greif, “Principios

5. Conclusiones parciales del capítulo

En este capítulo hemos presentado un análisis exhaustivo de las cuestiones más importantes relativas a los sistemas procesales y su relación con la iniciativa probatoria de las partes en un sistema procesal netamente dispositivo como el vigente en el Ecuador. Los referidos sistemas son, por un lado, el inquisitivo, considerado vigente en gran parte de la doctrina y la legislación procesal hasta mediados del siglo XVIII y consolidado definitivamente durante el siglo XIX, cuya característica sobresaliente, en relación con el proceso y la prueba, es que el juzgador podía dar inicio a éste de oficio e introducir al proceso los medios de prueba que considerara oportunos; por otro lado, se encuentra el sistema dispositivo, donde tanto el inicio del proceso como la proposición de los medios de prueba que fundamentan las pretensiones y excepciones de la partes corresponde a éstas y no al juzgador.

Sin embargo, una de las primeras confusiones despejadas en este capítulo, es que el sistema inquisitivo y el sistema dispositivo no han coexistido en el tiempo como parece desprenderse de la doctrina consultada, en la cual ambos se presentan como sistema opuestos o incompatibles *vigentes en un mismo tiempo y espacio*, cuando en realidad se trata de dos sistemas que han aparecido en la doctrina y en la legislación en un orden cronológico, siendo primero el inquisitivo que dio paso al dispositivo. Por tanto, lo que aparece presentado como una oposición histórica es en realidad una contradicción teórica, puesto que no se ha podido acreditar hasta el presente que, en un mismo ordenamiento jurídico vigente, un proceso de la misma materia se pueda realizar a la vez siguiendo ambos sistemas procesales, que resultan incompatibles cuando se contrastan tomando como criterios la iniciativa probatoria.

La segunda cuestión importante es que la sucesión cronológica entre ambos sistemas no implicó una sustitución completa del inquisitivo por el dispositivo, sino que éste ha conservado algunos elementos básicos del primero, el más importante de ellos es precisamente la posibilidad que deja abierta al juzgador para que, sin perjuicio de la carga de la prueba que corresponde a las partes, introducir en el proceso, de oficio, la prueba que considere necesaria para un mejor esclarecimiento de los hechos controvertidos. Así, la prueba para mejor resolver prevista en el artículo 168 del COGEP puede ser entendida

constitucionales del proceso”, Ángel Landoni Sosa y Santiago Pereira Campos, *Estudios de Derecho Procesal: En homenaje a Eduardo J. Couture* (Uruguay: La Ley, 2017), 147-82.

como un elemento del sistema inquisitivo insertado en el sistema dispositivo, y como tal es interpretada en esta investigación.

Estas conclusiones permiten hacer un análisis para determinar cómo hacer compatibles los principios de la administración de justicia y la función judicial previstos en el COFJ, con la prueba para mejor resolver, entendida como una facultad discrecional del juzgador, en virtud de la cual puede introducir al proceso pruebas no anunciadas o solicitadas por las partes, una facultad cuyo ejercicio podría afectar varios de los principios mencionados, así como ciertos derechos de las partes, especialmente el derecho a contradecir la prueba presentada y producida en audiencia, lo cual no es posible respecto de la prueba introducida de oficio por el juzgador. No obstante, en ese nivel de análisis la oposición no se presenta entre el sistema inquisitivo y el sistema dispositivo como totalidad, sino entre el principio inquisitivo (el juzgador puede decretar prueba para mejor resolver), y el principio de carga de la prueba (corresponde a las partes probar los hechos y afirmaciones que alegan), del cual la prueba de oficio constituye una excepción.

Finalmente, interesa señalar que se estudiaron los sistemas inquisitivos y dispositivos en el marco de los procesos no penales, tal como se definen en el artículo 1 del COGEP, por lo que en términos lingüísticos lo correcto sería referirse a la oposición entre *sistema oficioso* y *sistema dispositivo* que aplica a los procesos no penales, y a la oposición entre *sistema inquisitivo* y *sistema acusatorio* propia del derecho procesal penal. Sin embargo, hemos preferido seguir la terminología utilizada en los estudios de derecho procesal sobre el tema y presentar la oposición sistémica entre lo inquisitivo y lo dispositivo, no sin antes hacer la anterior aclaración y utilizar la diferencia señalada cuando es necesario para marcar la singularidad de cada tipo de proceso.

Capítulo segundo

La prueba como institución del derecho procesal: la prueba de oficio

En este capítulo se analiza la prueba como institución del derecho procesal, los principios que deben regir la actividad probatoria y la prueba de oficio como excepción al principio de carga de la prueba, tanto en la doctrina como en el derecho comparado. Asimismo, se analizan los conceptos de carga probatoria dinámica e inversión de la carga de la prueba, como excepciones al principio clásico, de conformidad con el cual quien alega debe probar en juicio.

1. La prueba

Ya se ha dicho en el capítulo anterior que todo el conocimiento jurídico tanto sustantivo como procesal, legal y doctrinal se puede organizar de manera sistemática en torno a los llamados conceptos jurídicos fundamentales,²⁸² lo que permite una mejor enseñanza, práctica y estudio de las instituciones jurídicas de cualquier materia.

Esos conceptos son fundamentales porque están en la base del conocimiento jurídico y su presencia se advierte en cualquier ámbito teórico o práctico del derecho, incluyendo la doctrina y la jurisprudencia; van desde un plano abstracto en construcciones propias de la Filosofía del derecho hasta en una resolución judicial; a ellos pertenecen conceptos básicos como autoridad, derechos, deberes, obligaciones, facultades, poderes y atribuciones, entre otros.²⁸³

Hay otros conceptos o instituciones más específicas como la propiedad, los bienes muebles o inmuebles, la herencia, los herederos, la familia en el plano sustantivo, y en el plano procesal nociones como las de prueba, medio de prueba, testigos, interrogatorio o motivación, todos ellos objetos de análisis en el presente capítulo.

El análisis precedente es relevante en este análisis porque permite ubicar los conceptos generales sobre la prueba en el contexto que le es propio, ya que en la materia muchas de las ideas, concepciones y prácticas tienen un considerable grado de abstracción y, consecuentemente, de ambigüedad, lo que implica un uso no siempre riguroso por los

²⁸² W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales* (México: Distribuciones Fontamara, 2009).

²⁸³ José Manuel Lastra Lastra, "Conceptos jurídicos fundamentales", en *Liber ad Honorem Sergio García Ramírez* (México, UNAM, tomo I, 1998), 399-420.

teóricos del derecho y sobre todo por los profesionales del derecho en general y de los jueces y abogados en particular. En especial con respecto a la prueba, en su sentido más general, cabe señalar que constituye un elemento sustancial para que las partes procesales puedan defender sus derechos en el juicio y cumplir con sus obligaciones procesales bajo los principios del sistema procesal antes analizados.

1.1. Cuestiones metodológicas y epistemológicas

La coherencia y corrección de los resultados derivados de un estudio sistemático se miden y valoran de acuerdo a los métodos de investigación utilizados y la forma de exponerlos, lo que asegura entre otras cosas la objetividad del investigador, la posibilidad de que dichos resultados sean controlables intersubjetivamente,²⁸⁴ y la pertinencia de su posible aplicación práctica al campo de investigación considerado relevante en la investigación.

Esa necesidad exige al investigador exponer el sustrato epistemológico que guía su trabajo y los métodos que considera más adecuados para alcanzar sus objetivos, puesto que de otra manera no sería posible a los potenciales lectores, investigadores o evaluadores que se interesen por el tema, verificar si existe coherencia entre los objetivos anunciados, los métodos de investigación utilizados y los resultados obtenidos.

Es por esa razón que en este epígrafe se hace una breve explicación al respecto, con la finalidad de demostrar los presupuestos epistemológicos y los métodos de investigación y exposición utilizados, sobre todo porque se pretende analizar gran cantidad de datos e información cuyo tratamiento sistemático aconseja el empleo de criterios de comparación y tablas comparativas con pretensiones de exhaustividad, método este último que no es muy frecuente en las investigaciones de dogmática jurídica.²⁸⁵

²⁸⁴ Lorena Cruz-Garcette, Graciela Martins De Abreu-Ballester y Lía Stella Brandi-Bruna, “La relación intersubjetiva en la construcción del conocimiento”, *Magis: Revista Internacional de Investigación en Educación*, n.º 7 (2014): 85-98. También desde la perspectiva de la comunicación intersubjetiva puede verse Marta Rizo García, “Comunicación interpersonal y comunicación intersubjetiva. Algunas claves teóricas y conceptuales para su comprensión”, *Anuario Electrónico de Estudios en Comunicación Social Disertaciones*, n.º 2 (2014): 8-31.

²⁸⁵ Sobre la utilización de tablas comparativas en las investigaciones de dogmática jurídica y análisis documental puede verse Yoel Carrillo García, “Calidad de las leyes. Algunos puntos críticos”, *Legislação*, n.º 52 (2010): 5-41. Según el autor “La utilización de tablas, que son instrumento para la recogida y sistematización de la información, es también poco usual en los estudios teóricos; ese recurso se justifica aquí porque permite incluir en un texto relativamente breve una gran cantidad de información que sirve de soporte a las reflexiones que se derivan de ella, y porque podrían servir como incentivo a la

Metodológicamente, la exposición se desarrolla de acuerdo al siguiente procedimiento. Primero se analizan las cuestiones teóricas relacionadas con la prueba, que incluyen la sistematización de diferentes conceptualizaciones y definiciones de esa institución del derecho procesal, como es usual en los estudios de dogmática jurídica.

Sin embargo, en lugar de aglutinar citas textuales y referencias de diversos autores clásicos y contemporáneos de reconocida solvencia académica y científica, se realiza una aproximación conceptual que consideramos más apropiada a nuestro propósito, y consiste en utilizar diferentes formas de definición delineadas en los estudios de Filosofía del derecho y dogmática jurídica, para luego seleccionar de entre varias, las que se ajustan a la clase particular que se analiza, y hacerlo a través de ejemplos concretos extraídos de la doctrina o la legislación vigente o derogada, pero en cualquier caso se trata de definiciones paradigmáticas.

Una vez cumplida esa etapa de la investigación, destinada a fijar el marco teórico y el contexto general del estudio, se descompone la institución jurídica de la prueba en varios de sus elementos más significativos, para determinar sus características fundamentales, los principios que la rigen, algunas excepciones a esos principios y las cuestiones relativas al objeto de la prueba, medios de prueba y los elementos de convicción.

Se estudia la prueba no como categoría o institución general, sino solamente aquellos aspectos relevantes para nuestro análisis, y por ello se hace énfasis en las características que relacionan la prueba con los sistemas procesales inquisitivo y dispositivo y la prueba de oficio, lo que justifica que se dejen de lado algunos aspectos de dicha institución que, si bien podrían ser cardinales para un estudio sobre la dogmática general de la prueba, no lo son tanto dentro del marco teórico de esta investigación.

Todo ese análisis previo permite situar a la prueba de oficio en el mapa conceptual de la prueba como categoría genérica, dentro de la cual se estudia la prueba de oficio, para cuyo análisis y exposición se utilizan los criterios de comparación y las tablas comparativas mencionadas anteriormente, y que fueron diseñadas de acuerdo a los objetivos de la presente investigación.

realización de nuevas investigaciones que tomen como centro de atención un grupo más reducido o de elementos o cada uno de ellos por separado”. Yoel Carrillo García, “Calidad de las leyes: Algunos puntos críticos”, *Legislação*, n.º 52 (2010): 5.

Respecto de la utilización de método de estudio jurídico comparado conviene precisar lo siguiente.²⁸⁶ El método de derecho comparado puede utilizarse desde diferentes perspectivas según las necesidades del investigador y los objetivos propuestos, y puede hacerse tanto con normas vigentes en diferentes países como con una sucesión de leyes sobre una materia o institución dentro de un mismo ordenamiento jurídico nacional.

En este caso se utiliza primero para realizar un estudio de la prueba de oficio en un sector de la legislación vigente en Bolivia, Uruguay y Perú, aplicable a la materia contencioso tributaria, con el propósito de identificar y sistematizar las principales semejanzas y diferencias en la construcción técnico-legislativa de la institución, así como extraer conclusiones generales respecto a su relevancia en cuanto a la posición del juzgador con relación a la prueba, la actividad probatoria y las partes dentro del proceso.

La selección de esos cuerpos legales para el estudio comparado, si bien puede parecer arbitraria, responde a criterios básicos:²⁸⁷

- a) Pertenecen a una misma área geográfica, es decir a la región suramericana.
- b) Comparten unas mismas tradiciones jurídicas porque fueron colonias españolas, acopladas en esa condición a similar sistema jurídico.
- c) Pertenecen al sistema jurídico romano francés, por lo que en materia de técnica legislativa son relativamente similares en cuanto a la construcción de las instituciones jurídicas.²⁸⁸
- d) Sus respectivos códigos tienen una distancia temporal suficiente como considerar que puede haber influencias mutuas al respecto, visto de manera retrospectiva.

El mismo método jurídico comparado es utilizado con objeto y propósito distinto en una segunda parte de la investigación.

En esa oportunidad se analiza la prueba de oficio desde la perspectiva de la dinámica legislativa ecuatoriana,²⁸⁹ para lo cual se toman como objeto de estudio las

²⁸⁶ Sobre la pertinencia del método de derecho comparado en este estudio puede verse Carlos Manuel Villabella Armengol, *Metodología de la Investigación Socio Jurídica* (La Habana: Editorial Félix Varela, 2012), 96-100. Sin embargo, ningún estudio sobre el tema debería dejar pasar por alto el análisis del libro clásico del Derecho comparado de René David y Camille Jauffret-Spinozi, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 26.ª ed. (México: UNAM, 2010), 12-45.

²⁸⁷ Un estudio sobre la selección de criterios para realizar un estudio comparado puede verse en Adrián Mancera Cota, “Consideraciones durante el proceso comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* n.º 121 (2008): 213-43.

²⁸⁸ Jaime Lluís y Navas, “Los principios del derecho en los sistemas romano-germánicos (Estudio comparativo)”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 4 (2014): 637-58.

²⁸⁹ Sobre el concepto de dinámica legislativa y su importancia para la construcción normativas de las instituciones jurídicas puede verse Héctor Pérez Bourbon, *Manual de técnica legislativa* (Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2007), 34. “La dinámica legislativa apunta a asegurar la correcta inserción en

disposiciones jurídicas de carácter procesal derogadas por el COGEP al momento de su entrada en vigencia, con la finalidad de verificar las diferencias y semejanzas entre la legislación derogada o modificada y la ley posterior, y valorar en qué medida redujo apropiadamente la diversidad a la unidad y mantuvo las características esenciales de la prueba de oficio en un solo cuerpo legal aplicable a materias diversas.

Finalmente, la comparación se realiza de manera retrospectiva, entre el texto del COGEP aprobado por la Asamblea Nacional y dos de los proyectos presentados para su debate en el pleno, en el que se pueden advertir algunas diferencias importantes que se fueron incorporando o eliminando en el proceso de discusión previo a la aprobación del texto vigente, lo que permite apreciar el trabajo de detalle y estilo que se realizó en su configuración jurídica.

En cada una de las diferentes aplicaciones del método jurídico comparado se definen los criterios de comparación, el objeto a comparar y los resultados obtenidos, a partir de los cuales se hace un análisis exhaustivo de la regulación de la prueba de oficio, sus características y límites, y su relación con las respectivas posiciones de las partes y el juzgador respecto de la prueba y la actividad probatoria.

En ese contexto, las tablas comparativas no son meros apéndices o complementos que se puedan dejar de lado, sino que son parte esencial de la investigación y por tanto se incluyen en su lugar correspondiente en el texto, y no como información secundaria en la parte final destinada a los anexos, puesto que de otra manera se le restaría sistematicidad a la exposición.

Una precisión adicional, esta vez de carácter terminológico. En la dogmática procesalista y en la legislación suelen utilizarse indistintamente las expresiones prueba de oficio, prueba para mejor proveer, prueba para mejor resolver, entre otras aparentemente análogas.

Como en nuestra opinión, cada una de esas expresiones puede tener una connotación distinta, utilizaremos ordinariamente la más usual que es prueba de oficio; pero cuando se trate de una cita textual o de la legislación positiva, se utilizará la que aparezca como tal en su texto.

el orden jurídico de las normas contenidas en la ley que estamos elaborando. La sanción de una nueva ley implicará, necesariamente, una adecuación en el orden jurídico vigente a ese momento: deberán modificarse o derogarse otras normas. Un correcto manejo de las reglas referidas a la dinámica legislativa permite una mayor certeza en cuanto a cuáles son las normas que mantienen su vigencia y cuáles las que la han perdido". Héctor Pérez Bourbon, *Manual de técnica legislativa* (Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2007), 34.

En el caso del Ecuador, y cuando se trate del COGEP, se utilizará siempre prueba para mejor resolver que es la denominación utilizada en su artículo 168.

1.2. Aspectos doctrinales sobre la prueba

Una aproximación teórica exhaustiva de la prueba requiere responder al menos a cinco cuestiones básicas: “¿Qué es la prueba? ¿Qué se prueba? ¿Con qué se prueba? ¿Quién prueba? y ¿Cómo se valora la prueba?”²⁹⁰ Cada una de esas cuestiones será abordada en este capítulo únicamente en lo que se relaciona con el principio inquisitivo, dispositivo y la prueba de oficio, todo lo cual define la posición de las partes y del juzgador con respecto a la actividad probatoria y los poderes de este último.

La prueba puede ser examinada desde diversas perspectivas: para el dogmático es una institución del derecho procesal, para el abogado o fiscal es un medio para acreditar sus respectivas peticiones y excepciones, y para el legislador es la figura en torno a la cual se construye el proceso judicial en su mayor parte. Evidentemente esta última es su función básica y alrededor de ella se construye el análisis exhaustivo y pormenorizado que se presenta en el contenido de este capítulo. Caba aclarar que no siempre existe coincidencias entre las diferentes perspectivas mencionadas; singularmente se puede afirmar que no necesariamente debe haber coincidencias entre los postulados básicos de la dogmática y la técnica jurídica empleada para su diseño legal, pero el camino a seguir es el del consenso más que el de la discordia.

En esta parte del estudio se desarrolla el contenido de ambas cosas: primero, de los elementos fundamentales de la prueba en la dogmática jurídica; y segundo, de su construcción normativa en el COGEP. Para continuar adecuadamente el hilo conductor de la investigación y su exposición, es importante retomar algo de lo expuesto en el capítulo primero respecto de la relación entre los sistemas procesales y la prueba.

A nivel teórico, uno de los *test* para evaluar si un determinado sistema procesal es inquisitivo o dispositivo, o si predomina en el uno u otro principio, es dimensionar la prueba como institución jurídica, o más precisamente la relación que dentro de dicho sistema se establece entre las partes en el proceso, por un lado, y por otro entre cada una de ellas y el órgano jurisdiccional.

²⁹⁰ Xavier Abel Lluch, *Derecho probatorio* (Barcelona: José María Bosch Editor, 2012), 17-20.

Tanto en la práctica jurídica como en la doctrina del derecho procesal la prueba es el centro por donde pasar diferentes instituciones, principios y derechos y facultades de las partes al interior del proceso, por lo que se convierte en un nudo crítico²⁹¹ en el que convergen los intereses y derechos de las partes en cuanto a su confirmación o rechazo por el juzgador luego de producida la prueba en la audiencia. Desde una perspectiva teórica, la prueba es un medio para alcanzar determinados fines; es decir, es el vehículo a través del cual las partes trasladan al juez los argumentos necesarios para decidir en uno u otro sentido.²⁹²

Un estudio analítico de los conceptos jurídicos fundamentales relacionados con la prueba debería servir para responder las preguntas planteadas al inicio en torno a la prueba como institución jurídica, tanto desde la perspectiva de su configuración normativa y doctrinal hasta su dinámica dentro del proceso judicial sistemático como dinámico. En su construcción normativa es relevante a los fines de esta investigación los elementos constitutivos de la prueba, sus clasificaciones y los principios que deben presidir su práctica en la audiencia; es su dinámica es necesario resaltar la finalidad de la prueba, su función respecto a los derechos e intereses de los contendientes y el derecho probar y a contradecir la prueba presentada por la contraparte.

Entre tantas posibilidades de análisis y reflexión nos limitaremos aquí principalmente a las cuestiones dinámicas, a los efectos de identificar las relaciones que se pueden establecer entre la prueba como institución del derecho procesal y los principios inquisitivo y dispositivo, para finalmente valorar en qué medida la atribución de poderes o facultades relativas a la actividad probatoria al órgano jurisdiccional contribuye a la materialización de los mencionados principios.

Respecto de las cuestiones conceptuales, en las fuentes teóricas consultadas existe una gran diversidad de enfoques y concepciones sobre la prueba, en los estudios de derecho relativos al proceso es posible encontrar una infinidad de definiciones y análisis acerca de la prueba, lo que varía en función del marco normativo en que se inserta, los intereses de cada autor o la doctrina concreta a la que se acoge cada uno. En razón de esa

²⁹¹ “Los múltiples problemas que genera la interpretación de las normas, que disciplinan la prueba y su importancia práctica, provocan que el tema de la prueba alcance la categoría de tema fundamental del Derecho Procesal”. Véase José Bonet Navarro, “Algunos problemas concretos”, 1.

²⁹² Hasta tal punto la prueba constituye un elemento central del proceso judicial, que algunos autores utilizan la expresión Derecho probatorio al parecer como una “rama” del Derecho; al respecto puede verse Nattan Nisimblat, *Derecho probatorio, principios y medios de prueba en particular actualizado con la Ley 1395 de 2010 y la Ley 1437 de 2011* (Colombia: Universidad Católica, 2012). En el mismo sentido usa la expresión *Derecho probatorio* Luis A. Acosta Vásquez, “Diferencias entre medio, fuente y objeto de la prueba”, *Cuestiones Jurídicas* n.º 2 (2007), 54.

diversidad, desde nuestro punto de vista nos parece que en lugar de acumular referencias habrá que examinar las principales vertientes para dar consistencia al análisis tanto más, siguiendo a Herbert Hart, cuando afirma que una exposición no plagada de citas de otros autores “puede desalentar la creencia de que un libro de teoría general del derecho es, por sobre todo, una obra en la que uno se informa sobre el contenido de otros libros”.²⁹³

1.3. Definiciones de la prueba

En esta parte contamos con definiciones de prueba que pueden ser tomadas como representativas y sus respectivos ejemplos, y a partir de ellas promover el análisis. La finalidad de esta forma de exponer el tema es poner de manifiesto que, si bien existe una gran variedad de definiciones, en todas ellas es posible identificar unos elementos comunes que se refieren tanto a su construcción normativa como a su función dinámica dentro del proceso.

Hablamos en primer lugar de las definiciones lexicográficas, que son aquellas que aparecen en cualquier diccionario,²⁹⁴ para nuestro caso los diccionarios jurídicos, entre los que preferimos recurrir a dos clásicos bien conocidos en el ámbito iberoamericano. Como ejemplos de definiciones lexicográficas del término prueba en sentido estricto se pueden considerar las siguientes:

Conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas.²⁹⁵ Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho.²⁹⁶

En relación con esos ejemplos de definiciones lexicográficas es importante señalar lo siguiente: en las dos definiciones se coloca el énfasis en la función de la prueba, que es demostrar la verdad o falsedad del dicho de las partes procesales, ya sean hechos relativos a la existencia de una cosa, una obligación o un derecho subjetivo que se reclama ante el juez. En los casos, asimismo, la prueba tiene un carácter instrumental, en el sentido de que es un medio para que las partes trasladen al juez sus peticiones y los fundamentos

²⁹³ Herbert Hart, *El concepto de Derecho*, xii.

²⁹⁴ Antonio Garrido y Salvador Montesa, “La definición lexicográfica. selección y modificación”, *ASELE*, Actas IV (1994), 571-81.

²⁹⁵ Ossorio, “Diccionario”, 791.

²⁹⁶ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, t. 6 (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1984), 497.

que las acompañan; respecto de esa finalidad, la prueba constituye un medio, que en este caso sería demostrar lo que afirma o niega, y obtener una resolución judicial favorable.

Un segundo tipo de definiciones recibe el nombre de *analíticas*.²⁹⁷ Ejemplos de definiciones analíticas de la prueba son los siguientes:

La prueba es todo aquello que nos sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición.²⁹⁸

La prueba es un intento de conseguir el convencimiento psicológico del juez con respecto a la existencia, la veracidad o falsedad de los datos mismos.²⁹⁹

La prueba es todo motivo o razón aportada al proceso por los medios y procedimiento aceptados por la ley, para llevarle al Juez el convencimiento o la certeza de los hechos.³⁰⁰

Este tipo de definiciones analíticas son las más comunes en las ciencias jurídicas, una de cuyas funciones es precisamente el esclarecimiento de los conceptos y el lenguaje jurídico, “ya que en virtud de ellas se comunica la mayor parte del conocimiento jurídico y se establece el mapa conceptual de las ciencias del derecho.”³⁰¹ Su cualidad mayor radica en que generalmente incluyen los elementos principales del término definido, por ello si la definición es correcta pueden ser intercambiables la definición y lo definido,³⁰² como sucede en el caso de las definiciones lexicográficas ya analizadas.³⁰³

Las definiciones citadas textualmente tienen en común los siguientes rasgos básicos: su punto de referencia son la verdad o por lo menos la certeza que se debería alcanzar mediante la producción de la prueba en la audiencia oral y contradictoria; por ello, su contexto natural es un proceso judicial donde las partes presentan y defienden sus

²⁹⁷ Una definición analítica es aquella en la que se identifican los elementos constitutivos de lo que se define. Juan Ramón Capella, “Notas sobre la definición legal”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º X (1963): 37-50. “La definición puede ser analítica, si se trata de un concepto ya dado, realizándose entonces por indicación de todas sus partes para conocer su ‘contenido’ (otros conceptos), o bien sintética, formándose un concepto nuevo por indicación de sus partes integrantes”.

²⁹⁸ Jeremías Bentham, *Tratado de las Pruebas Judiciales* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959), 192.

²⁹⁹ Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1977), 65.

³⁰⁰ Hernando Devis Echandía, *Compendio de la prueba judicial*, t. 1 anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000), 23.

³⁰¹ Véase como ejemplo el *Tesoro jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Vocabulario controlado y estructurado* (CSJN: México, 2014), 45.

³⁰² Manuel Atienza, “Introducción al Derecho”, 9.

³⁰³ Por ejemplo, la *Litis contestatio* es una expresión del Derecho romano clásico. Es definida como *Litigio contestado. Apertura del proceso cuando se ha deducido demanda y contestación*. Nelson Nicolliello, *Diccionario del latín jurídico* (Buenos Aires: Euros Editores, 2004), 252. Si la definición es correcta, donde quiera que aparezca la expresión *Litis contestatio* podrá ser sustituida por aquella.

respectivas posturas contradictorias,³⁰⁴ con lo cual se busca llevar al juzgador al grado de convicción necesario para decidir en uno u otro sentido.

En correspondencia con ese contexto particular donde cobra su sentido la prueba, algunos autores se refieren a la misma como *prueba judicial*, puesto que el concepto general de prueba es aplicable a una infinidad de contextos, jurídicos o no, que no presuponen un proceso judicial. Por esa razón la profesora Marina Gascón Abellán, prefiere utilizar la expresión “prueba judicial”, de la que afirma que “se endereza a comprobar la verdad o falsedad de afirmaciones sobre hechos relevantes para la causa”.³⁰⁵

Finalmente, existe una forma de definir los conceptos jurídicos que es de la mayor relevancia por la autoridad que la realiza; se trata de la definición legislativa que es. Como su nombre lo indica, la efectuada por el legislador; esta se define como aquella “que hace el legislador de algunos términos del lenguaje común para precisar su significado en el lenguaje legal; en la teoría del derecho se discute si una definición de ese tipo constituye una norma o una guía para la interpretación de normas”.³⁰⁶

Ejemplos de definición legislativa son los siguientes:

Artículo 125. Las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes. Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presentes deberán suministrar al juzgador, los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos.³⁰⁷

Artículo 16. Hecho generador. Se entiende por hecho generador al presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo.³⁰⁸

En este caso se trata de definiciones hechas por el legislador, y como tal son parte de la disposición normativa que las contiene. Una definición legislativa más clara es la citada del Código Tributario. Para la administración tributaria o los contribuyentes saber

³⁰⁴ Marina Gascón Abellán, “Los hechos en el derecho”, *Seminario Los hechos en el derecho, Bases argumentales de la prueba* (México: Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003), 32. En el mismo sentido puede verse Matheus López, Carlos Alberto, “Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba”, *Revista de Derecho* 14 (2003): 176.

³⁰⁵ *Ibíd.*, 176.

³⁰⁶ Josep Aguiló Regla, “Sobre definiciones y normas”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 8 (1990): 279.

³⁰⁷ Artículo citado del derogado *Código de Procedimiento Civil de la República del Ecuador*, Codificación n.º 000, Registro Oficial 67, Suplemento, 18 de mayo de 1987.

³⁰⁸ Ecuador, *Código Tributario*, Registro Oficial 38, Suplemento, 14 de junio de 2005, con sucesivas modificaciones, Codificación n.º 2005-09.

si ha nacido una obligación de pagar algún impuesto, tasa o contribución al erario público, debe verificarse si se ha producido el hecho definido en esa norma.

La importancia de la definición legal radica en que la expresión “hecho generador” puede ser utilizada en otros contextos, jurídicos o no, con significados diversos al previsto en la norma, pero a los efectos de determinar si existe o no una obligación tributaria, ésta es la única que cuenta.

A diferencia de las definiciones lexicográficas o analíticas, las definiciones legislativas “tienen carácter vinculante para todos los que usan o aplican el derecho vigente, creando así la obligación de utilizar los términos con el sentido definido por el legislador”,³⁰⁹ sobre todo cuando esos términos y su definición está en la parte normativa de la ley, lo que puede resultar discutible si se encuentra fuera de él, como en un glosario, por ejemplo.³¹⁰

Por último, interesa destacar que los diferentes tipos de definiciones se hacen con base en criterios sustancialmente distintos. Así, mientras las dos primeras se refieren al contenido y estructura de la definición de prueba o a sus objetivos, la definición legislativa se distingue por el lugar donde puede ser ubicada, es decir, en un texto legal, así como por su carácter jurídicamente vinculante del que carecen las dos primeras.

De manera que, tanto una definición lexicográfica como una analítica pueden encontrarse perfectamente en la parte normativa de un texto legal. De ahí que sea posible afirmar que las definiciones legislativas pueden ser, a la vez, lexicográficas o analíticas, algo que interesa subrayar porque se relaciona con la forma en que se configura la institución jurídica de la prueba en el COGEP que será analizada enseguida.

1.4. La prueba en el COGEP

El propósito de este apartado es contrastar algunas de las precisiones conceptuales anteriores con la institución jurídica de la prueba, tal como fue diseñada por el legislador en el COGEP. Sin embargo, no interesa describir o explicar cada uno de sus artículos relativos a la prueba, estudio exegético que por otra parte ya ha sido hecho por un jurista

³⁰⁹ Aguiló Regla, “Sobre definiciones”, 275.

³¹⁰ En la legislación ecuatoriana reciente puede verse un glosario de términos, fuera del contenido normativo, en el Código Orgánico del Ambiente (Registro Oficial 983, Suplemento, 12 de abril de 2017), que lo incorpora al final del texto.

ecuatoriano,³¹¹ sino únicamente aquellos que pudieran relacionarse con la prueba de oficio y los poderes del juzgador para decretarla.

En su artículo 158 el citado cuerpo legal tiene como contenido el objetivo y finalidad de la prueba; al efecto dispone que “la prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos”.³¹²

Lo primero que llama la atención es que no se trata de una definición de la prueba en ninguno de los sentidos explicados anteriormente. No es una definición lexicográfica, ni analítica. Tampoco legislativa. En síntesis, no expresa cómo debe entenderse el término prueba en su contexto normativo.

Esa falta de definición de la institución no es en sí misma una falencia, o un error de técnica legislativa, puesto que en última instancia una ley está diseñada bajo el presupuesto de ordenar antes que explicar, y de que su contenido es sintético y no analítico, razón por la cual lo que sea la prueba en el COGEP, si es que fuera precisa una definición, deberá conseguirse a través de su interpretación sistemática.³¹³

No obstante, un posible significado implícito en la norma que comentamos apunta a su finalidad. No se define qué sea la prueba, pero sí para qué debe servir,³¹⁴ esto es, para “llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos.” Si la prueba, cualquiera que sea su definición tipos o contenidos, no se ajusta a ese propósito, muy difícilmente podría ser tomada como tal en el contexto del COGEP.

La definición implícita no pretende responder qué es la prueba, tarea de la que bien puede ocuparse y de hecho se ocupa la dogmática jurídica,³¹⁵ sino a la otra pregunta más importante que versa sobre qué debe alcanzarse una vez producida la prueba en juicio, o cuáles deben ser los criterios para determinar la utilidad, pertinencia y

³¹¹ Carlos Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba en el COGEP* (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017).

³¹² Ecuador, COGEP, art. 158. “Finalidad de la prueba. La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos”.

³¹³ Un texto clásico sobre las diferencias entre la ley y la doctrina, la primera sintética y la segunda analítica, puede verse en Gustav Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (México: Fondo de Cultura Económica, 1955), 134; Un estudio reciente en Yoel Carrillo García, “Sobre la escritura jurídica”, *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 53 (2008): 61-83.

³¹⁴ Una definición de prueba que incluye tanto lo que es como su finalidad es, por ejemplo, la de Lino Enrique Palacio, según la cual “la prueba es la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios establecidos por la ley, y tendiente a crear la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o defensas”. Véase Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho procesal civil* (Buenos Aires: Lexis-Nexis / Abeledo Perrot, 2003), 392.

³¹⁵ Algo que, por ejemplo, no hizo el citado Carlos Ramírez Romero en su libro, que al parecer asume como no problemático ese concepto para realizar su exposición.

conducencia de los medios de prueba, lo cual corresponde decidir al juzgador antes de calificar la demanda.

El segundo aspecto que interesa resaltar de la construcción normativa de la prueba en el COGEP es lo referido a la oportunidad de presentar las pruebas. Al respecto el artículo 59³¹⁶ dispone que “la prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue posible se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, salvo disposición en contrario”. Después de esa oportunidad, sólo se podrá solicitar prueba nueva de acuerdo con los requisitos exigidos en el artículo 166.³¹⁷

Fuera de esas dos oportunidades, las partes no podrán solicitar la introducción de otros medios de prueba, aunque estuvieran relacionados directamente con el proceso. Sobre el contenido de ambos artículos, al parecer el legislador incurre en una confusión que parece resuelta en la doctrina procesalista.

Se trata de la distinción entre la *prueba en sentido estricto* y los *medios de prueba* y Los primeros sólo tendrían la categoría de pruebas en sentido estricto cuando hayan sido admitidos por el juzgador; antes de ese trámite solo son medios de los que intenta valerse cada una de las partes para justificar sus pretensiones y persuadir al juzgador acerca de su corrección, es decir, medios de prueba. Sobre esas distinciones volveremos más adelante en el epígrafe 2.3 de esta investigación.

Para alcanzar la finalidad que se le atribuye en el artículo 158, la prueba debe ser conducente, pertinente³¹⁸ y necesaria,³¹⁹ de acuerdo con lo prescrito en los artículos 161 y 162, respectivamente. El primero de los artículos define la conducencia de la prueba como “la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se

³¹⁶ Ecuador, COGEP, art. 159. “Oportunidad. La prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue posible se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, salvo disposición en contrario”.

³¹⁷ Ecuador, COGEP, art. 166. “Prueba nueva. Se podrá solicitar prueba no anunciada en la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio, siempre que se acredite que no fue de conocimiento de la parte a la que beneficia o que, habiéndola conocido, no pudo disponer de la misma. La o el juzgador podrá aceptar o no la solicitud de acuerdo con su sana crítica”.

³¹⁸ Ecuador, COGEP, art. 161. “Conducencia y pertinencia de la prueba. La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso. La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos”.

³¹⁹ Ecuador, COGEP, art. 162. “Necesidad de la prueba. Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran. La parte que invoque la aplicación del derecho extranjero o disienta de ella presentará la certificación del agente diplomático sobre la autenticidad y vigencia de la ley. A falta de agente diplomático, la parte podrá solicitar a la o al juzgador que requiera al Estado de cuya legislación se trate que certifique por la vía diplomática la autenticidad y vigencia de la ley”.

alegan en cada caso”, en tanto define la prueba sería pertinente cuando se refiere “directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos”.

Más allá de las posibles definiciones de cada uno de los términos expuestos, se trata de conceptos jurídicos indeterminados,³²⁰ que deberán ser precisados por el juzgador en el trámite previo a la admisión de la demanda, su calificación y posterior recepción de la contestación, contrastando la narración de los hechos con los medios de prueba incorporados por las partes al proceso para formar la convicción necesaria del juzgador para decidir.

Otra referencia a la prueba en el COGEP que puede tener una relación estrecha con la prueba de oficio y los poderes del juzgador, se refiere a su valoración. En el artículo 164³²¹ se establecen los criterios que debe utilizar el juzgador para ello.

Esa norma provee dos criterios de valoración: “la prueba deberá ser apreciada en conjunto”; y la prueba “deberá apreciarse de acuerdo con las reglas de la sana crítica.”³²²

Seguramente sería interesante referirse a la vaguedad e indeterminación de cada uno de esos criterios, que ocupan sin dudas innumerables páginas de los tratados de derecho procesal referidos a la valoración de la prueba.³²³

Sin embargo, ello se aleja de las pretensiones de esta investigación, pero es importante significar que cuando la valoración de conjunto del material probatorio y la sana crítica no conducen al juzgador a la convicción necesaria para decidir, se abre la posibilidad de decretar pruebas de oficio en los términos previstos en la ley.

2. El principio de carga de la prueba

De acuerdo con las exigencias que se derivan del principio dispositivo analizado en el capítulo primero, toda persona tiene la facultad de llevar un conflicto jurídico ante el juez para que sea éste quien ponga fin a la controversia; esa facultad una vez que es

³²⁰ Ignacio Ara Pinilla, “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, *Anuario de Filosofía del Derecho* n.º 29 (2013): 107-24.

³²¹ Ecuador, COGEP, art. 164. “Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión”.

³²² Ecuador, COGEP, art. 164.

³²³ González Castillo, “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, 93-107; Johann Benfeld, “Los orígenes del concepto de sana crítica”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 35 (2013): 569-85.

ejercida comporta ciertas obligaciones para quien activa el órgano jurisdiccional, en particular la de allegar las pruebas en que funda sus pretensiones, lo que se conoce como principio de carga de la prueba o de aportación de parte. En ese contexto corresponde ahora precisar cuál sería el lugar que ocupa el juzgador dentro del proceso, ya que el principio dispositivo, de acuerdo a la caracterización precedente, se refiere a lo que pueden o deben hacer las partes, pero no expresa directamente nada respecto del órgano decisor.

Tanto el principio de carga de la prueba como el de aportación de parte recaen sobre quien acciona el órgano jurisdiccional, pero una vez traspasado ese umbral tanto el demandante como el demandado deben soportar a carga de la prueba de sus afirmaciones a portar los medios para acreditarlas.

Visto de esa manera, la discusión debería centrarse en las excepciones que pueden limitar el principio de carga de la prueba que corresponde a las partes, especialmente en los casos de intervención del órgano jurisdiccional en la actividad probatoria, para luego proceder a analizar si dicha intervención puede implicar la ruptura con el principio dispositivo³²⁴ y de la imparcialidad judicial, que son también esenciales para el desarrollo del proceso y se relacionan directamente con el debido proceso como derecho fundamental.

La conclusión lógica de las disquisiciones anteriores sería la siguiente: la carga de la prueba corresponde a las partes, cualquier intervención del órgano jurisdiccional en la actividad probatoria puede crear un desequilibrio con respecto a alguna de ellas, así como afectar la imparcialidad judicial, que no es solo una exigencia de legitimidad de la función judicial sino un derecho fundamental de las personas.

Para sostener una tesis contraria habría que argumentar en qué casos el principio de carga de la prueba debería ceder en favor de una intervención probatoria del órgano jurisdiccional, y bajo qué condiciones esa intervención no afectaría otros principios como el dispositivo, de igualdad de las partes e imparcialidad judicial, o en general la legitimidad del juzgador para asumir un papel activo dentro del proceso.

La excepción más importante al principio de carga de la prueba como hemos dicho, es la prueba de oficio, objeto central de análisis de esta investigación y que será abordado más adelante.

³²⁴ “Las diligencias (medidas o providencias) para mejor proveer suponen una ruptura del famoso principio dispositivo, según el cual el juez sólo debe resolver a partir de lo alegado y probado por las partes”. Roberto Lara Chagoyán, “Motivación de los hechos: reflexiones sobre las diligencias para mejor proveer”, *Isonomía*, n.º 35 (2011): 84.

Por el momento, es suficiente una noción básica de la prueba de oficio, que se puede entender de manera muy general como la intervención del órgano jurisdiccional en la actividad probatoria, al ejercer la facultad de que ciertas diligencias no solicitadas por las partes, o medios de pruebas no aportados se realicen o se incorporen al proceso, respectivamente, para discutir en lo que sigue los argumentos que legitiman dicha intervención, y si ello podría afectar la imparcialidad judicial en algún sentido significativo.

La imparcialidad que debe mantener el órgano jurisdiccional durante todo el desarrollo del proceso judicial se relaciona con varios elementos provenientes de la teoría política, la filosofía del derecho e incluso de la teoría general del proceso, y en el caso ecuatoriano constituye uno de los principios cardinales de la función judicial como se explicó en el capítulo primero.

Desde el punto de vista de la teoría política, el juez debería ser imparcial porque su función es la de aplicar las leyes que a su vez se presumen imparciales.³²⁵ Desde la filosofía del derecho, al juzgador se exige imparcialidad porque es una garantía para la realización de la justicia,³²⁶ mientras que en la teoría general del proceso la misma exigencia le es requerida para salvaguardar los derechos e intereses de las partes.³²⁷

Sin embargo, otras voces en los mismos ámbitos le reclaman al juzgador su intervención en asuntos políticos, por ejemplo, en favor de las clases o grupos sociales menos favorecidos en las relaciones sociales; en asuntos vinculados a la realización de la justicia entendida como justicia social y no meramente formal; o en favor de la parte menos favorecida o que cuenta con menos recursos para pagar los honorarios de un abogado que represente adecuadamente sus intereses. Posiciones teóricas que son sistematizadas adecuadamente por Patricio Alejandro Maraniello.³²⁸

En ambos extremos se configura un ideal de juzgador que, o bien le exige ser una garantía formal para el ejercicio de los derechos de las partes, o bien un agente activo en favor de una de ellas, de acuerdo a diferentes criterios sociales, económicos y culturales

³²⁵ Jorge Mejía Turizo y Roberto Pérez Caballero, “Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes”, *Justicia* n.º 27 (2015): 30-41.

³²⁶ Josep Aguiló, “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Isonomía*, n.º 6 (1997), 71-9.

³²⁷ Un análisis de las diferentes aristas mencionadas sobre la imparcialidad judicial puede verse en AA. VV, *Ética judicial: reflexiones desde jueces para la democracia* (Madrid: Fundación Antonio Carretero, 2009).

³²⁸ Patricio Alejandro Maraniello, “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”, *Tla-melaua. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 32 (2012/2016): 46-83.

de las partes,³²⁹ o del diseño de la administración de justicia y la función judicial, como hubo oportunidad de ver al analizar el tema respecto del ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador.

La contraposición se daría así, entre quienes defienden un modelo de juez garantista,³³⁰ frente a quienes prefieren un modelo de juez activista.³³¹ Al primero le estaría negada la posibilidad de apartarse del principio de carga de la prueba de las partes, aún a riesgo de que su imparcialidad pueda redundar en perjuicio de la parte menos favorecida en el proceso. Con respecto al segundo, el principio de la carga de la prueba podría ser exceptuado en virtud de la prueba de oficio, aún a riesgo de incurrir en imparcialidad judicial favoreciendo en consecuencia a una de las partes.

Por supuesto que ambos casos tratan de posiciones extremas que consideran que un juez solo puede ser de una u otra clase, o que un diseño institucional del sistema procesal estará condenado a optar entre dar o negar poderes al juez dentro del proceso y respecto de la actividad probatoria o los derechos de las partes. En opinión de Diego J. Duquelsky Gómez esa contraposición puede ser mejor entendida como una caricatura, puesto que la pretendida dicotomía no puede sino ser considerada como una falsa representación de la actuación efectiva de los jueces y la legislación procesal contemporánea.³³²

Sin embargo, una vez reducida la contraposición analizada a las eventuales tensiones entre ambos modelos ideales de juez, y la comprensión de su carácter de descripción no fidedigna de la realidad, puede ser utilizada como instrumento analítico para los propósitos de esta investigación. De ella nos interesa lo que pueda decir cada uno de esos modelos respecto de la prueba de oficio, y nada más.

En cuanto a ese aspecto específico, para caracterizar a un juzgador garante de los derechos de las partes en el proceso, o a uno activo en busca de la realización de la justicia u otros valores extraprocesales, se han ensayado varios paradigmas, a partir de las

³²⁹ En esos casos se habla de una parcialidad positiva del juez, que tiene más de sustento ideológico que de teoría del Derecho o Derecho procesal. Sobre el tema puede verse Artur César De Souza, “La parcialidad positiva del juez: fundamento ético material del código modelo iberoamericano”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 16 (2012): 157-81.

³³⁰ Jheison Torres Ávila, “La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo”, *Revista de Derecho*, n.º 47 (2017), 138-66. Un análisis de los críticos del modelo garantista puede verse en Rodolfo Moreno Cruz, “El Modelo Garantista de Luigi Ferrajoli: Lineamientos generales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 120 (2007): 825-52.

³³¹ Wilson Yesid Suárez Manrique, “El rol del juez en el Estado constitucional”, *Revista Justitia* 12 (2014): 103-20.

³³² Diego J. Duquelsky Gómez, “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 41 (2018): 193-209.

particularidades básicas que, se supone, deberían orientar el comportamiento del juez en uno u otro modelo.³³³

Se trata obviamente de modelos analíticos que podrían servir para interpretar la función judicial tanto en su aspecto dinámico y empírico, como en el aspecto del diseño institucional del juez en el ordenamiento jurídico, pero que probablemente no se corresponderían con un juez en particular o con su diseño institucional en una ley específica sobre la administración de justicia o la función judicial.

Aquí ocurre otra dicotomía entre la teoría jurídica por una parte y, por otra, la legislación vigente: la primera reconstruye un ideal de lo que debería ser el juez o cómo debería actuar de acuerdo a principios, ideas, tradiciones y concepciones políticas e incluso ideológicas, en tanto la legislación vigente opera con criterios que no necesariamente deben ajustarse a los modelos analíticos sino a principios de eficacia, eficiencia, criterios de diseños institucionales y de organización del ejercicio del poder político, en cuya base se encuentra siempre la necesidad de racionalización de su ejercicio con fines de legitimación.

La pregunta acerca de la imparcialidad judicial y la influencia que sobre ella pueda tener la atribución de facultades relacionadas con la actividad probatoria sobre los principios de carga de la prueba, dispositivo y aportación de parte³³⁴ debe mirar pues, a la manera en que los modelos analíticos son aplicables a un concreto ordenamiento jurídico, en el cual se le atribuyen tanto al juez como a las partes y demás sujetos procesales, los derechos, obligaciones y responsabilidades que corresponden a cada uno.

No obstante, en el plano teórico parece plausible sostener que cuando se atribuye a los órganos jurisdiccionales facultades para ordenar diligencias de prueba no propuestas, solicitadas o aportadas por las partes, podrían verse comprometidos los principios dispositivo, de aportación de parte y de carga de la prueba y, en consecuencia la imparcialidad judicial. En todo caso, se trata de una hipótesis a verificar y no de un hecho acreditado como sostiene Bañol Betancur en su libro *la prueba de oficio; análisis desde una perspectiva del pensamiento complejo*.³³⁵

³³³ François Ost, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* n.º 14 (1993), 169-94.

³³⁴ “La ausencia de facultades judiciales en materia probatoria ofrece al menos una apariencia de imparcialidad; asimismo, su atribución favorece también a alcanzar resoluciones de mayor calidad en cuanto reduce las decisiones consecuencia de insuficiencia o inexistencia de material probatorio, o, en otros términos, por aplicación de la carga de la prueba”. Ver José Bonet Navarro, “Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil”, *Diario la Ley* n.º 6 (2009): 5.

³³⁵ Alejandro Augusto Bañol Betancur, *La prueba de oficio. Análisis desde una perspectiva del pensamiento complejo* (Bogotá: Librería Jurídica Sánchez, 2017), 15. Según el autor, la prueba de oficio es

Pero tratándose de principios cuya aplicación puede ser gradual e interpretados en relación con otros principios potencialmente contradictorios, siempre cabría la posibilidad de argumentar a favor de la ponderación entre uno y otros, cuando ello se ajuste a los fines del proceso prevista en el ordenamiento jurídico respecto del sistema procesal o de la resolución de conflictos particulares. Esos aspectos esenciales se analizan a continuación.

2.1. Excepciones al principio de carga de la prueba

Las dos excepciones al principio de carga de la prueba que analizamos en este epígrafe son la teoría de la *carga probatoria dinámica* y la teoría de la *inversión de la carga de la prueba*. Que sean referidas con el nombre de teorías no significa que sea sólo una construcción sistemática o doctrinal, puesto que como tal han sido incorporadas a algunas leyes procesales, particularmente en el COGEP, que incluye diferentes formas de inversión de la carga de la prueba.³³⁶

Un elemento sintomático con respecto a los cambios referidos a la centralidad del principio de la carga de la prueba en el derecho procesal lo constituye, por ejemplo, la ponencia titulada “Crisis de la noción clásica de la carga de la prueba”, que fue presentada por el procesalista colombiano Jairo Parra Quijano en el “XVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal en 1995.”³³⁷

La crisis a que hacemos referencia se manifestaba en aquella época, según palabras del autor, en que, a diferencia del principio clásico de carga de la prueba, “el derecho a

“nada más y nada menos, que la patente de corso brindada por el autoritarismo judicial, para el conocimiento privado del juez. El Juez parte de percepciones, inferencias íntimas, errores e ilusiones que se hacen presente en el proceso a través del Juez, que debe ser imparcial, imparcial e independiente, dentro de un sistema de enjuiciamiento dispositivo y garante de los principios republicanos de orden, vida y libertad, entre otros”.

³³⁶ En palabras de la Corte Constitucional del Ecuador, “la *inversión de la carga de la prueba*, constituye una excepción a la regla general que precede, y ocurre así por ejemplo en los casos de presunciones legales (*iuris tantum*), en tanto, recae sobre la parte accionada o legitimados pasivos la obligación de probar sus alegaciones cuando no demuestre lo contrario o no suministre información, que lo releve de los cargos atribuidos... debe ejercer las facultades que le permitan constatar la veracidad de los hechos puestos en su conocimiento, de manera que no solo está facultado para pedir informes a los accionados, sino que está obligado a solicitar pruebas cuando persisten las dudas respecto del caso sub examine, a fin que pueda emitir una decisión en derecho”. Véase Sentencia n.º 234-18-SEP-CC, en *Caso n.º 2315-16-EP*, 27 de junio de 2018, 30-1.

³³⁷ Jairo Parra Quijano, “Crisis de la noción clásica de la carga de la prueba”, *XVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (Cali: Instituto Colombiano de Derecho Procesal Universidad Libre-Seccional Cali, septiembre 6, 7 y 8 de 1995).

conseguir la prueba, implica muchas veces que la otra parte tenga la carga de suministrarla porque le resulte más fácil, de acuerdo con reglas de la experiencia”.³³⁸

En su expresión histórica y por antonomasia, principio de carga de la prueba tiene como consecuencia que impone “la carga de la prueba a una parte a quien le resulta muy difícil conseguirla hasta el punto que se le exige que realice actividades que lindan con el heroísmo para conseguirla [...] esa noción de carga sirve de celestina para legitimar el triunfo de una parte que administró la astucia a fin de que a la otra le resultara imposible probar un hecho”.³³⁹

Como correctivo para las consecuencias negativas que puede generar la unilateralidad del principio de carga de la prueba, el autor propone que la carga de la prueba debe corresponderle “a quien le queda más fácil probar un hecho determinado, para que ella la desahogue.”³⁴⁰

Una vez precisados esos antecedentes, en lo que sigue se realiza un examen del principio de carga de la prueba en su versión tradicional en sentido estricto, considerando además algunas de las críticas más importantes que se le han dirigido en los últimos tiempos, análisis que se realizará de manera similar con respecto a la noción de cargas probatorias dinámicas, así como en relación con la inversión de la carga de la prueba, que surgió como una práctica jurisprudencial y se hay incorporado paulatinamente a la legislación de algunos países como Ecuador. La finalidad de ese análisis es dilucidar si las pruebas de oficio pertenecen a alguna de esas categorías, o puede diferenciarse de ella en aspectos esenciales, lo que aconseja su tratamiento diferenciado.

Este principio de carga de la prueba ha sido formulado de distintas maneras por los autores de estudios relativos al derecho procesal, sin que en esa diversidad de criterios se pierda la esencia del concepto que se mantiene prácticamente invariable en los siguientes términos: “la carga de la prueba es la regla de derecho que exige a todo aquel que postula una cuestión judicial que acredite o pruebe lo que postula si pretende se le dé la razón en el derecho”.³⁴¹

En los procesos judiciales “la obligación de probar lo alegado corresponde a la parte que afirma, en virtud del principio latino: *Actori incumbit onus probandi* (al actor

³³⁸ *Ibíd.*, 22.

³³⁹ *Ibíd.*, 22.

³⁴⁰ *Ibíd.*, 23.

³⁴¹ Manuel Luján Túpez, *Diccionario Penal y Procesal Penal*, Presentación Luis Lamas Puccio (Lima: Gaceta Jurídica, 2013): 71.

le incumbe la carga de la prueba).”³⁴² Según esa regla, quien alegue ante un juez la existencia de un derecho, una cosa o una obligación y pide que se le reconozca, debe presentar las pruebas en que sustenta su pedido,³⁴³ y con base en ello y las pruebas presentadas por la contraparte el juzgador tomará una decisión fundada en derecho, la cual deberá presentar motivadamente en cumplimiento de la obligación de motivar sus resoluciones que emana de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

Sobre el principio de carga de la prueba existe una innumerable cantidad de definiciones realizadas por diferentes autores de todos los tiempos; pero en lugar de realizar aquí un compendio de ellas,³⁴⁴ es conveniente precisar las cuestiones más disputadas sobre ese punto. Se comenzará por su “naturaleza”, donde se discute si en virtud de ella se establecen, con respecto a las partes, derechos, obligaciones o facultades, así como las consecuencias prácticas para los derechos de las partes que se originen de una eventual actividad probatoria deficiente de cualquiera de ellas.³⁴⁵

El principio de carga de la prueba tiene bastante similitud con el derecho a la prueba, pero visto desde una perspectiva distinta, pero debe considerarse que la prueba o del derecho a probar es de naturaleza subjetiva; es decir, que es inherente a toda persona que se vea involucrada en un proceso judicial con independencia de que lo ejerza o no, pues se trata de una titularidad abstracta.

A diferencia de ello, la carga de la prueba solo cobra significación y sentido en el contexto de un proceso concreto, pues ahí es donde cada una de las partes debe allegar al juez los medios de prueba en que funda sus pretensiones y excepciones, para que éste realiza la respectiva valoración y tome una decisión que sea más coherente con las pruebas presentadas y las normas y principios aplicables.

Lo anterior es una descripción estática de la prueba, la carga de la prueba y el derecho a probar; pero si se mira desde un punto de vista dinámico se puede advertir que en realidad la carga de la prueba recae de manera alternativa entre las partes, ya que entre ellas y al interior del proceso no existe entre las partes una relación estática que les asegure solo derechos o solo obligaciones, o que permita que durante todo su desarrollo una de

³⁴² Ossorio, “Diccionario”, 144.

³⁴³ *Ibíd.*, 144.

³⁴⁴ Citas comentadas de diferentes autores, clásicos y contemporáneos, pueden verse en Néstor Raúl Caro Espitia, “La carga de la prueba frente al principio de presunción de inocencia en el estado colombiano”, *Verba Iuris* n.º 29 (2013): 31-42. También en Aguilar et al., “Imposturas intelectuales: la carga probatoria dinámica y su fuerza expansiva”, *Univ. Estud.* n.º 11 (2014): 233-63.

³⁴⁵ Everth Jesús Sánchez Díaz y William Eduar Sanchez Moreno, “Principio elemental de la prueba suficiente en el derecho penal”, *Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas*, Vol.5, n.º 16 (2022), 217-25.

las partes soporte sobre sí toda la carga de la prueba, mientras la otra se mantenga pasiva respecto a la actividad probatoria.

De lo dicho se puede afirmar que el derecho a probar, como derecho subjetivo abstracto, es diferente del principio de carga de la prueba como obligación de quien alega en un juicio concreto, aunque no se puede excluir del todo una relación cercana entre el derecho y la carga probatoria así entendida.³⁴⁶ Una interpretación de este principio manifiesta que, “a diferencia de lo que ocurre con los deberes y las obligaciones, el sujeto no está compelido a realizar determinada conducta para evitar una determinada sanción [ya que] la noción de carga pone en cabeza del titular una facultad, que puede usar o no, pero cuya consecuencia antes que una sanción es la pérdida de una determinada ventaja que se hubiere podido tener.”³⁴⁷

Tal como afirma María Belén Tepsich, la carga de la prueba como principio implica dos aspectos: “por una parte es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole proferir un *non liquet*, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de prueba”, mientras que por la otra es “una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada uno interesa probar, para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones”.³⁴⁸

El principio de carga de la prueba, en su versión tradicional, ha sido objeto de diferentes críticas de las que han surgido algunas excepciones a su aplicación, la principal de las cuales es que la carga debería recaer sobre el sujeto procesal que tenga “mejores posibilidades de acceder a los medios de prueba”.³⁴⁹ Dicho de otra manera, la carga probatoria no debe recaer necesariamente sobre quien alega, sino sobre la parte procesal que tenga mejores posibilidades de acceder a los medios de prueba,³⁵⁰ o se encuentre en una posición de inferioridad respecto de la parte que debiera aportar los medios de prueba según el principio clásico.

³⁴⁶ Así procede, por ejemplo, Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial* (Bogotá: Editorial Temis, 2012), 63, quien define la carga como “un poder o una facultad, de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho de exigir su observancia pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables”.

³⁴⁷ Aguilar et al., “Imposturas intelectuales”, 238-9.

³⁴⁸ María Belén Tepsich, “Cargas probatorias dinámicas”, en *Cargas probatorias dinámicas* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010), 155.

³⁴⁹ Por todos puede verse Diego Palomo Vélez, “Las cargas probatorias dinámicas: ¿Es indispensable darse toda esta vuelta?”, *Revista Ius et Praxis*, n.º 2 (2013): 447-64.

³⁵⁰ Devis Echandía, “Compendio”, 200.

Un resumen sistemático con análisis crítico de las reglas de distribución de la carga de la prueba es el que realiza el jurista colombiano Devis Echandía. Según su exposición:

los criterios de autores y legisladores han sido muy diversos y se pueden resumir en siete tesis: i- la que impone el actor la carga de la prueba, pero le da a este carácter al demandado que excepciona; ii- la que impone la prueba a quien afirma y que exime de ella a quien niega; iii- la que exige al demandante probar los hechos en que se basan sus pretensiones y al demandado los que fundamentan sus excepciones; iv- la teoría de lo normal y lo anormal; v- la que impone la prueba a quien pretenda innovar; vi- teoría que recurre a la naturaleza constitutiva o, por el contrario, extintiva, invalidativa o impeditiva de los hechos, vii- teoría que impone a cada parte la carga de probar según la posición de las partes respecto del efecto jurídico perseguido.³⁵¹

Como conclusión, el autor afirma que lo que importa en materia de carga de la prueba no es “fijar quién debe llevar la carga de la prueba, sino quién asume el riesgo de que falte [...] no es correcto decir que la parte gravada con la carga debe suministrar la prueba o que a ella le corresponde llevarla; es mejor decir que a esa parte le corresponde el interés de que tal hecho resulte probado o de evitar que se quede sin prueba y, por consiguiente, el riesgo de que falte (el cual se traduce en una decisión adversa)”.³⁵²

De su análisis determina además que, como regla, “a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal”.³⁵³

No es esa, sin embargo, la regla que con mayor fuerza se ha impuesto frente al clásico principio de carga de la prueba, sino la que, bajo el nombre de *carga probatoria dinámica*, hizo su aparición en la teoría del derecho procesal y la jurisprudencia, incorporándose luego a algunos códigos procesales.³⁵⁴

Dicha teoría “propende por una flexibilización de la carga de la prueba, afirmando que en ciertos casos en los que la aplicación de las reglas tradicionales llevarían a una

³⁵¹ *Ibíd.*, p. 210.

³⁵² *Ibíd.*, 211.

³⁵³ *Ibíd.*, 212.

³⁵⁴ Por ejemplo, en el vigente Código General del Proceso de Colombia: “Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. 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. Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código [...]”.

situación de imposibilidad probatoria, la carga pudiera recaer en ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre, por diversas razones, en mejores condiciones para producirla”.³⁵⁵

La concepción de la carga probatoria dinámica implica una corrección importante a la versión clásica del principio de carga de la prueba. Su incidencia se manifiesta no solo con respecto a las partes sino también con respecto al juzgador ya que, por su propio contenido, al ser aplicada, tiende a potenciar la búsqueda de la verdad material por encima de la verdad formal, a la vez que hace énfasis en el fin del proceso. En el fondo prioriza la justicia como fin del proceso y no únicamente la corrección jurídica del fallo.

Por lo que respecta al juzgador, la concepción de la carga probatoria dinámica le abre mayores posibilidades de intervención durante el proceso, tanto en su dirección formal en cumplimiento de las disposiciones legales, como en la actividad probatoria y la distribución de la carga de la prueba, de acuerdo al contexto procesal y las pretensiones y excepciones de las partes, así como sus posibilidades de acceso más efectivo a los medios de prueba; todo lo cual contribuye a que al momento de valorar las pruebas para adoptar una decisión, cuente con más y mejores elementos de convicción.

Por lo que se refiere al derecho procesal vigente en el Ecuador en las materias no penales, es decir las reguladas en el COGEP, también se establecen excepciones al principio de carga de la prueba. Así, en el citado artículo 169 se establece que, en materia de familia, “la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado”. Lo mismo en materia ambiental, donde “la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o del demandado”.³⁵⁶

El propio artículo abre la posibilidad de que sean “admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley”. Al respecto, interesa el artículo 195 del Código Orgánico Administrativo,³⁵⁷ que dispone lo relativo a la carga de la prueba en su ámbito de aplicación, es decir, el procedimiento administrativo, donde se

³⁵⁵ Aguilar et al., “Imposturas intelectuales”, 241.

³⁵⁶ El principio de inversión de la carga de la prueba aplica no solo en el ámbito judicial, sino además en el procedimiento administrativo ambiental, como lo dispone el vigente Código Orgánico de Ambiente en su artículo 133. Inversión de la carga de la prueba. Para el procedimiento de las infracciones administrativas previstas en este Código, la carga de la prueba sobre la existencia del daño ambiental potencial o real, recaerá sobre el operador o gestor de la actividad, quien podrá utilizar todos los elementos probatorios legales para desvirtuarla. Para determinar la responsabilidad del infractor se deberá establecer la relación de causalidad entre la actividad y la infracción cometida.

³⁵⁷ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, vigente desde el 7 de julio de 2018.

combinan el principio clásico de carga de la prueba con algunas excepciones interesantes que, sin embargo, no son extensibles a lo dispuesto en el COGEP.³⁵⁸

2.2. Objeto de la prueba, medios de prueba y elementos de convicción

En este apartado se analizan brevemente los conceptos de objeto de la prueba, medios de prueba y elementos de convicción, con la finalidad de precisar el sentido y alcance con que son entendidos en la presente investigación. Antes de avanzar en esa dirección cabe precisar de manera pragmática la definición del objeto de la prueba, del cual “lo constituyen los mismos datos que integran el contenido de las alegaciones de las partes, que incluyen alegaciones de hecho y de derecho”.³⁵⁹ También se sostiene que el objeto de la prueba hace alusión “a lo que debe ser probado en el proceso, entendida como una demostración de las afirmaciones o negaciones de cada una de las partes presenta ante el juez.”³⁶⁰

2.3. Medios de prueba

Una definición aproximativa del concepto de medios de prueba es la formulada por Lino Enrique Palacio. Según dicho autor, “son medios de prueba los modos u operaciones que, referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia o inexistencia de uno o más hechos”.³⁶¹

El medio de prueba tendría la finalidad de demostrar la existencia o no de los hechos, pero resulta que el juzgador no debe pronunciarse en el proceso, acerca de si tales o cuales hechos alegados por las partes existen o no, sino acerca de la veracidad de las afirmaciones sobre los datos fácticos objeto de la litis. En consecuencia, no parece del todo precisa esa definición.

³⁵⁸ Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 195. “Cargas probatorias. La prueba se referirá a los hechos controvertidos. En todo procedimiento administrativo en que la situación jurídica de la persona interesada pueda ser agravada con la resolución de la administración pública y en particular, cuando se trata del ejercicio de potestades sancionadoras o de determinación de responsabilidades de la persona interesada, la carga de la prueba le corresponde a la administración pública. En todos los demás casos la carga de la prueba le corresponde a la persona interesada. La administración pública no exigirá de la persona interesada la demostración de hechos negativos, la ausencia de responsabilidad, su inocencia o cualquier otra forma de prueba ilógica o físicamente imposible”.

³⁵⁹ Enrique J. Tarigo, *Lecciones de Derecho procesal*, t. 2 (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015), 20.

³⁶⁰ Sobre la función demostrativa de la prueba, puede verse Matheus López, “Reflexiones”, 176.

³⁶¹ Palacio, “Manual de Derecho procesal civil”, 395.

El cambio no se manifiesta solo en cuanto a la aparición de novedosos medios de prueba,³⁶² sino además en el empleo de nuevas técnicas para su obtención y valoración en el proceso.³⁶³ El empleo del lenguaje especializado da cuenta de los cambios producidos en la materia; así, en términos lingüísticos, en la distinción entre medios de prueba “clásicos” y “nuevos”; éstos son definidos como “aquellos que no aparecen relacionados en las antiguas leyes de enjuiciamiento (o, con mayor propiedad, aquellos que no pudieron estar en la mente del legislador al tiempo de promulgarse dichas leyes) y que son propiciados por los avances científicos o tecnológicos”.³⁶⁴

En ese nuevo contexto, “los medios de prueba constituyen datos empíricos que poseen información relevante sobre los hechos de la *litis*³⁶⁵ y que, al mismo tiempo, se sitúan en un escenario de argumentación procesal de las partes y de justificación del tribunal en cuanto a la determinación de la cuestión fáctica”.³⁶⁶

Las fuentes de prueba, en cambio, “son el principio, fundamento o punto de origen de la información sobre hechos [...] se sitúan fuera del juicio y con anterioridad a él, emergen y se forman extraprocesalmente y están compuestas por personas y cosas”.³⁶⁷

En correspondencia con las definiciones anteriores “los medios de prueba se distinguen de las fuentes probatorias, en primer término, por estar ubicados en el marco del proceso judicial, pero además por dirigirse siempre a conseguir un fin dentro del referido escenario”,³⁶⁸ mientras que “las fuentes de prueba se distinguen de los medios por su localización previa y ajena al juicio”.³⁶⁹

En razón de ello, la “relevancia de los medios probatorios se determina en atención a la utilidad de la información que contienen las fuentes de prueba y que, por su parte, la

³⁶² Manuel Gómez del Castillo y Gómez, “Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil”, *Derecho y conocimiento*, n.º 1 (2001): 79.

³⁶³ Por ejemplo, en muchos ordenamientos procesales como el ecuatoriano ya se ha establecido la posibilidad de la declaración de testigos o víctimas, incluso privados de libertad a través de videoconferencia.

³⁶⁴ Gómez del Castillo y Gómez, “Aproximación”, 77.

³⁶⁵ Los medios de prueba son “los elementos o instrumentos (testimonios, documentos, etc.), utilizados por las partes y el juez, que suministran [las] razones o esos motivos (es decir, para obtener la prueba) [que es definida como] “que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos”. Véase Devis Echandía, “Compendio”, 2.

³⁶⁶ Gómez del Castillo y Gómez, “Aproximación”, 63.

³⁶⁷ *Ibid.*, 57-58 y la bibliografía allí citada.

³⁶⁸ Claudio Meneses Pacheco, “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”, *Ius et Praxis*, n.º 243 (2009): 61.

³⁶⁹ Claudio Meneses Pacheco, “Fuentes de prueba y medios”, 60. “Medio de prueba es esencialmente la actuación procesal por la que una fuente se introduce al proceso” (51) “En nuestra opinión, lo que distingue las fuentes de los medios, es su ubicación previa y ajena al proceso judicial” (59).

admisibilidad de aquéllos se establece en consideración a la idoneidad jurídico-procesal de la misma información”.³⁷⁰

El recuento anterior tiene como propósito sistematizar los criterios de distinción entre los medios de prueba objeto de este epígrafe, y las fuentes de prueba que aparecen asociadas a ellos. Entre esos criterios se encuentra la vinculación que se puede establecer entre los medios de prueba y las fuentes de prueba, por un lado, y por otro de ambas categorías con el proceso judicial dentro del cual cobran sentido como parte de la actividad probatoria.

En relación a ello interesa destacar que las fuentes de prueba no son propiamente una categoría jurídica, sino sociológica. En su calidad de categoría sociológica y no jurídica, los hechos, las personas o los documentos que pueden ser utilizados como fuentes de prueba judicial en un proceso concreto, tienen una existencia independiente y autónoma con respecto a dicho proceso.³⁷¹

Las fuentes constituyen el hecho o los objetos de los que se podría obtener información para ser utilizada como fundamento de las pretensiones y excepciones de las partes, pero su carácter de fuentes no las incorpora automáticamente al proceso en tanto tales, ya que su promoción corresponde a las partes, en uso del principio de aportación de parte.

Que sean propuestas por las partes en virtud de tal principio tampoco garantiza su incorporación *ipso facto* al proceso judicial, ya que la *utilización* de una fuente de prueba como medio de prueba es una decisión que compete al juez y no a aquellas.

En ese punto entran a operar los criterios legales establecidos para la admisión de los medios de prueba propuestos por las partes, entre los que cabe mencionar su

³⁷⁰ Manuel Gómez del Castillo y Gómez, “Aproximación”, 66.

³⁷¹ El carácter sociológico, empírico o fáctico de los medios de prueba, se puede deducir a partir del planteamiento que sobre ello realiza Luis A. Acosta Vázquez. Según dicho autor, “planteándonos un estudio más concreto podemos afirmar que el medio es la forma como la parte traslada el hecho histórico al proceso y que va a permitir sostener el alegato del que se pretende derivar consecuencias jurídicas y que obviamente debe estar autorizado por la ley. En definitiva, la fuente es de donde surge el hecho y el medio es como se trae dicho hecho al proceso, dejando establecido que la fuente nunca será posible traerla al juicio, salvo que se trate del conocimiento que tenga una persona sobre un hecho, lo que incluso podría ser objeto de prueba”. Véase Luis A. Acosta Vázquez, “Diferencias entre medios, fuente y objeto de la prueba”, *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta* 1, n.º 2 (2007): 66-7.

pertinencia, relevancia,³⁷² admisibilidad,³⁷³ necesidad y licitud,³⁷⁴ unos criterios que suelen estar regulados en las normas procesales, con respecto a los cuales existe una amplia doctrina y están previstos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como se explicó oportunamente.³⁷⁵

En principio, las partes están facultadas para promover cualquier medio de prueba que consideren oportuno o conveniente para hacer valer sus pretensiones o excepciones,³⁷⁶ sin importar en qué fuentes de pruebas estén contenidos, ya que las leyes procesales establecen como principio, que quien afirma o niega algo debe aportar los medios de prueba para acreditar su dicho.

Esa amplitud se fundamenta en el principio de libertad de la prueba, mismo que Devis Echandía formula de la siguiente manera.

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 dispensable 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 múltiples por existir presunción legal que las hacen innecesarias (en cuanto se persiga con ellas probar lo presumido; no cuando se intenta desvirtuar la presunción, a menos que en el último caso sea *juris et de jure*) o sean claramente impertinentes o inidóneas.³⁷⁷

Los medios de prueba que proponen las partes deben anunciarse en la demanda y la contestación, y en el caso de los medios de pruebas documentales deben acompañarse a los escritos iniciales de las partes; con base en esa obligación, ellas deben aportar los medios de que disponen o pedir los que deben producirse en juicio.³⁷⁸

No obstante, el amplio margen de libertad otorgado a las partes en cuanto a los medios de prueba de que puedan valerse en el proceso, el juez antes de admitir o

³⁷² Criterio según el cual “pueden ingresar a un juicio aquellos datos empíricos que presenten alguna utilidad para la prueba de los hechos, para luego de ello examinar el segundo requisito”. Véase Gómez del Castillo y Gómez, “Aproximación”, 66.

³⁷³ La relevancia “es una cuestión de índole legal referida a la definición que hace la ley del material probatorio que puede ser aportado a una causa con tal objetivo”. Véase Gómez del Castillo y Gómez, “Aproximación”, 66.

³⁷⁴ Sobre los criterios de licitud e ilicitud de la prueba puede verse Manuel Miranda Estrampes, “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Catalana de Seguretat Pública* n.º 22 (2010): 131-51; Roberto Carlos Fonseca Luján, “Prueba ilícita: regla de exclusión y casos de admisibilidad”, *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, n.º 27-28 (2016): 27-53.

³⁷⁵ Respecto de la licitud de la prueba, el artículo 76.4 constitucional dispone que “las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”.

³⁷⁶ Devis Echandía, “Compendio”, 41-2.

³⁷⁷ *Ibid.*, 42.

³⁷⁸ Nisimblat, “Derecho probatorio”, 130.

eventualmente rechazar alguno de los promovidos, debe verificar que dichos medios cumplen con los requisitos legales necesarios para ser incorporados al proceso.

En la doctrina se utiliza al respecto la clasificación entre requisitos extrínsecos e intrínsecos. Los primeros se refieren a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, en tanto los segundos contemplan la ausencia de vicios que puedan afectar tanto el medio de prueba como la vía utilizada para obtenerlo.³⁷⁹ Una vez verificados por el juez que los medios de prueba ofrecidos por las partes cumplen los requisitos de admisibilidad previstos en la ley, deben ser practicados o reproducidos en la audiencia.

En el contexto del proceso, recae sobre las partes la obligación de desplegar la actividad probatoria de acuerdo a las peculiaridades de cada medio de prueba, para lo que deben ajustarse a las formalidades y principios procesales como la publicidad, contradicción, buena fe procesal, carga de la prueba, intermediación y oralidad,³⁸⁰ que se pueden resumir en la expresión debido proceso judicial, en virtud del cual deben cumplirse las garantías y derechos previstos en la Constitución y las leyes.

Ese vínculo de los principios de la actividad probatoria con el debido proceso judicial, se relaciona con el carácter constitucional de la prueba, que en tal sentido es considerada como uno de los derechos fundamentales que asisten a toda persona que se encuentre en el marco de un proceso judicial.³⁸¹

En el caso de la Constitución ecuatoriana ese derecho está previsto en el artículo 76.7. h), y es definido como una de las garantías de derecho de las personas a la defensa, que consiste en “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.

En consecuencia, el derecho a la prueba es un derecho subjetivo que precautela la libertad de las personas. Se trata de un “derecho típicamente individual, inherente a la persona, de aplicación directa, justiciable mediante la acción de tutela [que] tiene un contenido esencial consistente en la facultad de las personas de propender por la

³⁷⁹ Devis Echandía, “Compendio”, 38.

³⁸⁰ Liza A. Ramírez Salinas, “Principios generales que rigen la actividad probatoria”, *La Ley*, 2005: 1028-39. En el mismo sentido e incluyendo otros principios, puede verse Nattan Nisimblat, “Derecho probatorio”, 128-49.

³⁸¹ Juliana Pérez Restrepo, “Derecho constitucional a la prueba judicial: Una aproximación”, *Estudios de Derecho* n.º 72 (2015): 61-87.

formación de la convicción del juez sobre la verdad de los presupuestos fácticos del derecho o del interés material en litigio”.³⁸²

El derecho a la prueba, afirma Joan Pico i Junoy, es el “que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”.³⁸³

En tanto derecho subjetivo, la prueba comprende cuatro facultades:

a) derecho a la proposición de medios de prueba, limitada a los medios pertinentes, oportunos y relevantes;

b) derecho a la admisión de las pruebas propuestas, o en su caso, de una inadmisión motivada;

c) derecho a la práctica de la prueba admitida y;

d) derecho a la valoración a la prueba practicada.³⁸⁴

Una vez practicadas, evacuadas o producidas las pruebas cumpliendo los principios mencionados y las garantías que deben regir la actividad probatoria, resta que el juzgador adopte una decisión con respecto a las pretensiones y excepciones de las partes, a los efectos de poner fin al conflicto, realizando previamente una valoración del conjunto del material probatorio y las pruebas practicadas o presentadas en el momento procesal oportuno.

El resultado de esa valoración deberá ser plasmado en la sentencia, con especial énfasis en la manera en que de las pruebas deducidas se pueden corroborar o no las afirmaciones de hecho que dieron origen al conflicto entre las partes. La finalidad de los medios de prueba es precisamente crear en el juzgador la convicción necesaria para decidir el litigio entre las partes.

2.4. Elementos de convicción

De acuerdo a lo explicado en el epígrafe precedente, en materia de pruebas, en el proceso judicial se sigue un camino que va desde la utilización de fuentes de

³⁸² Luis Bernardo Ruiz Jaramillo, “El derecho a la prueba como un derecho fundamental”, *Estudios de Derecho*, n.º 143 (2007): 187-8.

³⁸³ Joan Pico i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil* (Barcelona: J.M. Bosch, 1996), 18.

³⁸⁴ Xavier Abel Lluch, “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”, en AA. VV. *Objeto y carga de la prueba civil* (Barcelona: J. M. Bosch, 2007), 32.

conocimiento como medios de pruebas, su producción, evacuación o práctica hasta su valoración final por el juzgador a los fines de adoptar una decisión fundada en ellas.

A ese trayecto se le dan diferentes nombres en la doctrina como “momentos procesales de la prueba” o “*iter* probatorio.” Consta de cuatro etapas: petición y aporte, decreto, práctica y valoración.³⁸⁵ En este epígrafe nos dedicaremos solo al análisis de esta última etapa, es decir, a la valoración de la prueba como antecedente necesario para determinar la necesidad de decretar o no prueba de oficio.

El carácter polisémico del término prueba permite comprender que, pese a que durante todo el *iter* probatorio se puede utilizar la misma denominación genérica, en un sentido estricto en cada una de las etapas por las que transcurre el proceso judicial aquella adquiere cualidades específicas, que la asimilan a medios de pruebas, actividad probatoria o elementos de convicción judicial.

En este último sentido, se hace referencia más bien a la función de la prueba dentro del proceso con respecto a la función decisoria del juzgador, así como a la finalidad que debe alcanzarse con la actividad probatoria y el proceso en general.

Sin importar cuál sea el objetivo del proceso, la actividad probatoria cumple, con respecto al juzgador, una misma función consistente en poner en su conocimiento los elementos de prueba de que dispone cada una de las partes para que, previa su práctica, evacuación o producción en la audiencia, aquél pueda adoptar una decisión en la que declare como probada o demostrada la verdad material o procesal, la realización de justicia procesal o el fin del conflicto.

El estado de conocimiento a que debe llegar el juzgador, después de realizada la actividad probatoria, en la doctrina se le da el nombre de convicción judicial,³⁸⁶ sin que sea de pacífica aceptación esa denominación, al considerar que dicha actividad probatoria no se dirige solo al juzgador, sino también a las partes, en la medida en que de sus resultados depende la decisión final del litigio.

Con ello se relaciona la distinción entre actividad probatoria como actividad cognoscitiva o argumentativa,³⁸⁷ una distinción que apunta hacia la relación que se puede

³⁸⁵ Nisimblat, “Derecho probatorio”, 129.

³⁸⁶ Véase Leonardo Moreno Holman, “Problemas de convicción, valoración de la prueba y fundamentación: Su impacto en el error judicial”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n.º 36 (2014): 167-92.

³⁸⁷ Un estudio sobre las concepciones epistemológicas de la prueba puede verse en Rodrigo Vargas Ávila, “Concepciones de la prueba judicial”, *Prolegómenos- Derechos y Valores*, n.º 28 (2011): 135-48. También Luis Bernardo Ruiz Jaramillo, “Valoración de la validez y de la eficacia de la prueba. Aspectos epistemológicos y filosófico-políticos”, *Estudios de Derecho*, n.º 146 (2008): 164-97.

establecer entre aquella y la función jurisdiccional. Sin embargo, por lo que interesa en este epígrafe, es suficiente con afirmar que en cualquiera de las dos concepciones de lo que se trata es de llevar al juzgador a un grado de convicción sobre las pruebas practicadas o reproducidas, que le permitan adoptar una decisión fundada en el derecho vigente.

A pesar de que la convicción puede ser entendida en un sentido personalista, como convicción del individuo con respecto a cualquier hecho, idea o proceso genérico, cuando se trata de hechos relativos a un proceso judicial o al proceso en sí mismo, la convicción ya no es asunto individual, sino institucional.³⁸⁸

Y es que, si bien el juzgador es un individuo como otro cualquiera, su cualidad de servidor público y en el ejercicio de sus funciones, la convicción no se refiere ya solamente a su fuero interno, sino a una convicción de la que debe dar razones y argumentos basados en las pruebas practicadas en el proceso judicial. Debe ser una convicción motivada, que debe fundarse en argumentos extraídos de la actividad probatoria. La doctrina se ha esforzado por identificar y explicar cuáles serían los criterios objetivos para evaluar la relación entre dicha actividad y la argumentación que desarrolla el juzgador en su resolución.

Su fijación a nivel teórico resulta imprescindible dado que a nivel legislativo normalmente esos criterios se resumen en expresiones como “máximas de la experiencia”, el “sentido común”, las “reglas de la lógica” o la “sana crítica”. De tal manera que, ante una resolución judicial concreta, habría que preguntarse si en la valoración de las pruebas el juzgador utilizó aquéllos criterios que pueden ser considerados legislativos, por cuanto constituyen el contenido de un mandato legal, y teóricos en la medida en que su desarrollo ha sido animado por la dogmática procesalista.

Por otra parte, además de esos criterios en cierto modo imprecisos, la ley procesal puede dejar un amplio margen de valoración al juzgador que debe ser concretado en cada caso particular, quedando bajo su responsabilidad la decisión del valor y los efectos probatorios de cada medio de prueba, respecto de los cuales queda obligado a exponer los elementos de hecho y de derecho que tuvo en cuenta, como lo exige el artículo 189 del COGEP por lo que refiere a su ámbito de aplicación.³⁸⁹

³⁸⁸ Una distinción al respecto puede verse en Frederick Schauer, *Pensar como un abogado: Una nueva introducción al razonamiento jurídico* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 77-98.

³⁸⁹ Ecuador, COGEP, art. 89. Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única

Las categorías “prueba tasada” y “libre apreciación de la prueba” responden a cada uno de esos modos diversos de la relación del juzgador con la actividad probatoria. Suele hablarse en la doctrina de un *sistema de prueba tasada* por contraposición a un *sistema de libre apreciación de la prueba*, para hacer referencia a dos modelos de valoración de la prueba en el proceso.³⁹⁰

En el sistema de prueba tasada la ley procesal establece taxativamente los medios de prueba de que pueden valerse las partes, así como el valor que debe atribuir el juez a cada uno; mientras que en sistema de libre apreciación la misma ley establece los medios de pruebas tradicionales, al tiempo que deja abierta la posibilidad de que el juez pueda incorporar de otros no establecidos expresamente, el juzgador deberá en cada caso atribuir los efectos que le parezcan pertinentes.³⁹¹

Por lo dicho, en nuestra opinión, con respecto a la distinción entre los medios de prueba tradicionales o clásicos y los denominados nuevos medios de prueba, se puede apreciar que esa diferenciación es pertinente solo con respecto al sistema de libre apreciación de la prueba, lo que se fundamenta además en el abandono progresivo de la prueba tasada como criterio de valoración de la prueba en el proceso civil.³⁹²

Con respecto al carácter cognoscitivo o argumentativo de la actividad probatoria sucede algo similar. En un sistema de prueba tasada dicha actividad sería tendencialmente más apropiada como actividad cognoscitiva, dado que al llegar el juez al conocimiento de los hechos a través de las afirmaciones y excepciones de las partes la ley asigna automáticamente un valor a cada medio de prueba, relevándolo de realizar una valoración sustancial con respecto a ellos.

Por el contrario, un sistema de libre apreciación de la prueba resulta más congruente con la concepción de la prueba como actividad argumentativa, antes que exclusivamente cognoscitiva. La libre apreciación de la prueba permite al juzgador hacer una valoración de conjunto, en virtud del principio de unidad de la prueba, de todos los medios de prueba presentados por las partes y los argumentos que los sustentan.

Esa valoración de conjunto propicia “que se llegue a un mayor grado de certeza, ya que existirán algunas que sirvan de respaldo, como así también otras, que ayuden a

y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación.

³⁹⁰ Boris Barrios González, “Teoría de la sana crítica”, *Opinión Jurídica* n.º 3 (2003): 99-132.

³⁹¹ Jordi Nieva-Fenoll, “La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba”, *Ars Iuris Salmanticensis* 5 (2017): 57-76.

³⁹² Nieva-Fenoll, “La inexplicable persistencia”, 62.

desvirtuar las menos creíbles”.³⁹³ Así queda bajo la responsabilidad del juzgador determinar el valor de cada una en el contexto procesal, lo cual “brinda mayores garantías al procedimiento probatorio en sí, pues, no sólo protege a las partes sino también al juez”.³⁹⁴

Ahora bien, con independencia del grado de convicción a que pueda llegar el juzgador, como resultado de la actividad probatoria desarrollada en el proceso, un principio básico del derecho moderno es la no denegación de justicia, explicado oportunamente el epígrafe 1.3.1.9 de este trabajo, que lo obliga a decidir el conflicto entre las partes, sin que pueda alegar para ello falta de convicción, insuficiencia del material probatorio o cualquier otra causa en virtud de la cual pueda excusarse válidamente.³⁹⁵

Además, el mismo principio exige que la decisión debe ser fundada en argumentos que contengan un análisis de las pruebas practicadas, su relación con los hechos controvertidos y el peso que le asigna el juzgador a cada uno en el conjunto del material probatorio que sustenta la decisión,³⁹⁶ lo que constituye tanto una exigencia normativa como un postulado de la función judicial para asegurar su legitimidad.

El problema central para este estudio se presenta cuando el juzgador no llega a un nivel suficiente de convicción, después de haberse practicado en la audiencia cada uno de los medios de prueba aportados por las partes, y debe pronunciarse en un plazo perentorio resolviendo el conflicto sometido a su conocimiento. En ese momento surge un problema frente al que debe asumir una posición, si prefiere decidir aún con un material probatorio insuficiente, o decretar la práctica de la prueba de oficio que le permita aumentar su grado de convicción.

Si decide decretar prueba de oficio, estaría haciendo efectiva en la práctica una de las características que suelen asociarse a los sistemas procesales inquisitivos, de lo contrario estaría más apegado al sistema procesal dispositivo que le exige decidir con base en el material probatorio aportado por las partes, sea o no suficiente para alcanzar el grado de convicción que considere apropiado.

³⁹³ Ramírez Salinas, “Principios generales”, 1029.

³⁹⁴ *Ibíd.*, 1029.

³⁹⁵ En el plano del Derecho vigente en el Ecuador, el principio está regulado en el artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial: Los jueces y juezas “no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia”.

³⁹⁶ Un resumen de las principales teorías sobre la argumentación jurídica, con una posición propia que ha generado una enorme bibliografía secundaria puede verse Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008).

En el fondo se vuelve a la tensión que fue analizada en el capítulo anterior, esto es, si el juez debe tener o no iniciativa en materia probatoria, y si está obligado a realizar la justicia a través del sistema procesal, o solo aplicar el derecho vigente para establecer la verdad procesal.

La prueba de oficio es una institución discutida de manera insistente en la doctrina procesalista, siendo considerada por algunos autores como una facultad de los jueces y en tanto tal, pueden decidir si la ejercen o no, mientras que otros consideran que se trata de una obligación en los casos que concurren ciertas circunstancias previstas en la ley, o para el cumplimiento de los objetivos del proceso y realizar una fundamentación adecuada de su resolución.

El debate viene dado porque puede ser un instrumento para elevar el grado de convicción del juzgador; pero también que puede comprometer su imparcialidad o en general cualquiera de los principios de la administración de justicia o la función judicial analizados en el capítulo primero de esta investigación.

3. La prueba de oficio y sus límites

A pesar de las críticas y objeciones dirigidas a la vertiente clásica del principio de carga de la prueba, su vigencia como categoría propia del derecho procesal, como técnica específica de distribución de la carga de la prueba hacia el interior del proceso, y como criterio a seguir por el juzgador en la valoración de la prueba producida hacia el interior del mismo, sigue ocupando un lugar principal en el derecho probatorio.³⁹⁷

En tal sentido, se puede afirmar que continúa siendo por antonomasia el principio de distribución de carga de la prueba rector en el proceso, si bien con importantes correcciones introducidas por la concepción de la inversión de la carga de la prueba y la teoría de la carga probatoria dinámica. En relación con ésta última dijimos en su momento que abre mayores posibilidades de intervención del juzgador en la actividad probatoria y la consecución del fin del proceso.

Sin embargo, esa intervención no puede ser sino discreta, en la medida en que no implica necesariamente introducir nuevos medios de prueba o decretar pruebas no solicitadas por las partes, sino una distribución de la carga probatoria de acuerdo a

³⁹⁷ Gabriel Valentín, “La prueba y la sentencia: algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba”, *Revista de Derecho* n.º 10 (2014): 249-77.

criterios que son a la vez teóricos, jurisprudenciales y, en algunos casos, legislativos, si bien solo estos últimos crean una obligación para el juzgador.

Un paso más allá con respecto a la versión clásica del principio de carga de la prueba lo constituye la prueba de oficio, de la cual nos ocuparemos con detenimiento en las páginas que siguen.

La prueba de oficio afecta, por un lado, a la postura clásica del principio de distribución de la carga de la prueba, y por otro se relaciona directamente con el principio inquisitivo que durante mucho tiempo tuvo una incidencia significativa en la teoría del derecho procesal, a la vez que constituía una exigencia legislativa y jurisprudencial que pesaba sobre los jueces, cuestión que fue analizada en el capítulo anterior.

Con base en esos presupuestos, en este epígrafe se analiza la relación que se puede establecer entre el principio de carga de la prueba y la prueba de oficio como signo distintivo del sistema procesal inquisitivo. No se trata de que esta última institución solo sea posible en el referido sistema, sino de que constituye una excepción al principio dispositivo que solo admite como medios de prueba los aportados exclusivamente por las partes, mientras que la prueba de oficio admite que el juzgador introduzca medios no aportados o no solicitados por las partes.

La prueba de oficio marca contrapuntos con la prueba proveniente del principio de aportación de parte. Mientras este último establece que las pruebas deben ser aportadas al proceso por las partes, aquella es traída al proceso por mandato expreso del juzgador, previo cumplimiento de los requisitos y en las circunstancias previstas en las normas procesales que configuran técnicamente esa institución.³⁹⁸

Que tal facultad recaiga en el juez impone la necesidad de analizar los elementos esenciales de la prueba de oficio, a los fines de identificar sus características principales y los requisitos de procedibilidad que se han delineado en la teoría del derecho procesal y en la legislación, lo que permite tener una reconstrucción exhaustiva para alcanzar los propósitos de nuestra investigación.

Desde el punto de vista conceptual, tanto en la doctrina como en la legislación se utilizan profusa e indistintamente las expresiones “medidas para mejor proveer”,³⁹⁹

³⁹⁸ Véase Lara Chagoyán, “Motivación de los hechos”, 84.

³⁹⁹ Agustín Prada Errecart, “Algunas reflexiones sobre las medidas para mejor proveer”, *Diario Civil y Obligaciones*, n.º 80 (2016): 1-2.

“diligencias para mejor proveer”⁴⁰⁰ o “medidas para mejor resolver”⁴⁰¹ como sinónimos de la prueba de oficio.⁴⁰²

La diferencia en nuestra opinión, al parecer radica en que mientras prueba de oficio es utilizada de manera casi exclusiva en la teoría y la jurisprudencia, las demás son utilizadas tanto en la legislación como en la doctrina. Otra diferencia es que, mientras prueba de oficio hace referencia al origen (el juzgador) las diligencias o medidas para mejor resolver, o para mejor proveer, hacen referencia al objetivo que se persigue con ellas.⁴⁰³

Teniendo en cuenta esta afirmación, y para reducir la vaguedad y ambigüedad del lenguaje jurídico en torno a esa institución, se utilizará la denominación que aparezca en la doctrina o la legislación analizada. Cuando se trate de hacer énfasis en el origen o en su finalidad, se utilizará respectivamente prueba de oficio y prueba para mejor resolver.

La prueba de oficio supone que el juzgador pueda “aportar pruebas por su propia iniciativa, bajo dos circunstancias: dentro de los límites de las pretensiones de las partes, y en cualquier momento del proceso”.⁴⁰⁴ Asimismo, supone “que el mismo juez solicite la actuación de pruebas de oficio en aplicación del principio de autoridad del juez, por el cual, además de los poderes de dirección formal, se adjudica poderes concernientes al objeto deducido en el proceso”.⁴⁰⁵

Frida Mercedes Chávez Núñez sostiene que la finalidad práctica de la prueba de oficio consiste en “asegurar la efectiva igualdad de las partes en el proceso, el develamiento de fraudes en perjuicio de terceros e impedir sentencias inhibitorias y nulidades futuras”.⁴⁰⁶

⁴⁰⁰ Lara Chagoyán, “Motivación de los hechos”, 83-118. Con la misma denominación José María Moreno Pérez, “La práctica de las diligencias finales y la pervivencia de las diligencias para mejor proveer en el proceso laboral: Una lectura desde el punto de vista de la nueva regulación”, *Temas Laborales* n.º 106 (2010): 261-9.

⁴⁰¹ Hugo Botto, “Las medidas para mejor resolver en el proceso civil chileno son inconstitucionales”, *Academia Virtual Iberoamericana de Derecho*, 23 de noviembre de 2018, <https://docplayer.es/6657134-Academia-virtual-iberoamericana-de-derecho-biblioteca-derecho-procesal-medidas-para-mejor-proveer.html>.

⁴⁰² Loly Aylú 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): 3-22.

⁴⁰³ Manuel Ossorio utiliza como sinónimos, al menos así se puede interpretar de las remisiones que hace en su obra, las expresiones “Medidas para mejor proveer” (591), “Diligencias para mejor proveer” (331 y 592) y “Providencias para mejor proveer” (790), pero nunca utiliza “prueba de oficio.” Por su parte Hernando Devis Echandía (“Compendio”) utiliza indistintamente “providencias para mejor proveer” (50), “medidas para mejor proveer” (62) y “prueba de oficio” (171).

⁴⁰⁴ Marianella Ledesma Narváez, “La prueba de oficio en el sistema dispositivo”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, *Gaceta Jurídica* (1999): 20.

⁴⁰⁵ Frida Mercedes Chávez Núñez, “La prueba de oficio y breve comentario de su regulación en la nueva ley procesal del trabajo”, *Ita Ius Esto*, n.º 22 (2012): 128.

⁴⁰⁶ Chávez Núñez. “La prueba de oficio”, 129.

Por su parte, Roberto Lara Chagoyán define a la prueba de oficio como “prácticas probatorias ordenadas oficiosamente por los tribunales y dirigidas a esclarecer la verdad de algún hecho controvertido”; a la vez que le atribuye la condición de “actos de instrucción, que surgen de la iniciativa del órgano jurisdiccional, que con ellas se busca la verdad y que los nuevos hechos deben ser pertinentes, influyentes y necesarios o convenientes”.⁴⁰⁷

A nuestro juicio, no parece que sea correcto referirse a nuevos hechos como lo hace este autor, ya que la prueba de oficio es para introducir nuevos medios de prueba que permitan elevar el grado de convicción del juzgador antes de decidir, porque los hechos ya fueron fijados en la demanda y contestación, y sobre ellos debe pronunciarse el juzgador,⁴⁰⁸ quien tampoco puede modificarlos.

En síntesis, de acuerdo a las definiciones anteriores, la prueba de oficio consiste en la posibilidad que tiene el juzgador de introducir nuevos medios de prueba no solicitados o propuestos por las partes. Es muy discutida la finalidad de esa acción jurisdiccional, donde se disputa si la prueba de oficio tiene por objetivo alcanzar la verdad en el proceso,⁴⁰⁹ adoptar una resolución justa,⁴¹⁰ o hacer efectivo el principio del debido proceso.⁴¹¹

También se discute, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, si la prueba de oficio constituye una obligación o una facultad del juzgador y cuáles son las consecuencias de su uso o no uso.⁴¹² No existiendo acuerdo tampoco en este último punto, podemos asumir que se trata de una facultad discrecional,⁴¹³ que puede utilizar en

⁴⁰⁷ Lara Chagoyán, “Motivación de los hechos”, 88.

⁴⁰⁸ José María Botana López, “Prueba y diligencias para mejor proveer”, *Revista del Ministerio del Trabajo y asuntos sociales* n.º 38 (2002). “Estos preceptos [se refiere a los que establecen la prueba de oficio] que alguna parte de la doctrina entiende como opuestos al principio rogatorio y de aportación de prueba, confieren al Órgano Judicial la facultad de poder practicar de oficio cuantas pruebas estime necesarias, pero no aportar hechos”, 94.

⁴⁰⁹ Roberto Lara Chagoyán, “Motivación de los hechos”, 85. El autor afirma que “las diligencias para mejor proveer constituyen una posibilidad legal, aunque discrecional, para que los jueces decidan o terminen por decidir si un hecho está o no probado”.

⁴¹⁰ Agustín Prada Errecart, “Algunas reflexiones”, 1. El autor se refiere a las “indiscutibles bondades de su utilización en pos de lograr la máxima innegable de todo proceso que es el dictado de una norma jurídica individual justa”.

⁴¹¹ Un análisis al respecto puede verse en Néstor Pedro Sagúes, “Activismo versus garantismo, a propósito de la producción de pruebas y medidas precautorias de oficio en la acción de amparo ambiental”. Ver *El juez constitucional en el siglo XXI* (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009), 121-34.

⁴¹² Al respecto puede verse Rodolfo Castro León, “La carga de la prueba y la facultad del juzgador para recabar elementos de convicción en el juicio contencioso administrativo federal conforme a la jurisprudencia mexicana: un problema de procuración del conocimiento de la verdad material”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n.º 31 (2011): 11-44.

⁴¹³ En contra de esa opinión mayoritaria se encuentra Agustín Prada Errecart, “Algunas reflexiones”, 85. El autor considera esas “diligencias como genuinos deberes de motivación, por lo que discrepo de quienes ponen el acento en el aspecto discrecional como algo divorciado de los deberes”.

diferentes circunstancias, siempre dentro del marco legal establecido. Una de esas circunstancias, pero no la única, es la “insuficiencia de los medios probatorios”⁴¹⁴ aportados por las partes, que no permiten al juzgador llegar a un grado de convicción suficiente para sentenciar.

Se suele aclarar que “en ningún caso la facultad probatoria del juez deberá sustituir, anular, subsumir o suplir la actividad probatoria de las partes”. La prueba de oficio constituye una facultad atribuida al juzgador que, como cualquier otra, después de ser ejercida tiene efectos jurídicos independientes de la voluntad del sujeto, por lo que debe ser bien ponderada la necesidad de decretarla o no.

Por esa razón coincidimos con José María Botana López, cuando afirma que “aunque las diligencias para mejor proveer son potestativas en su origen, una vez acordadas devienen obligatorias y la práctica de las mismas con intervención de las partes ha de acomodar a las respectivas normas reguladoras procesales en cuanto puedan ser de aplicación en este trámite procesal”.⁴¹⁵

3.1. Algunos límites a la prueba de oficio

En tanto una facultad atribuida al juzgador, la prueba de oficio puede ser decretada por éste cuando lo considere necesario. Sin embargo, se trata de una facultad sujeta a ciertos límites que debe verificar, para que su decisión de realizar una actividad que en principio solo corresponde a las partes, no termine por perjudicar a cualquiera de ellas o, lo que sería peor, por desconocer algunos de los principios como el de contradicción, igualdad de partes o imparcialidad judicial o cualquiera de los que rigen la prueba y la función judicial, sin una justificación suficiente.

Respecto de los límites de la prueba de oficio conviene precisar lo siguiente. La dogmática procesalista referida a la institución habitualmente procede de dos maneras distintas, aunque no siempre esa distinción es tenida en cuenta. Por un lado, proceden en términos descriptivos para explicar y analizar la construcción jurídica de la prueba de oficio en la legislación, y por otro en términos valorativos para postular cómo debería estar diseñada y qué poderes o facultades debería atribuir al juzgador.

En ese contexto, siempre es importante distinguir entre los resultados de las discusiones teóricas, que aportan muchos elementos para la comprensión y eventualmente

⁴¹⁴ Frida Mercedes Chávez Núñez, “La prueba de oficio”, 129.

⁴¹⁵ José María Botana López, “Prueba y diligencias”, 95.

mejor explicación de las instituciones jurídicas, y las regulaciones vigentes con respecto a las cuales no siempre hay coincidencias con los teóricos; se trata de una distinción entre la teoría jurídica, por un lado, y por otro, de la técnica legislativa y el derecho vigente.

En este apartado se abordan únicamente algunos de los límites más importantes que deberían respetarse en el diseño legislativo de la prueba de oficio, mismo que deberían ser respetados por el juzgador al momento de decretarla. La forma concreta en que se expresa cada uno de ellos en la legislación será analizada en el epígrafe subsiguiente.

Entre tales límites se encuentran los siguientes:⁴¹⁶

a) La prueba de oficio no se debe utilizar para reemplazar a las partes en la carga probatoria. Corresponde a las partes aportar todos los medios de prueba en que fundan sus pretensiones y excepciones. Respecto de esa obligación o derecho, según la teoría que se defienda al respecto y su configuración jurídica, la práctica de pruebas decretada de oficio por el juzgador solo puede complementar, no completar, la insuficiencia de las partes.

Reemplazarlas implicaría ponerse en su lugar y realizar lo que es obligación o derecho de aquellas, cosa que les está prohibido al juzgador porque es un tercero entre las partes y como tal debe ser imparcial.

b) La prueba de oficio decretada debe derivarse de las fuentes de prueba citadas por las partes. Al momento de interponer la demanda, el demandante está obligado a aportar las pruebas documentales que obren en su poder, o indicar aquellos medios de prueba de que intenta valerse y el lugar donde deban ser ubicados para su incorporación al proceso. Lo mismo aplica respecto del demandado al momento de contestar a la demanda, salvo que se allane a ella o se oponga en todos sus términos.

Si el material probatorio no fuera suficiente para llevar al juzgador al convencimiento de las afirmaciones y negaciones de las partes, podrá decretar prueba de oficio, siempre que el medio de prueba así introducido tenga una relación directa con aquellas propuestas por las partes, de lo contrario podría reemplazarlas en sus obligaciones, en lugar de ejercer sus facultades en tanto juzgador.

c) La prueba de oficio debe relacionarse con el objeto del proceso. El objeto del proceso lo definen las partes y no el juzgador, quien tampoco puede modificarlo en el transcurso del litigio. La prueba que decreta de oficio debería cumplir, en principio, los

⁴¹⁶ Rolando Alfonso Martel Chang, *Prueba de oficio en el proceso civil* (Lima: Instituto Pacífico, 2015), 128-34.

mismos requisitos que se exigen a las partes para admitir o denegar un medio de prueba propuesto. En tal sentido, la prueba de oficio debería ser pertinente, conducente, necesaria y por supuesto lícita, características que son más difíciles de validar respecto de la prueba de oficio porque es el propio juzgador quien la introduce y realiza su valoración.

La discusión acerca de si la prueba de oficio cumple cada una de esas exigencias solo podrá hacerse en los casos en que se admita contra ella algún recurso, ya sea dentro del mismo proceso o ante un tribunal de alzada.

d) Finalmente, la prueba de oficio debe respetar el principio de contradicción en materia probatoria. Que sea posible impugnar la prueba decretada de oficio puede tener dos sentidos distintos. Por un lado, en teoría las partes deberían tener el derecho de impugnar el decreto del juzgador donde ordena la práctica de pruebas de oficio. Por otro, ese mismo derecho les asiste respecto del contenido de la prueba ordenada o de los resultados de práctica o reproducción en la audiencia.

La configuración técnico-jurídica de la institución que haga el legislador debería definir los medios, formas o vía de impugnación de la prueba decretada de oficio, así como las consecuencias respecto a las partes y al propio juzgador, si es que la hubiera, por la impugnación de la prueba así decretada o por sus resultados sobre los derechos u obligaciones de las partes, o sobre los principios que rigen el sistema procesal, la administración de justicia y la función judicial.

De cualquier manera, los límites señalados no se corresponden necesariamente con el diseño técnico-jurídico de la prueba de oficio en la legislación vigente. Para verificar o descartar esta cuestión a continuación se hace un estudio comparado de dicha institución en la legislación procesal vigente en tres países distintos de la región suramericana.

3.2. La prueba de oficio: Estudio comparado

La distinción entre las teorías sobre la prueba de oficio y su regulación jurídica, permite apreciar las semejanzas y diferencias entre los aspectos teóricos y los aspectos técnicos de su implementación, donde no siempre lo que es correcto o aceptado en la teoría es establecido legalmente en las normas procesales, de ahí que un estudio exhaustivo de la institución debe abarcar también las formas concretas de regularla en diferentes marcos normativos.

Ello es congruente si se tiene en cuenta que los ordenamientos jurídicos procesales nacionales suelen diferir en cuanto a su entrada en vigencia, desarrollo jurisprudencial y

legislativo, finalidad del proceso y presupuestos políticos o ideológicos en que se sustentan, así como en la manera de implementar los principios teóricos y los técnico-jurídicos en el diseño del sistema procesal, todo lo cual influye en el diseño específico de la prueba de oficio.

En este epígrafe se hace un breve análisis comparado de las regulaciones vigentes en algunos países suramericanos en cuanto a la prueba de oficio. El estudio se circunscribe a la legislación tributaria, con el propósito de determinar semejanzas y diferencias en dichas regulaciones, así como los aspectos más importantes en cuanto a su naturaleza, requisitos de procedibilidad, efectos legales con respecto a las partes y al juzgador, y los medios de prueba con respecto a los que puede ser decretada y practicada; teniendo como telón de fondo el carácter del sistema procesal y la finalidad del proceso.

El hecho de que el objeto de estudio se reduzca a la legislación tributaria tiene una explicación, y es la siguiente. La prueba de oficio es una institución del derecho procesal que puede adquirir diferentes matices de acuerdo a la materia procesal específica, sobre todo en aquellos ordenamientos jurídicos donde existen varios cuerpos legales que integran en sí la parte sustantiva y procesal, como sucedía en el Ecuador antes de la entrada en vigencia del COGEP.

De ahí que para realizar el análisis comparado no se utilice la legislación procesal civil como es usual, sino la legislación tributaria, excepto cuando aquella sea relevante o aplicable de manera supletoria, lo que permitirá contrastar las construcciones teóricas expuestas con anterioridad, con su configuración en la normativa procesal tributaria de los países seleccionados, lo que a su vez hará factible determinar si existen diferencias sustanciales entre la prueba de oficio en el proceso tributario en la legislación comparada y la aplicable al mismo proceso en el Ecuador.

Desde el punto de vista metodológico, la comparación se realiza a través de la interpretación literal del texto, tal cual aparece en los códigos respectivos vigentes en Uruguay, Bolivia y Perú.⁴¹⁷

La selección de los países a comparar responde a los criterios básicos ya señalados en el epígrafe 2.1.1 referido a las cuestiones metodológicas preliminares.

El análisis textual toma en cuenta únicamente los aspectos de la técnica de regulación de la prueba de oficio y en base a los criterios de comparación que hemos

⁴¹⁷ En un trabajo de nuestra autoría ya publicado extendimos el análisis comparado a otras leyes procesales como las vigentes en Costa Rica y España. Al respecto puede verse Ligia Gabriela Izurieta Alaña, “Las funciones del juzgador en relación con las pruebas en el Código Orgánico General de Procesos del Ecuador”, *Revista Jurídica Piélagus*, n.º 1 (2017): 11-21.

definido previamente, dejando de lado los aspectos políticos o ideológicos de fondo, así como los resultados que se hayan obtenido en su aplicación y las reformas de que hayan sido objeto a lo largo de su tiempo de vigencia.

3.3. Normas jurídicas a comparar

Código Tributario de Uruguay. El análisis comienza con el *Código Tributario* vigente en Uruguay (CTU, 1974).⁴¹⁸ El mismo dispone, con respecto a la prueba de oficio, lo siguiente:

Artículo 55. (Prueba de oficio). El organismo recaudador podrá disponer de oficio las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos acerca de los cuales debe dictar resolución.

[...]

Artículo 85. (Normas aplicables). Son aplicables a los procesos tributarios las normas del derecho procesal común y del contencioso administrativo, con las excepciones establecidas en este Capítulo.

La primera norma, si bien dispone expresamente sobre la prueba de oficio, no se dirige al tribunal de lo contencioso tributario, sino a la autoridad administrativa que conoce del recurso, en este caso al organismo recaudador que conoce del procedimiento de derecho tributario material previsto a partir del artículo 43.

La segunda, por el contrario, se dirige al juez que conoce del procedimiento contencioso tributario, al establecer que, por vía de interpretación, en materia de prueba de oficio debe atenderse a lo dispuesto en el *Código General del Proceso* (CGPU),⁴¹⁹ el cual regula en su artículo 193.3 la referida prueba:

Artículo 193.3. El tribunal podrá disponer, en el mismo acto en que efectúense anuncio, diligencias para mejor proveer, debiendo dejar expresa constancia de las razones por las cuales no dispuso su diligenciamiento de oficio, durante el trámite del proceso. Las partes podrán solicitar, a modo de contraprueba, diligencias complementarias de las dispuestas por el tribunal, el cual resolverá sin otro trámite y sin perjuicio del recurso de apelación diferida, si se violan las garantías del contradictorio y del derecho de defensa. El tribunal de segunda instancia, si considera que mediante dicha prueba se ha alterado gravemente el principio de igualdad de las partes en el proceso, podrá disponer las medidas complementarias que entienda adecuadas para asegurar el respeto de dicha igualdad y del derecho de defensa en juicio.

⁴¹⁸ Uruguay, *Código Tributario*, Decreto- Ley n.º 14.306, 29 de noviembre de 1974, 12 de julio de 2018, <http://www.dgi.gub.uy/wdgi/afiledownload?2,4,836,O,S,0,13885%3BS%3B8%3B115>.

⁴¹⁹ Uruguay, *Código General del Proceso*, Ley n.º. 15.982, 18 de octubre de 1988, 22 de julio de 2018, <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/uy/uy045es.pdf>.

Código Tributario de Bolivia. En el *Código Tributario de Bolivia* (CTB),⁴²⁰ no se admite expresamente la prueba de oficio, al tiempo que dispone lo siguiente:

Artículo 76. Carga de la prueba. En los procedimientos tributarios administrativos y jurisdiccionales quien pretenda hacer valer sus derechos deberá probar los hechos constitutivos de los mismos. Se entiende por ofrecida y presentada la prueba por el sujeto pasivo o tercero responsable cuando estos señalen expresamente que se encuentran en poder de la Administración Tributaria.

De esa disposición se colige que solo las partes están facultadas para ejercer la iniciativa probatoria en los términos previstos en el CTB; no obstante, hay que tomar en consideración lo dispuesto en su artículo 74.2 sobre la aplicación supletoria del *Código de Procedimiento Civil* (CPCB),⁴²¹ que al efecto establece que:

Artículo 74.2. Los procesos tributarios jurisdiccionales se sujetarán a los principios del Derecho Procesal y se sustanciarán y resolverán con arreglo a las normas contenidas en el presente Código. Sólo a falta de disposición expresa, se aplicarán supletoriamente las normas del Código de Procedimiento Civil y del Código de Procedimiento Penal, según corresponda.

Al no existir una disposición expresa sobre la prueba de oficio en el CTB, y no excluir su procedencia, es de suponer que son aplicables las normas que al respecto contiene el CPCB, cuyo artículo 207 dispone que:

⁴²⁰ Bolivia, *Código Tributario Boliviano*, Ley n.º 2492 de 2 de Agosto de 2003, 12 de julio de 2018 http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_blv_codtribut.pdf.

⁴²¹ Bolivia, *Código de Procedimiento Civil*, 12 de julio de 2018, <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/bo/bo045es.pdf>.

Artículo 207. La autoridad judicial, concluida la audiencia, en forma excepcional podrá disponer la prueba que considere necesaria para mejor proveer y que fuere importante para la formación de su criterio, disponiendo sobre la forma y el tiempo en que deberá ser recibida. En este caso, dejará constancia de las razones por las cuales no dispuso oportunamente su diligenciamiento durante el curso del proceso.

Código Tributario de Perú. En esta parte habrá que indicar que algo muy distinto sucede con el *Código Tributario de Perú* (CTP),⁴²² que sí contiene normas específicas sobre la prueba de oficio aplicable al proceso contencioso tributario. Al respecto, se dispone lo que sigue:

Artículo 126. Pruebas de oficio. Para mejor resolver el órgano encargado podrá, en cualquier estado del procedimiento, ordenar de oficio las pruebas que juzgue necesarias y solicitar los informes necesarios para el mejor esclarecimiento de la cuestión a resolver. En el caso de la pericia, su costo estará a cargo de la Administración Tributaria cuando sea ésta quien la solicite a las entidades técnicas para mejor resolver la reclamación presentada. Si la Administración Tributaria en cumplimiento del mandato del Tribunal Fiscal solicita peritajes a otras entidades técnicas o cuando el Tribunal Fiscal disponga la realización de peritajes, el costo de la pericia será asumido en montos iguales por la Administración Tributaria y el apelante.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia (CPACAC).⁴²³ En su artículo 213 sobre las pruebas de oficio dispone lo siguiente:

En cualquiera de las instancias el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes. Además, oídas las alegaciones el Juez o la Sala, sección o subsección antes de dictar sentencia también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días. En todo caso, dentro del término de ejecutoria del auto que decrete pruebas de oficio, las partes podrán aportar o solicitar, por una sola vez, nuevas pruebas, siempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio. Tales pruebas, según el caso, serán practicadas dentro de los diez (10) días siguientes al auto que las decrete.

El texto de cada una de las disposiciones jurídicas citadas integra el núcleo del presente análisis comparado, que se realiza con base en criterios de comparación previamente establecidos cuya sistematización se presenta a continuación.

⁴²² República del Perú, *Código Tributario de Perú*, Decreto Supremo n.º 133 de 2013, 12 de julio de 2018, https://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/normativa/TUO_13.pdf.

⁴²³ Colombia, *Ley 1437 de 2011, Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo*.

3.4. Operador deóntico

Se refiere a la norma de adjudicación que confiere competencia para decretar prueba de oficio; los indicadores son: a) *facultad discrecional* cuando la norma no establece expresamente el carácter excepcional de su ejercicio; y b) *facultad excepcional* cuando la norma establece expresamente que se trata de una facultad excepcional que puede implicar o no argumentación en caso de su ejercicio.

- *Código Tributario de Uruguay*. Facultad discrecional que puede ejercer el juez, no se especifica su carácter excepcional, aunque es de presumir que así sea.
- *Código Tributario Bolivia*. Facultad excepcional que puede ejercer el juez.
- *Código Tributario Perú*. Facultad discrecional que puede ejercer el juez, no se especifica su carácter excepcional, aunque es de presumir que así sea.
- *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia*. Facultad excepcional que puede ejercer el juzgador cuando considere necesario para esclarecer la verdad.

3.5. Nombre la institución

Se refiere al nombre con el que es referida la prueba de oficio en el texto legal.

- *Código Tributario de Uruguay*. Diligencias para mejor proveer.
- *Código Tributario Bolivia*. Prueba para mejor proveer.
- *Código Tributario Perú*. Prueba de oficio.
- *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia*. Prueba de oficio.

3.6. Objetivo

Se refiere al objetivo declarado en la norma que se pretende o se debe alcanzar con la prueba de oficio; el objetivo puede ser: a) *expreso*, cuando se hace referencia al resultado procesal que se debe obtener (esclarecimiento de los hechos, establecimiento

de los puntos controvertidos, etc.) o; b) *tácito*, cuando el objetivo remite a categorías jurídicas como mejor proveer, mejor resolver o convicción judicial.

- *Código Tributario de Uruguay*. Proveer mejor material probatorio para resolver el asunto.
- *Código Tributario Bolivia*. Proveer material probatorio importante para la formación de su criterio.
- *Código Tributario Perú*. El mejor esclarecimiento de la cuestión a resolver.
- *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia*. Esclarecer la verdad de los hechos.

3.7. Momento procesal

Se refiere al momento procesal oportuno en el que el juzgador puede ejercer la facultad de ordenar pruebas de oficio.

- *Código Tributario de Uruguay*. En el momento posterior a la conclusión de la causa, y antes de dictar sentencia.
- *Código Tributario Bolivia*. Es excepcional y procede al concluir la audiencia ordinaria y durante la producción de pruebas a lo largo del proceso.
- *Código Tributario Perú*. Procede en cualquier estado del procedimiento.
- *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia*. En la misma audiencia donde se produzcan las pruebas de las partes.

3.8. ¿Qué se puede ordenar?

Se refiere a lo que específicamente puede ordenar el Juez en uso de su facultad discrecional o excepcional.

- *Código Tributario de Uruguay*. Nuevas pruebas de acuerdo a las admitidas en el CTU.
- *Código Tributario Bolivia*. Nuevas pruebas de acuerdo a las admitidas en el CTB.
- *Código Tributario Perú*. Las pruebas que juzgue necesarias, así como solicitar los informes necesarios.

- *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia*. Pruebas de oficio.

3.9. Requisito de procedibilidad

Se refiere a la circunstancia, condición o motivos en virtud de los cuales el juzgador puede decretar u ordenar prueba de oficio.

- *Código Tributario de Uruguay*. Cuando el juez no tiene material probatorio suficiente para la formación de su criterio.
- *Código Tributario Bolivia*. Cuando el juez no tiene material probatorio suficiente para la formación de su criterio.
- *Código Tributario Perú*. Cuando el juez no tiene material probatorio suficiente para resolver.
- *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia*. Necesidad de esclarecer la verdad de los hechos.

3.10. Control de la facultad

Se refiere a los medios de ejercer control, dentro del proceso, sobre el ejercicio de la facultad de decretar u ordenar prueba de oficio atribuida al juzgador, para evitar su uso indiscriminado o afectaciones a los principios procesales o a los derechos de las partes.

- *Código Tributario de Uruguay*. El juez debe dejar constancia de las razones por las cuales no dispuso oportunamente su diligenciamiento durante el curso del proceso.
- *Código Tributario Bolivia*. El juez debe dejar constancia de las razones por las cuales no dispuso oportunamente su diligenciamiento durante el curso del proceso.
- *Código Tributario Perú*. El juez no está obligado a exponer las razones por las que decreta prueba de oficio.
- *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia*. El auto donde decreta la prueba de oficio no se exige que sea motivado.

3.11. Medio de impugnación

Se refiere a los recursos que pueden utilizar las partes para impugnar la prueba de oficio o sus resultados; es un medio de control externo al proceso.

- *Código Tributario de Uruguay.* Contra el auto que decreta prueba para mejor proveer procede recurso de apelación diferida, y en segunda instancia se pueden disponer medidas complementarias para asegurar el contradictorio y derecho a la defensa
- *Código Tributario Bolivia.* No procede ningún recurso de impugnación contra el auto del juez decretando prueba para mejor proveer.
- *Código Tributario Perú.* Contra el auto que decreta prueba de oficio no se consigna normativa por la cual proceda recurso alguno.
- *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia.* Las partes pueden aportar o solicitar, por una sola vez, nuevas pruebas, siempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio.

2.7. Análisis de los resultados

El cuadro comparativo anterior, así como la sistematización realizada sobre las características de la prueba de oficio en cada uno de los códigos analizados, permite arribar a conclusiones en cuanto a las semejanzas y diferencias en las regulaciones vigentes sobre la institución objeto de estudio en materia tributaria en los tres países estudiados, al tiempo que sirve para constatar las coincidencias y discrepancias que se dan tanto en la dogmática del derecho procesal cuanto en la legislación vigente.

Sobre las diferencias importa señalar lo siguiente: a pesar de que en la doctrina el nombre más utilizado es el de prueba de oficio, en las regulaciones comparadas se aprecian ciertas variaciones sustanciales.

En el CPCB y el CGPU se la denomina prueba para mejor resolver, mientras en el CTP se les da el nombre de pruebas de oficio; y, en el CPCP y el CPACAC se lo denomina de la misma manera, es decir, prueba de oficio. Asimismo, en los cinco casos el énfasis se pone, a nuestro entender, en la finalidad de la prueba decretada de oficio, que consiste en proveer nuevos elementos de juicio que permitan al juzgador alcanzar un mayor grado

de convicción, a los fines de dictar una sentencia que se corresponda con los resultados de la actividad probatoria desplegada por las partes y los medios de pruebas introducidos de oficio, en uso de su facultad discrecional.

Donde sí hay coincidencia plena en todas las disposiciones comparadas, es en el carácter facultativo de la prueba de oficio, que se puede verificar en las expresiones podrá disponer la prueba que considere necesaria: “podrá disponer, en el mismo acto en que efectúense anuncio, diligencias para mejor proveer” (CPCB);⁴²⁴ “el órgano encargado podrá ordenar de oficio las pruebas que juzgue necesarias” (CGPU);⁴²⁵ “el órgano encargado podrá ordenar de oficio las pruebas que juzgue necesarias” (CTP);⁴²⁶ y en el CPCP “puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere conveniente”; y en el CPACAC el juez “podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad”.⁴²⁷

No obstante ser una facultad discrecional, cuando es ejercida por el órgano jurisdiccional deben observarse obligatoriamente los principios de publicidad, contradicción, igualdad de las partes, al tiempo que dicho órgano debe exponer los argumentos en que sustenta su ejercicio, lo que es explícito en los casos del CPCB y el CGPU, no así en el CTU de Uruguay. Por su parte el CPCU exige que la decisión debe ser motivada y no es recurrible por las partes; mientras el CPACAC no expresa nada respecto a la motivación, y las partes sí pueden proponer nuevas pruebas para contradecir las introducidas de oficio por el juez.

Otro punto de coincidencias es el carácter excepcional de la prueba de oficio, lo cual se corresponde con el principio dispositivo y de aportación de parte que le es inherente en materia probatoria; dicho carácter no es declarado expresamente en ninguno de los códigos analizados, aunque puede perfectamente presumirse, puesto que en los tres casos rige el principio de aportación de parte y el principio de carga de la prueba en su versión clásica.

Además del carácter excepcional planteado como regla general, en algunos códigos se establecen expresamente requisitos de procedibilidad que debe fundamentar el juez en la resolución que decreta la práctica de pruebas de oficio. Así se dispone en el CPCB y el CGPU, donde el juez debe “dejar expresa constancia de las razones por las

⁴²⁴ Bolivia, *Código de Procedimiento Civil*, art. 207.

⁴²⁵ Uruguay, *Código General del Proceso*, art. 193.3.

⁴²⁶ República del Perú, *Código Tributario de Perú*, art. 126.

⁴²⁷ Colombia, *Ley 1437 de 2011, Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo*, art. 213.

cuales no dispuso su diligenciamiento de oficio, durante el trámite del proceso” (CGPU), o “dejará constancia de las razones por las cuales no dispuso oportunamente su diligenciamiento durante el curso del proceso” (CPCB); el CPCU solo exige que la decisión que decreta la prueba de oficio “sea motivada”, mientras que el CPACAC no dispone nada al respecto.

En virtud de ello, para el juzgador surge la obligación de fundamentar la decisión con argumentos en los que exponga el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad señalados, así como el respeto a los principios procesales de igualdad de las partes, contradicción, publicidad y debido proceso, mientras que para las partes surge teóricamente el derecho a impugnar la decisión mediante recurso previsto en cada caso, si lo hubiera, aunque la norma general es que tal decisión judicial, en vista de su carácter facultativo y excepcional, no sea recurrible.

El último aspecto de la comparación se refiere al momento procesal oportuno en que el órgano jurisdiccional puede decretar pruebas de oficio. En la doctrina suele sostenerse que puede ser en cualquier momento del proceso; sin embargo, en las disposiciones legales comparadas existe coincidencia en que es después de la actividad probatoria en base a los medios de prueba propuestos por las partes.

Del análisis se puede concluir que la facultad de introducir pruebas de oficio por parte del juzgador tiene un momento procesal oportuno, que es cuando se practican las pruebas ofrecidas por las partes y que sus resultados son insuficientes para formar convicción, o en el caso del CPACAC, no son suficientes para esclarecer la verdad de los hechos.

4. Conclusiones parciales del capítulo

En este capítulo se realizó un análisis exhaustivo de la prueba como institución del derecho procesal, con especial énfasis en la prueba decretada de oficio por el juez, la misma que recibe otras denominaciones como prueba para mejor proveer, diligencias para mejor proveer o prueba para mejor resolver, denominación esta última que utiliza por el COGEP en su artículo 168, aunque también se refiere a la denominación clásica de prueba de oficio en su artículo 294.7 letra b, pudiendo ser decretada por el juzgador en el trámite de audiencia preliminar.

Antes de llegar a ese punto se hizo una sistematización de las definiciones doctrinales de la prueba que más se acomodan a nuestros propósitos, siendo las más

relevantes las definiciones legislativas, ostensivas y por enumeración, en todas las cuales se pudo apreciar los elementos básicos que deben estar presentes en cualquier noción de la prueba como institución procesal. Sin embargo, el centro del análisis lo constituye la prueba de oficio, respecto de la cual, además de las consideraciones de índole metodológica y conceptual, se hace un estudio exhaustivo de las diferentes formas en que es entendida por la doctrina clásica y contemporánea, con relación a los principios de carga de la prueba y aportación de parte.

El estudio de esas relaciones entre la prueba decretada de oficio por el juzgador y los referidos principios, permitió concluir que dicha institución constituye una excepción a la noción clásica del principio de la carga de la prueba, según la cual es responsabilidad exclusiva de las partes aportar al proceso los medios de prueba en virtud de los cuales solicitan al juzgador que declare con lugar sus pretensiones o excepciones, y dicte una sentencia favorable a las mismas. Otra de las excepciones a los principios de carga de la prueba y aportación de partes es la teoría de las cargas probatorias dinámicas, incorporada ya en algunas leyes procesales suramericanas, según la cual corresponde aportar las pruebas a la parte que esté en mejores condiciones procesales o materiales de obtenerlas, relevando de esa manera a la parte inicialmente obligada a ello, pero que de hacerlo le resultaría más gravosa que a la otra.

La tercera de las excepciones, además de la prueba decretada de oficio y las cargas probatorias dinámicas, es la inversión de la carga de la prueba; a diferencia de las dos anteriores, en esta es la propia ley la que dispone que el principio clásico de carga de la prueba no debe ser observado y, por el contrario, corresponde a la parte que alega aportar, además, las pruebas que debería presentar la demandada, como sucede de manera paradigmática en el caso de los daños ambientales o en la prueba de los ingresos del obligado a prestar alimentos, como lo dispone expresamente el artículo 169 del COGEP que acoge la inversión de la carga de la prueba.

Además de los análisis de dogmática jurídica y doctrina procesalista, el capítulo incluye un estudio comparado de la configuración jurídica de la prueba de oficio en la legislación procesal tributaria vigente en Uruguay, Bolivia y Perú, donde se demuestra que la prueba de oficio es una institución tradicional en sistemas procesales definidos expresamente como dispositivos, aunque siempre prevista como una facultad excepcional atribuida al juzgador que debe ejercer bajo ciertos parámetros que permitan su control posterior, ya que además es una característica de esa legislación el que las partes no

pueden contradecir la prueba de oficio, excepto en casos muy puntuales que se concede el recurso de apelación con efecto diferido.

También es importante señalar que dichas leyes establecen por lo general el momento procesal oportuno en que el juzgador puede decretar la prueba de oficio, así como los requisitos de procedibilidad que deben cumplirse y la motivación que debe hacer respecto de la prueba decretada, tanto en el auto interlocutorio como en la sentencia que recaiga sobre el proceso, lo que puede ser entendido como límites que debe respetar el juzgador, entre los que se encuentran, además, que no debe utilizar para reemplazar a las partes en la carga probatoria, que debe derivarse de las fuentes de prueba citadas por las partes, debe relacionarse con el objeto del proceso y, finalmente, debe respetar el principio de contradicción en materia probatoria.

Este último límite no es común en la legislación comparada, y no está previsto en el COGEP, donde ni siquiera cabe la apelación con efecto diferido del auto interlocutorio a través del cual el juzgador decreta prueba para mejor resolver, como si es posible hacerlo en algunos de los códigos analizados en el estudio comparado.

Finalmente, es preciso añadir que la legislación procesal comparada en este capítulo es aplicable a los procesos contencioso-tributarios, lo que permite asimilar los resultados obtenidos al estudio de la prueba para mejor resolver prevista en el artículo 168 del COGEP, misma que es aplicable a todos los procesos que regula, incluido el procedimiento contencioso tributario objeto central de esta investigación, que se analiza en el capítulo siguiente.

Capítulo tercero

La prueba para mejor resolver como expresión de la facultad officiosa del juzgador en el procedimiento contencioso tributario ecuatoriano

En este capítulo se realiza un estudio sistemático, dogmático y legislativo, sobre la prueba para mejor resolver con el objetivo de identificar y fundamentar los presupuestos teóricos, normativos y procesales que legitiman su procedencia en el procedimiento contencioso tributario y su compatibilidad con el sistema procesal dispositivo en que se sustenta, de acuerdo a las disposiciones vigentes en la Constitución de 2008, el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código Orgánico General de Procesos en cuyo artículo 168 regula la prueba para mejor resolver.

1. La prueba de oficio en el derecho procesal ecuatoriano

El análisis comparado de las disposiciones jurídicas vigentes en el ordenamiento jurídico de Uruguay, Bolivia, Perú y Colombia sobre la prueba de oficio aplicables al procedimiento contencioso tributario realizado en el capítulo anterior, así como la identificación de sus principales semejanzas y diferencias, constituyen una base sólida para realizar un estudio similar, aunque con mayor profundidad, en la legislación ecuatoriana, especialmente la que fue derogada por el vigente COGEP.

La importancia de ese estudio radica, en primer lugar, en que las normas que regulan el procedimiento contencioso tributario en el Ecuador, y especialmente las relativas a la prueba de oficio, pasaron de tener carácter especial, aplicable únicamente al referido procedimiento, a ser reguladas de manera genérica en el vigente COGEP, lo que plantea una disolución del carácter especial de las normas jurídico procesales que, en materia contencioso tributaria, regulan la prueba de oficio, en favor de normas genéricas aplicables a todas las materias no penales señaladas en el artículo 1 del referido cuerpo legal.

Lo mismo es de aplicación para el resto de las materias jurídicas sustantivas que antes de la entrada en vigencia del COGEP tenían normas procesales propias y fueron derogadas por este, con la consecuente reducción de la diversidad de normas jurídicas relativas a la prueba de oficio, a una única disposición que, no obstante, no toma en cuenta

las peculiaridades de las materias sustantivas concretas, que difieren en cuanto a los sujetos, su objeto, principios y presupuestos técnicos, y que no en todos los casos pueden ser condensados en una fórmula procesal unívoca.

Por esa razón, en este epígrafe se estudian las diferentes formas de configuración técnica de la prueba de oficio en las normas procesales derogadas por el COGEP, con el objetivo de demostrar que la misma constituye una institución del derecho procesal que, si bien responde a un mismo objetivo genérico de permitir al juez introducir y producir en el proceso pruebas no solicitadas por las partes, no en todos los procesos judiciales se sustenta en los mismos presupuestos sustantivos y técnico-jurídicos.

En principio, se es plausible afirmar que la prueba de oficio puede considerarse una institución propia del derecho procesal ecuatoriano que, si bien ha sido reducida en su integridad a las disposiciones vigentes en el COGEP, estaba regulada de diferentes formas en las disposiciones procesales derogadas o modificadas por aquel, y respecto de las cuales se exigían diferentes requisitos y debían cumplirse diversos criterios de procedibilidad, que influían en los aspectos sustantivos y de diseño técnico de la institución.

El hecho de que no hubiera una regulación procesal común para todas las ramas del derecho sustantivo implicó, entre otras cosas, que no siempre se siguieran los mismos criterios para el diseño técnico normativo de la prueba de oficio, de ahí que se puedan establecer varios puntos de convergencia y de divergencia en sus diferentes formas de regulación con anterioridad al COGEP.

Si se toma en cuenta la dispersión legislativa antes de la entrada en vigencia del COGEP, se justifica realizar un estudio comparado de aquellas regulaciones que, aunque fueron derogadas por éste, permiten hacer una sistematización de las diferentes formas de configuración jurídica de la prueba de oficio, a partir de las que se elaboró la actual regulación, y con respecto a la que se puede identificar algunas diferencias, así como algunas coincidencias que resultan de interés para nuestra investigación.

La comparación se realiza entre las disposiciones relativas a la prueba de oficio que fueron derogadas por el COGEP y la nueva regulación establecida por este cuerpo legal en su artículo 168, siguiendo para ello las mismas variables e indicadores utilizados en el capítulo segundo, específicamente los explicados en el epígrafe 2.5.

Como se recordará, los criterios definidos y explicados entonces son los siguientes: operador deóntico (facultad discrecional o facultad excepcional); nombre de la institución; objetivo (expreso o tácito); momento procesal en que opera; lo que se puede

ordenar; pruebas que proceden; requisitos de procedibilidad; control de la facultad judicial y medios de impugnación.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, la construcción de la prueba de oficio, como facultad atribuida a los jueces, debería agotar todos esos criterios al momento de ser diseñada o analizada desde la perspectiva de la dogmática jurídica, y a partir de ellos se puede elaborar un modelo analítico que resulte aplicable tanto a los estudios teóricos como al análisis de la legislación vigente y eventualmente a las decisiones judiciales.

Su correcta aplicación puede generar una caracterización exhaustiva y sistemática de la institución de la prueba de oficio, cuyos resultados constituyen en sí mismo un aporte de la presente investigación y una metodología para el análisis de instituciones jurídicas similares, o de la misma institución en diferentes ordenamientos jurídicos.

A partir de esos presupuestos, en lo que sigue se realiza un análisis comparado entre las normas procesales derogadas por el COGEP en las que estaba prevista la prueba de oficio aplicable a diferentes materias.

La comparación parte del presupuesto de que, en todas las disposiciones jurídicas derogadas por el COGEP, el principio procesal rector era el dispositivo, puesto que otorgaban a las partes las facultades para dar inicio al proceso de acuerdo con su voluntad, así como el principio de aportación de parte respecto a los medios de prueba en que fundan sus pretensiones y excepciones en la demanda y la contestación a la demanda, respectivamente.

En este sentido, la prueba de oficio aparecía como una excepción a las reglas vigentes sobre la carga de la prueba. Hablando en términos de sistemas procesales, diríamos que la prueba de oficio se presentaba como un ingrediente propio del sistema procesal inquisitivo, insertada en un sistema procesal básicamente dispositivo, con una construcción técnico-jurídica determinada por la materia procesal en la que podía ser aplicada.

En las disposiciones derogatorias del COGEP constan todas aquellas leyes o artículos concretos que fueron eliminados, tratándose en su mayoría de normas procesales que fueron integradas en el articulado del texto legal actualmente vigente.

Las disposiciones jurídicas afectadas por aquellas cláusulas derogatorias, en lo que se refiere a la prueba de oficio, fueron las siguientes:⁴²⁸

⁴²⁸ Excluimos de la comparación las disposiciones derogadas que no afectaron específicamente la prueba de oficio, fueran o no de carácter procesal, como la *Ley de Casación*, codificación Suplemento del

- a)- Código de Procedimiento Civil.⁴²⁹
- b)- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.⁴³⁰
- c)- Código Tributario.⁴³¹
- d)- Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.⁴³²
- e)- Código del Trabajo.⁴³³
- f)- Ley para el Juzgamiento de la Colusión.⁴³⁴

En el cuadro siguiente se hace una sistematización de las normas derogadas en cada uno de esos cuerpos legales donde se regulaba la prueba de oficio, y seguidamente un análisis de las principales semejanzas, diferencias y características de dicha institución-jurídico procesal.

1.1. Análisis de los resultados del estudio comparado entre las disposiciones jurídicas relativas a la prueba de oficio derogadas por el COGEP

De la aplicación del modelo analítico desarrollado para comparar las regulaciones jurídicas anteriores a la entrada en vigor del COGEP sobre la prueba de oficio, se obtienen los siguientes resultados básicos:⁴³⁵

i)- En cuanto al operador deóntico, en todos los casos la prueba de oficio era una facultad discrecional atribuida al juzgador. El nombre más común de la institución era prueba de oficio, aunque en algunos casos recibía otros nombres como actuaciones de oficio, pruebas de oficio y diligencias de oficio.

Registro Oficial 299, 24 de marzo de 2004 y todas sus posteriores reformas; el numeral 1 del artículo 164 y el primer inciso del artículo 333 del *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 9 de marzo de 2009; los artículos 22, 23, 27, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42 y 45 de la *Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia*, en materia de alimentos, Registro Oficial 643, Suplemento, 29 de julio de 2009, incorporada como Título V del Libro II del mismo código; los artículos 121, 1050, 1617, 1618 y 1716 del *Código Civil*, codificación Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005; artículo 42 de la *Ley de Gestión Ambiental*, Registro Oficial 418, 10 de septiembre de 2004; el artículo 16 de la *Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental*, Registro Oficial 418, Suplemento, 10 de septiembre de 2004; la disposición Transitoria Quinta de la *Ley de Propiedad Intelectual*, Registro Oficial 426, 28 de diciembre de 2006.; el último inciso del artículo 42 de la *Ley de Arbitraje y Mediación*, Registro Oficial 417, 14 de diciembre de 2006.

⁴²⁹ Ecuador, *Código de Procedimiento Civil*, Registro Oficial 58, Suplemento, 12 de julio de 2005 y todas sus posteriores reformas.

⁴³⁰ Ecuador, *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Registro Oficial 338, 18 de marzo de 1968 y todas sus posteriores reformas.

⁴³¹ Ecuador, *Código Tributario*. Suplemento del Registro Oficial 38, 14 de junio de 2005.

⁴³² Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia*, Registro Oficial 737, 3 de enero de 2003.

⁴³³ Ecuador, *Código del Trabajo*, Registro Oficial 167, Suplemento, 16 de diciembre de 2005.

⁴³⁴ Ecuador, *Ley para el Juzgamiento de la Colusión*, Registro Oficial 269, 3 de febrero de 1977.

⁴³⁵ Ver Anexo 2.

ii)- En los objetivos expresamente declarados existía una amplia variedad: para el esclarecimiento de la verdad; para una más acertada decisión del asunto controvertido; para un mejor esclarecimiento de la verdad o para establecer la real situación impositiva de los sujetos pasivos (en el caso del derecho tributario); esclarecimiento de la verdad de los hechos discutidos; establecer la capacidad económica del alimentante y las necesidades del alimentado (en los casos de niñez y adolescencia); esclarecer los puntos controvertidos y esclarecimiento de los hechos.

iii)- El momento procesal era expreso en algunos casos: en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia; cualquier estado de la causa, y hasta antes de sentencia; en la audiencia; o podía ser no declarado de manera expresa.

iv)- ¿Qué se podía ordenar? En uso de su facultad discrecional el juez podía ordenar: pruebas; práctica de pruebas; presentación de nuevas pruebas y práctica de cualquier diligencia investigativa; cualquier diligencia o presentación de pruebas; práctica de pruebas; diligencias o pruebas.

v)- En cuanto a las pruebas que procedían lo común era que el juez podía ordenar todas las previstas en derecho, con excepción de los testigos en el caso del Código de Procedimiento Civil, o la exigencia de que fueran nuevas pruebas en el caso del Código Tributario.

vi)- El requisito de procedibilidad estaba directamente relacionado con el objetivo de la prueba de oficio, y procedía cuando la verdad no estaba clara; cuando el juez necesitaba apoyarse en mayores elementos para una decisión acertada; cuando la verdad no estaba bien esclarecida; cuando la verdad de los hechos no estaba clara; cuando no estaba establecida la capacidad de los sujetos (en el caso del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia); cuando no estaban claros los puntos controvertidos o cuando los hechos no estaban esclarecidos.

vii)- En todos los casos, el control de la facultad de decretar prueba de oficio en el proceso no fue establecido de manera expresa ni tácita, ya que no se establecía en ningún caso la obligación del juez de fundamentar la decisión, ni la posibilidad de que las partes pudieran contradecir la prueba ordenada o practicada de oficio.

viii)- Tampoco estaba previsto ningún medio de impugnación como forma de control externo a la facultad de decretar prueba de oficio en los procesos de instancia; y en los casos de apelación, donde el juez podía decretar prueba de oficio, lógicamente no cabía recurso alguno por ser la última instancia.

Del análisis anterior se puede deducir que decretar u ordenar prueba de oficio antes de la entrada en vigencia del COGEP, era una facultad ordinaria y discrecional de los jueces, y cuyo objetivo podía ser diferente de acuerdo a la rama del derecho que se tratase; asimismo, no existía expresamente una forma de control del ejercicio de dicha facultad, ni la posibilidad de que las partes pudieran presentar nuevas pruebas o contradecir las decretadas de oficio, dejando en manos del juez un recurso que podía usar bien (en cumplimiento de los objetivos y requisitos de procedibilidad) o inapropiadamente, para favorecer a una de las partes.⁴³⁶

En nuestra opinión, las diferencias en el diseño de la prueba de oficio en las normas derogadas resultaba inadecuado para garantizar los derechos procesales de las partes, por un lado y, por otro, para preservar los principios procesales, singularmente el de la imparcialidad judicial y el contradictorio, lo que, al ser insertada dentro de un sistema procesal básicamente dispositivo, dejaba un discreto margen para la introducción de elementos impropios del sistema dispositivo, constituido en este caso por las facultades discrecionales del juzgador para su intervención de oficio en la actividad probatoria, aportando pruebas no solicitadas por las partes.

Ello no significa, sin embargo, que el diseño de la prueba para mejor resolver en el COGEP haya sorteado las posibles críticas que se pudiera hacer de las normas derogadas, o de que se haya ajustado a todos los requerimientos, exigencias y características de dicha institución delineados en la doctrina o que se puedan encontrar en el derecho comparado. Un análisis más detallado de esta cuestión se realiza más adelante.

En síntesis, se puede afirmar que las diferentes formas de regulación jurídica de la prueba de oficio antes de la entrada en vigencia del COGEP, respondía a las características propias de cada de una de las materias, especialmente en cuanto a los sujetos y objeto, en las que el juzgador estaba facultado para decretarla.

De todas esas disposiciones interesa hacer énfasis en dos aspectos puntuales: en primer lugar, que en ninguno de los casos había una exigencia explícita de que el juez debiera expresar en el auto que decreta la prueba de oficio, las razones por lo que lo hace, puesto que no existía la exigencia de motivación.

En segundo lugar, que tampoco era una exigencia legal la posibilidad de que las partes, en uso del principio contradictorio, pudieran recurrir la prueba de oficio, o

⁴³⁶ Un análisis sobre las características del modelo procesal “obsoleto e ineficiente” antes de la vigencia del COGEP, puede verse en Vanesa Aguirre Guzmán, “Líneas para un proceso de reforma a la justicia civil en Ecuador”, *Iuris Dictio* 15 (2013): 113-30.

presentar contraprueba cuando aquella le fuera adversa, lo que en cierta medida configura un rasgo característico del sistema inquisitivo, en virtud del cual se le otorgan poderes al juez sobre un punto en que un sistema dispositivo atribuye facultad exclusiva a las partes como es la de ejercer la iniciativa probatoria.

Ello no significa, sin embargo, que se tratara de un sistema procesal mixto, sino una configuración jurídica de la prueba de oficio no garantista, restrictiva de los derechos de las partes, y contraria a algunos principios básicos del derecho procesal como es la posibilidad de las partes de contradecir la prueba presentada en su contra, o de recurrir las decisiones judiciales que puedan afectar sus derechos e intereses.

Lo anterior contrasta, por ejemplo, con la configuración de la prueba de oficio aplicable al procedimiento contencioso tributario en el Código General del Proceso uruguayo donde, si bien el juez puede decretar prueba de oficio en uso de sus facultades, está obligado a dejar expresa constancia de las razones por las que la decreta, a la vez que concede a las partes el derecho a solicitar, a modo de contraprueba, diligencias complementarias de las dispuestas por el tribunal, que deberá resolverlas sin otro trámite dentro del mismo proceso.

Además, concede a las partes el mismo derecho a recurrir la prueba decretada de oficio en apelación diferida si considera que hubo violación de los principios del contradictorio o su derecho a la defensa en la instancia.

En el caso de que el proceso pase a segunda instancia, si el tribunal considera que mediante la prueba de oficio se ha alterado gravemente el principio de igualdad de las partes en el proceso, podrá disponer las medidas complementarias que entienda adecuadas para asegurar el respeto de dicha igualdad y del derecho de defensa en juicio.

Ambas exigencias, tanto la obligación de exponer las razones por las que se decreta la prueba de oficio como la posibilidad de que las partes puedan presentar contraprueba o recurrir la introducida por el juez, sea dentro del propio proceso o con efecto diferido en segunda instancia, es una de las características comunes en la configuración jurídica de la prueba de oficio en diferentes ordenamientos jurídicos comparados, especialmente en el proceso civil,⁴³⁷ cuyas normas tienen carácter supletorio

⁴³⁷ España, *Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil* (vigente). Artículo 435.2. “Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos”. Costa Rica, *Código Procesal Civil* de 1989 (vigente).

con respecto a los demás procesos, singularmente el contencioso tributario que se analiza a continuación.

2. Procedimiento contencioso tributario y prueba para mejor resolver

Hasta este punto hemos utilizado la expresión “procedimiento contencioso tributario”, sin haber hecho referencia a su conceptualización, dando por hecho que se trata de una denominación aceptada en la dogmática jurídica propia del derecho tributario referida a sus normas procesales.

Sin embargo, en la doctrina relativa a la materia su abordaje no ha sido del todo pacífico, puesto que diferentes autores realizan una distinción clara entre proceso y procedimiento tributario, para hacer referencia a las normas que regulan la actuación de la administración tributaria ante los reclamos de los contribuyentes, por un lado, y por otro, a las normas que regulan la actuación de los órganos judiciales competentes en la materia.

Así lo sostiene, por ejemplo, Fabiana del Padre Tomé, para quien el procedimiento administrativo tributario “tiene por finalidad preparar el acto de determinación, mediante el cual se formaliza la pretensión tributaria”; mientras que el proceso “surge después de ser realizado el acto de determinación, en caso sea impugnado por el contribuyente”.

Artículo 331.- Prueba para mejor proveer. Listo el proceso para la sentencia, y antes de dictarse ésta, los tribunales podrán acordar, para mejor proveer, la práctica de cualquier medio probatorio de los previstos en este Código, o la ampliación de los recibidos; también podrán tener a la vista cualquier actuación, de la cual se dejará constancia si fuera de influencia en la decisión. *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica* de 1988. Artículo 182. (Pruebas posteriores a la conclusión de causa). Concluido la audiencia y al retirarse el Tribunal para considerar su decisión, no será admitida a las partes prueba alguna en la instancia. El Tribunal, en forma excepcional y dejando expresa constancia de las razones por las cuales no dispuso con anterioridad su diligenciamiento, podrá disponer cualquier prueba que considere indispensable para mejor proveer. De su resolución no habrá recurso alguno. Pero si el Tribunal de segunda instancia considera que mediante dicha prueba se ha alterado gravemente el principio de igualdad de las partes en el juicio, podrá disponer las medidas complementarias para asegurar el respeto de dicha igualdad y derecho de defensa en juicio. Chile, *Código de Procedimiento Civil* de 1902. Vigente. Artículo. 159. Los tribunales, sólo dentro del plazo para dictar sentencia, podrán dictar de oficio medidas para mejor resolver. Las que se dicten fuera de este plazo se tendrán por no decretadas... Las providencias que se decreten en conformidad al presente artículo serán inapelables, salvo las que dicte un tribunal de primera instancia disponiendo informe de peritos o abriendo el término especial de prueba que establece el inciso precedente. En estos casos procederá la apelación en el solo efecto devolutivo. Venezuela, *Código Tributario*. Artículo 276. Vencido el término para presentar informes, dentro del lapso perentorio de quince (15) días de despacho siguientes, podrá, el Tribunal, si lo juzgare conveniente, dictar auto para mejor proveer, con arreglo a la disposición contenida en el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil.

Ambos tienen como nota común, sin embargo, su finalidad, que consiste en “aplicar las normas tributarias generales y abstractas siguiendo en dirección a la individualidad y concreción normativa”.⁴³⁸

Otra forma de realizar la misma distinción es la que utiliza Daniel Irwin Yacolca Estares, desde el punto de vista de las diferencias entre las normas jurídicas aplicables. De conformidad con sus ideas, expuestas en el *Tratado de procedimientos y procesos tributarios*, las normas procesales serán las aplicables al proceso contencioso tributario, mientras que las normas procedimentales lo serán a los procedimientos tributarios internos de la administración.

Ambos tipos de normas responderían, “respectivamente al nombre de derecho procesal y derecho procedimental tributario”.⁴³⁹

Finalmente, Alejandro Altamirano identifica la diferencia tomando en consideración la forma de conducir la solución de la disputa entre la administración tributaria y el contribuyente. Las normas de procedimiento serían las que rigen la etapa de diálogos entre las partes, mientras que las normas procesales serían el lenguaje propio del conflicto judicial: “el contencioso tributario es la etapa ya no de diálogo sino de combate procesal entre la Administración y el contribuyente”.⁴⁴⁰

Las diferencias en ocasiones suelen manifestarse también a nivel lingüístico. Como afirma Diego Marín-Barnuevo Fabo, el trámite ante la propia administración se lo denomina procedimiento, mientras el que transcurre ante la autoridad judicial se lo denomina proceso;⁴⁴¹ el primero se desarrolla según las reglas del principio inquisitivo, mientras el segundo, de acuerdo al principio dispositivo.⁴⁴²

⁴³⁸ Del Padre Tomé, *La prueba en el Derecho Tributario*, 201.

⁴³⁹ Daniel Irwin Yacolca Estares, dir., *Tratado de procedimientos y procesos tributarios* (Lima: Gijley, 2008), 4.

⁴⁴⁰ Alejandro Altamirano, “El contencioso tributario (Desde el contexto de las prerrogativas del Estado y los derechos del contribuyente)”, en César García Novoa y Catalina Hoyos Jiménez, coordinadores, *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2008), 1833.

⁴⁴¹ Diego Marín-Barnuevo Fabo, “La distribución de la carga de la prueba en Derecho Tributario”, *Cívitas: Revista Española de Derecho Financiero* n.º 94 (1997): 185-98.

⁴⁴² “El procedimiento tributario, como todo procedimiento administrativo, tiene carácter inquisitivo, el contribuyente se enfrenta a la administración tributaria, no existe un juez imparcial que tome una decisión en función de lo que cada parte demanda... El procedimiento se impulsa de oficio. El funcionario es el que dirige el procedimiento, sin embargo, ello no ha obstado a que la intervención de los contribuyentes haya ido también ocupando un lugar cada vez más relevante, quizá como consecuencia de una creciente regulación legislativa de talante más proporcional, quizá por un mejor posicionamiento de los tribunales en torno al afianzamiento de las garantías constitucionales del administrado, lo que les ha permitido una mayor presencia en el procedimiento, por ejemplo, permitiendo la presentación de pruebas, la formulación de alegaciones, incluso la posibilidad de suspender temporalmente las actuaciones administrativas”. Véase Francisco J. Magraner Moreno, “Aspectos actualmente controvertidos sobre la prueba en los procedimientos tributarios en España”, *Revista Boliviana de Derecho* n.º 24 (2017): 229-30.

No obstante, la aparente corrección de la distinción de que venimos hablando, en la legislación ecuatoriana se utiliza la misma expresión “procedimiento” para referirse tanto al que se realiza ante la administración tributaria como aquél se desarrolla frente a la autoridad judicial.

Así, el COT regula por un lado los procedimientos administrativos,⁴⁴³ que se desarrollan ante la administración tributaria, a la vez que regulaba el procedimiento contencioso, que se realizaba ante la jurisdicción contencioso-tributaria.⁴⁴⁴ El tramo normativo referido a este último fue derogado en su mayor parte, constando su regulación actual en el COGEP, bajo la misma denominación de “procedimiento contencioso tributario”.

Hechas esas precisiones terminológicas, en lo que sigue se analiza únicamente el procedimiento contencioso tributario, del cual interesa en primer lugar fijar sus características principales y sus diferencias respecto a otros tipos de procedimientos contenciosos.

2.1. Características del procedimiento contencioso tributario

Con independencia de cualquier otro elemento adicional, lo que distingue al procedimiento contencioso tributario de los restantes, es el objeto de la relación jurídica que se establece entre la administración y el contribuyente.⁴⁴⁵ Dicho objeto lo constituye la obligación tributaria, que surge como consecuencia de las dos gestiones que realiza la administración tributaria, que son, por un lado, la determinación del monto de los tributos debidos y su recaudación y, por otro, la resolución de los reclamos devenidos de tales actuaciones.⁴⁴⁶

Cuando surgen discrepancias respecto de cualquiera de esas gestiones entre la administración tributaria y el contribuyente, y no pueden resolverse por las vías internas

⁴⁴³ En su Libro Segundo, arts. 72-216.

⁴⁴⁴ En su Libro Tercero, artículos 217-308, en su mayoría derogados por la Disposición Derogatoria Quinta del COGEP.

⁴⁴⁵ Afirma Pablo Egas Reyes, “es propio del derecho tributario el constituir el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de determinarla, las exenciones o deducciones, y los procedimientos administrativos relativos al ejercicio de la tutela jurisdiccional de los contribuyentes, entre otros. Son institutos propios del derecho tributario que no los tiene otra rama del derecho, lo que le particulariza de forma definitiva”. Véase Pablo Egas Reyes, “La interpretación en materia tributaria”, *FORO: Revista de Derecho*, n.º 3 (2004): 131.

⁴⁴⁶ COT. Artículo 72. Gestión tributaria. Las funciones de la administración tributaria comprenden dos gestiones distintas y separadas: La determinación y recaudación de los tributos; y, la resolución de las reclamaciones que contra aquellas se presenten.

de la primera, se recurre a la vía contenciosa que se caracteriza por ser, según la opinión de Dino Jarach, “un sistema procesal con amplias atribuciones del juez para llegar a determinar las reales situaciones sustantivas, esto es, las obligaciones tributarias y las prestaciones correspondientes del fisco, aún más allá de las alegaciones y probanzas de las partes”.⁴⁴⁷

Desde un punto de vista más general, y hablando de principios en el derecho, uno de los de mayor peso en el derecho tributario es precisamente el de legalidad, que se dirige tanto a los contribuyentes como a las actuaciones de la administración tributaria.⁴⁴⁸

Su importancia en un estudio de derecho procesal como el presente radica en que comporta varias consecuencias de índole teórica y práctica, que se relacionan directamente con el objeto del proceso contencioso tributario, punto de análisis en este epígrafe, especialmente en cuanto a la presunción de legalidad de los actos de la administración pública.

La legalidad no es solo entendible como apego formal a las leyes y disposiciones jurídicas vigentes, sino, además y de manera muy significativa, como cumplimiento de los principios que rigen todo el ordenamiento jurídico nacional, los derechos de las personas y la responsabilidad de las instituciones públicas de respetarlos, hacerlos respetar y adoptar las medidas necesarias para su reparación a la mayor brevedad posible, en casos de violación.

En el ámbito tributario tiene además un significado particular: se trata de que sólo mediante la ley, entendida ésta en su sentido más general de disposición jurídica emanada del poder público, se pueden imponer, modificar o anular los tributos – o al menos en los impuestos- y a cuyo pago están obligadas las personas; dicho de otro modo, ni por sentencias judiciales, ni por decisiones particulares o por voluntad política a través de políticas públicas, por ejemplo, se pueden crear, modificar o extinguir obligaciones tributarias; ello es legítimo solo mediante la ley y cumpliendo todas las formalidades del caso.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ Dino Jarach, *Curso Superior de Derecho Tributario*, t. 1 (Buenos Aires: Editorial Cima, 1969), 435.

⁴⁴⁸ Sobre el principio de legalidad en el ejercicio de las potestades de la administración tributaria en el Ecuador y su regulación en la CRE 2008 puede verse José Vicente Troya Jaramillo, “Control de las leyes tributarias y los efectos de su declaración de invalidez”, *FORO: Revista de Derecho*, n.º 9 (2008): 39-58.

⁴⁴⁹ “El principio de legalidad tributaria –continúa el autor- constituye la piedra angular del Derecho Tributario, por cuanto entraña los límites que el propio Estado se ha impuesto a su facultad soberana de establecer o crear tributos, ya sea que se trate de impuestos, tasas o contribuciones. Por tal razón, puede afirmarse que la facultad absoluta del Estado de crear o establecer tributos solo requiere que los mismos

Como afirma Elías Solís González, “este principio [...] se reduce a la máxima de que sólo por ley se puede imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones tributarias o modificar las ya existentes y determinar su forma, proporcionalidad o regresión”.⁴⁵⁰

La legalidad implica, entre otras cosas, que la relación jurídica entre la administración y el contribuyente debe estar definida expresamente en la legislación relativa a la materia, así como los derechos y obligaciones de cada una de las partes y los medios, vías o formas a través de las que puedan canalizarse las controversias que puedan surgir a propósito de los términos de aquella relación.⁴⁵¹

Con base en el principio de legalidad, además, se determinan los elementos fundamentales de la relación jurídica tributaria,⁴⁵² que son básicamente el objeto, los sujetos y la causa de la que nacen los derechos y obligaciones de las partes; ésta última no es otra que el hecho que genera la obligación tributaria o, lo que es lo mismo, el hecho generador.

sean fijados a través de una ley formal expedida por el órgano constitucionalmente habilitado para dictar leyes formales (Órgano Legislativo).

* “Principios fundamentales del derecho tributario y la jurisprudencia de la corte suprema de justicia de Panamá.” Ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional de Derecho Tributario. Organizado por el Tribunal Administrativo Tributario de Panamá, del 6 al 8 de junio de 2012, 3. Disponible en <http://www.tribunaltributario.gob.pa/publicaciones/ponencias-del-ii-congreso-internacional-de-derecho-tributario/464--308/file>. Consulta el 12 de agosto de 2018.

⁴⁵⁰ “Este principio límite a la potestad tributaria, viene a ser una forma de asegurar a los contribuyentes el ejercicio del poder tributario sólo dentro del ámbito legal, por lo cual a la autoridad administrativa le queda vedado el ejercicio de dicho poder”. Véase José Luis Zavala Ortiz, *Manual de Derecho Tributario* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1998), 16. Por su parte, Mario Augusto Saccone afirma que “la obligación de pagar el tributo reconoce, en el Estado constitucional contemporáneo, como única fuente, *a la ley*. La doctrina ha destacado ese aspecto convirtiéndolo en principio fundamental del derecho tributario que se ha sintetizado en el aforismo *no hay tributo sin ley que lo establezca*, inspirado en el tan conocido del derecho penal *nullum crimen, nullum poena, sine lege*”. Véase Mario Augusto Saccone, *Manual de Derecho Tributario* (Buenos Aires: Editorial La Ley, 2002), 63.

⁴⁵¹ “Debemos señalar que en el ámbito del Derecho Tributario se advierte un vínculo de naturaleza múltiple entre el Fisco y el contribuyente, que se ha pasado a denominar relación jurídico-tributaria. Podemos definirla como los correlativos derechos y obligaciones, emergentes del ejercicio del poder tributario, que alcanzan al titular de este (Fisco) por una parte y a los contribuyentes y terceros por otra. Es una relación compleja, ya que las obligaciones y sus derechos correlativos son múltiples, destacándose aquella obligación en que el contribuyente se obliga a pagar al Fisco una suma de dinero, por incurrir en un hecho que la ley precisó como conducta gravada (hecho gravado), que pasaremos a llamar obligación tributaria principal o simplemente obligación tributaria. Junto a esa obligación tributaria principal, advertimos una serie de obligaciones y derechos correlativos, que tienen como rol permitir una administración y fiscalización en el cumplimiento de la obligación tributaria principal y, por tanto, un carácter accesorio y que denominaremos obligaciones tributarias accesorias”. Véase Zavala Ortiz, *Manual de Derecho Tributario*, 47.

⁴⁵² Un estudio crítico sobre la insuficiencia de la relación jurídica tributaria como fundamento de la obligación tributaria puede verse en Eusebio González García, “La revisión de la relación jurídica tributaria obligacional: las corrientes procedimentalistas”, *FORO: Revista de Derecho*, n.º 9 (2008): 145-54.

En torno a esas tres categorías fundamentales, sujeto, objeto y causa de la relación jurídica, se desarrolla el estudio teórico y académico del derecho tributario, así como su legislación especializada.⁴⁵³

2.2. Antecedentes del régimen jurídico tributario ecuatoriano

Sin que sea preciso un análisis exhaustivo de los antecedentes normativos en materia de la regulación institucional y procesal del procedimiento contencioso tributario en el Ecuador, es importante señalar algunos hitos respecto al tema, con el propósito de contextualizar el análisis que sigue.

Vale previamente mencionar que en el país se han publicado algunas obras de carácter histórico que dan cuenta de los avatares de la imposición y cobro de los tributos en diferentes etapas de la historia nacional. Entre ellos cabe mencionar la obra de Juan J. Paz y Miño Cepeda *Historia de los impuestos en Ecuador*,⁴⁵⁴ donde el autor hace un estudio detallado de las formas concretas y algunas regulaciones para disciplinar la actividad tributaria en el país, sin que hasta finales de la década de 1950 se pueda hablar propiamente de un sistema impositivo o de un derecho tributario consolidado.

Una obra del mismo carácter es la publicada por José Ramírez-Álvarez titulada *Historia de la tributación en Ecuador: cambios sociales y organizacionales*,⁴⁵⁵ donde se realiza un estudio cronológico, desde el punto de vista institucional e histórico, de los hitos más importantes en ese marco, y aporta valiosa información histórica y estadística sobre los tipos de impuestos cobrados, los sujetos obligados a pagarlos y los hechos a partir de los cuales surgía la obligación tributaria.

Por otro lado, y abonando a esta línea de estudio, como afirman José Vicente Troya Jaramillo y Carmen Amalia Simone, a partir de 1959, “el procedimiento contencioso

⁴⁵³ “En base a lo anterior, podemos definir el Derecho Tributario como el conjunto de normas jurídicas que viene a regular el establecimiento de los tributos, los poderes, deberes y prohibiciones que los complementan. La definición antes expuesta no hace sino manifestar cuáles son las temáticas del Derecho Tributario: a. El establecimiento del tributo; b. Los poderes en virtud de los cuales se establecen c. Los deberes y prohibiciones que recaen esencialmente en los particulares con respecto al cumplimiento de las obligaciones tributarias”. Véase Zavala Ortiz, *Manual de Derecho Tributario*, 6. De opinión similar, aunque más limitada en su alcance, son los autores Martín Queralt, Lozano Serrano y Poveda Blanco, quienes definen el Derecho Tributario como “la disciplina que tiene como objeto de estudio el conjunto de normas que regulan el establecimiento y aplicación de los tributos”. Véase Juan Martín Queralt, Carmelo Lozano Serrano y Francisco Poveda Blanco, *Derecho Tributario*, 13.ª ed. (Madrid: Thomson-Aranzadi, 2008), 156.

⁴⁵⁴ Juan J. Paz y Miño Cepeda, *Historia de los impuestos en Ecuador: Visión sobre el régimen impositivo en la historia económica nacional* (Quito: SRI/PUCE, 2015).

⁴⁵⁵ José Ramírez-Álvarez, *Historia de la tributación en Ecuador: Cambios sociales y organizacionales* (Quito: Escuela Politécnica Nacional, 2012).

tributario se conforma debidamente en el Ecuador. Antes existía una organización imperfecta y bien puede afirmarse que no teníamos en el país un verdadero sistema de justicia tributaria”.⁴⁵⁶

De la afirmación aportada, podría concluirse que el sistema configurado a partir del año citado resultaba apropiado, o por lo menos que se estaba ya ante “un verdadero sistema” de justicia tributaria, cuestión que, sin embargo, no deja de ser discutible en la medida en que ambos calificativos deben ser contrastados empíricamente con el quehacer de la administración de justicia tributaria, tanto en sus procedimientos internos cuanto en el contencioso-tributario.

Con todo, es de aceptación mayoritaria en la doctrina tributaria ecuatoriana⁴⁵⁷ que los antecedentes de éste se sitúan en una época más reciente, concretamente en 1959 con la entrada en vigencia de la Ley 10 del 15 de junio de 1959, mediante la cual se creó el Tribunal Fiscal en la República del Ecuador, compuesto por tres miembros (dos abogados y un experto en derecho tributario) elegidos por seis años, aunque podían ser designados en sus cargos por periodos sucesivos; en cuanto a su estatus se equiparaban a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Una de las características más importantes del referido Tribunal Fiscal es que era una institución independiente, tanto de la función ejecutiva como de la función judicial,⁴⁵⁸ lo que aseguraba, prima facie, un considerable grado de independencia y autonomía.

Posteriormente, en 1963 se promulgó el Código Fiscal⁴⁵⁹ que regulaba lo relativo al procedimiento contencioso tributario, sin hacer modificación alguna respecto de la estructura y funciones del Tribunal Fiscal hasta que, con la reforma realizada en 1975 a dicho cuerpo legal, comenzó un proceso de convergencia y unificación de las normas

⁴⁵⁶ José Vicente Troya Jaramillo y Carmen Amalia Simone, *Manual de Derecho Tributario ecuatoriano* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013), 297.

⁴⁵⁷ Esos antecedentes han sido analizados con precisión por los siguientes autores ecuatorianos: José Vicente Troya Jaramillo, *Estudios de Derecho Tributario* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2014): 155. Del mismo autor, puede verse “Justicia ordinaria, justicia especializada y justicia arbitral en materia tributaria”, en *Jornadas por los 50 años del Sistema Especializado de Justicia Tributaria en el Ecuador*, ed. José Vicente Troya Jaramillo y Fausto Murillo Fierro, 105-28 (Quito: Ministerio de Justicia, 2011). Un análisis detallado también realizó Patiño Ledesma, “El contencioso tributario en Ecuador”, en *Derecho Financiero y Derecho Tributario: Ensayos en honor del profesor José Vicente Troya*, ed. Marco Albán Zambonino, 427-47 (Quito: UASB, 2017).

⁴⁵⁸ Troya Jaramillo, “Estudios”, 175.

⁴⁵⁹ El Código Fiscal fue expedido por Decreto Ley de Emergencia n.º 29 y publicado en el Registro Oficial 490, 25 de junio de 1963.

respectivas en cuanto a los principios aplicables, los efectos de sus resoluciones y la ampliación de su competencia.⁴⁶⁰

En 1992 se elimina el Tribunal Fiscal, mediante una reforma a la Constitución de 1978, y se crean cuatro tribunales distritales de lo fiscal, en tanto que en la Corte Suprema de Justicia se crea una sala especializada de lo Tributario y Fiscal.⁴⁶¹ Desde el punto de vista sustantivo, el Código Fiscal de 1963 estuvo vigente hasta 1975, año en que fue derogado por el Código Tributario vigente.

De este último, el recordado profesor José Vicente Troya Jaramillo dejó escrito que “es un texto legal de gran perfección y que constituye un innegable avance de la legislación del ramo”;⁴⁶² a lo que se puede añadir por nuestra cuenta que, en materia de prueba de oficio, como se verá más adelante, tenía una configuración jurídica garantista de los derechos del contribuyente, por cuanto podía ser decretada por el juez para “el mejor esclarecimiento de la verdad o para establecer la real situación impositiva de los sujetos pasivos”.⁴⁶³

2.3. Sujetos y objeto de la relación jurídica tributaria

Los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídico-tributaria pueden analizarse desde diferentes perspectivas, aunque básicamente coinciden en su aspecto estructural con cualquier otro tipo de relación jurídica, dado que todas incluyen dos sujetos que se relacionan conforme lo dispone el derecho vigente, y un objeto, causa o razón en virtud del cual se crea entre los sujetos un vínculo jurídico temporal o permanente.

Lo que cambia respecto a las diferentes materias jurídicas es precisamente la denominación de los sujetos y la causa de su relación jurídica, ya que, por ejemplo, en un contrato de préstamo una de las partes sería el deudor y la otra el acreedor, y la causa u origen de su relación como manifestación de voluntad es la que basa el contrato pactado entre ellos.

⁴⁶⁰ Daniela Estefanía Erazo Galarza, “Evolución histórica de las principales regulaciones constitucionales y legales del régimen tributario en el Ecuador”, tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuadr, 2012, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3072/1/T1128-MDE-Erazo-Evolucion.pdf>.

⁴⁶¹ Elker Mendoza, Silvia Cano y Alfonso Robles Alcívar, “Apreciación de la prueba en materia tributaria”, (2011), 253, https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/12/231_a_274_apreciacion.pdf.

⁴⁶² Troya Jaramillo, “Estudios”, 122.

⁴⁶³ Ecuador, COT, art. 262, derogado por el COGEP.

En el caso de la relación jurídico-tributaria, los sujetos serían la administración tributaria, por un lado, y por otro el contribuyente, que son a la vez sujeto activo y pasivo de dicha relación. Sin embargo, por su propio carácter la relación jurídico-tributaria solo surge cuando el Estado establece jurídicamente la obligación de pagar tributos a partir de diferentes hechos generadores de la obligación tributaria, lo que puede ocurrir en determinada etapa de su desarrollo económico y legislativo, como se explicó en el epígrafe anterior.

Los sujetos de la relación tributaria pueden recibir diferentes nombres de acuerdo con la legislación vigente en cada ordenamiento jurídico nacional, pero la más usual es aquella que coloca de un lado, como sujeto activo a la administración tributaria y por el otro al contribuyente como sujeto pasivo; manejaremos esa terminología por ser la que se utiliza tanto en la teoría,⁴⁶⁴ como en la legislación tributaria ecuatoriana.⁴⁶⁵

En esa relación jurídica, el contribuyente se caracteriza por ser el realizador o titular del hecho imponible, ser titular de la capacidad económica definida en el hecho imponible, y ser quien soporta en su patrimonio la carga tributaria,⁴⁶⁶ por lo que siempre aparece como sujeto pasivo respecto de la administración tributaria.

Por su parte, la administración tributaria, sujeto activo, acreedor de la deuda tributaria, “le corresponde establecer el monto de la deuda tributaria, previo el proceso que supone la cuantificación de la materia impositiva”,⁴⁶⁷ o dicho de otra manera, le corresponde “establecer la existencia del hecho generador, de la base imponible y de la cuantía del tributo.”⁴⁶⁸

De conformidad con el vigente COT,⁴⁶⁹ la obligación tributaria es el vínculo jurídico personal que se establece entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y

⁴⁶⁴ Al respecto, puede verse Pablo Egas Reyes, “La interpretación en materia tributaria”, 127-63.

⁴⁶⁵ Ecuador, COT, art. 25. “Contribuyente.- Contribuyente es la persona natural o jurídica a quien la ley impone la prestación tributaria por la verificación del hecho generador. Nunca perderá su condición de contribuyente quien, según la ley, deba soportar la carga tributaria, aunque realice su traslación a otras personas”.

⁴⁶⁶ Miguel de Jesús Alvarado Esquivel, “Los sujetos de la capacidad de imposición”, en *Manual de Derecho Tributario*, coord. Miguel de Jesús Alvarado Esquivel (Ciudad de México: Porrúa, 2005), 194.

⁴⁶⁷ Troya Jaramillo, “Estudios de Derecho Tributario”, 158.

⁴⁶⁸ *Ibíd.*, 160.

⁴⁶⁹ Ecuador, COT, art. 15. “Concepto. Obligación tributaria es el vínculo jurídico personal, existente entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y los contribuyentes o responsables de aquellos, en virtud del cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, al verificarse el hecho generador previsto por la ley”.

los contribuyentes o responsables de aquellos:⁴⁷⁰ el primero es el sujeto activo⁴⁷¹ de la relación jurídica, y el segundo es el sujeto pasivo.⁴⁷²

Según la definición del autor Luis Toscano Soria:

La relación jurídico-tributaria se entiende como el conjunto de derechos y obligaciones recíprocos entre los entes acreedores de tributos o sujetos activos y los contribuyentes y responsables o sujetos pasivos [...]. La referencia a derechos y obligaciones recíprocos o correlativos conduce a concluir que contribuyentes y responsables, a más de estar obligados a realizar entregas de dinero o especies a los entes acreedores de tributos, tienen también derechos ante ellos, por cuanto, concomitantemente, pueden producirse obligaciones de las autoridades tributarias a favor de los particulares.⁴⁷³

Por su parte, el objeto de la relación jurídica tributaria es el hecho generador,⁴⁷⁴ definido en el COT⁴⁷⁵ como “el presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo”.⁴⁷⁶ En torno a dicho objeto es que pueden surgir las controversias entre la administración tributaria y el contribuyente, ya que el proceso que se siga al respecto puede versar sobre “la obligación de dar o no dar dinero en que consiste la obligación tributaria” y pueden plantearse “sobre dos aspectos fundamentales: sobre la legalidad de la relación administrativa y sobre la ejecución de la deuda tributaria”.⁴⁷⁷

⁴⁷⁰ “Existen diversas definiciones de la obligación tributaria, como la que señala que es el vínculo jurídico en virtud del cual, un sujeto debe dar a otro sujeto, que actúa ejercitando el poder tributario, una suma de dinero que se determina por la ley. Sin embargo, la definición más completa es aquella que sostiene que es el vínculo jurídico cuya fuente es la ley, que nace en virtud de la ocurrencia de ciertos hechos que en la misma ley se designan y, por el cual (vínculo), ciertas personas se encuentran en la necesidad jurídica de entregar al Estado u otro ente público, cierta cantidad de dinero para la satisfacción de las necesidades públicas”. Véase Zavala Ortiz, “*Manual de Derecho Tributario*”, 48.

⁴⁷¹ Ecuador, COT, art. 23. “Sujeto activo. Sujeto activo es el ente público acreedor del tributo”.

⁴⁷² Ecuador, art. 24.- “Sujeto pasivo.- Es sujeto pasivo la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable”. Por su parte, Carlos Alberto Pacci Cárdenas, utilizando otra terminología, considera que “en las relaciones jurídicas tributarias originadas por los tributos hay que advertir la concurrencia de dos sujetos: el acreedor tributario y el deudor tributario. El acreedor tributario es el Estado mismo que exige de los particulares el pago de los tributos. En cambio, el sujeto obligado al pago no es otro que el deudor tributario”. Véase Alberto Carlos Pacci Cárdenas, *Introducción al Derecho Tributario* (Lima: Ediciones Justo Valenzuela, 2011), 42.

⁴⁷³ Véase Toscano Soria, “El derecho a la devolución del crédito tributario del IVA cuando no es posible la compensación con el mismo impuesto o con otros tributos controlados por la misma autoridad tributaria”, 2, <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/File/credito%20tributario%20luis%20toscano.pdf>.

⁴⁷⁴ “El hecho imponible es el hecho económico acontecido en la realidad que encaja en la descripción legal prevista por la ley tributaria y que dará lugar al nacimiento de la obligación tributaria”. Véase Pacci Cárdenas, “Introducción al Derecho Tributario”, 42.

⁴⁷⁵ Ecuador, COT, art. 23. “Hecho generador. Se entiende por hecho generador al presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo”.

⁴⁷⁶ “Las obligaciones con fuente en la ley o *ex lege*, implican que los sujetos se van a ver obligados si incurren en actos, hechos o conductas que la propia ley se encarga de definir. En el caso de la obligación tributaria, el contribuyente se verá obligado, cuantitativamente con el Fisco, si incurre en el supuesto de hecho generador de la obligación tributaria, el hecho gravado”. Véase Zavala Ortiz, *Manual de Derecho Tributario*, 49.

⁴⁷⁷ Véase Alvarado Esquivel, “Los sujetos de la capacidad de imposición”, 191.

Ahora bien, entre ambos sujetos pueden surgir, y de hecho surgen con frecuencia, discrepancias acerca del cumplimiento o no de las obligaciones tributarias, de ser o no sujeto pasivo de una determinada deuda tributaria, o del acaecimiento efectivo del hecho en virtud del cual nacen aquellas obligaciones, razón por la que en la legislación se establece, además de los derechos y obligaciones de las partes, las reglas según las cuales deben dirimirse los eventuales conflictos.

En síntesis, existen dos vías para canalizar, examinar y resolver los mencionados conflictos entre la administración tributaria y el contribuyente: por un lado, la vía propiamente administrativa, en la cual es la misma administración quien conoce del reclamo u objeción del contribuyente, y por otro la vía judicial a través del proceso contencioso tributario, que se desarrolla ante un tercero imparcial que es el juez.

Con respecto a la primera, la legislación tributaria generalmente establece el procedimiento administrativo a seguir, que es exclusivo para ese tipo de reclamaciones y cuyo desarrollo suele estar técnicamente reglado y donde la administración tributaria funge de juez y parte en la solución del conflicto con base en el principio inquisitivo.

La segunda vía, en cambio, como ya explicamos con anterioridad, se desarrolla ante la autoridad jurisdiccional competente, que debe actuar como tercero imparcial, siguiendo las reglas de procedimiento, que además de las específicas del procedimiento contencioso tributario, figuran las del derecho procesal común en lo que le sean aplicables, siempre que así esté dispuesto en el ordenamiento jurídico pertinente.

2.4. La prueba en materia contencioso-tributaria

El carácter inquisitivo o dispositivo que distingue al procedimiento administrativo tributario del procedimiento contencioso tributario se determina, entre otras cosas, en la actividad probatoria: en el primero la misma administración tributaria ejerce la iniciativa probatoria, aporta pruebas y decide la controversia, aunque también puede aportar pruebas el contribuyente.⁴⁷⁸

⁴⁷⁸ “Como se observa en materia tributaria se recoge de manera dual, distintos sistemas procesales, al reconocer la pervivencia de los principios dispositivo e inquisitivo en tratándose de la práctica de pruebas, y va incluso más allá al permitir la valoración de pruebas que se presentaren extemporáneamente pero únicamente para establecer “presunciones” y solo bajo la condición de que la mismos permitan llegar a la verdad (propio del sistema inquisitivo), o aleccionen la visión de los juzgadores sobre la realidad del proceso, situación distinta a las categorizaciones establecidas para la apreciación de pruebas, en plenas y semiplenas, las cuales se constituyen en preceptos de valoración que guardan sus propias reglas, pero lejanas al elemento temporal de la práctica de pruebas conforme a derecho”. Véase Sala de lo Contencioso

En el segundo, por el contrario, corresponde a cada una de las partes aportar las pruebas en que basan sus pretensiones y excepciones frente a un tercero imparcial, y sin interés personal en el asunto que sería el juez; no obstante, que las reglas de la carga pueden variar en función de la configuración del régimen probatorio vigente en cada caso, o con respecto a las posibilidades o dificultades de las partes para acceder a los medios de prueba,⁴⁷⁹ como se explicará más adelante.

Existe, empero, cierta controversia respecto al concepto de prueba y la práctica probatoria en el procedimiento administrativo tributario y el proceso contencioso tributario. Al respecto es interesante el análisis realizado por Diego Marín-Barnuevo Fabo, quien discute la tesis de las posibles diferencias de la prueba en uno u otro procedimiento.⁴⁸⁰

Su conclusión es que existe una diferencia sustancial entre la prueba en el procedimiento contencioso tributario y la prueba en el procedimiento administrativo: en el primero rige la carga de la prueba subjetiva, donde es de aplicación de manera exclusiva el principio de aportación de partes, y en los que “el órgano encargado de resolver no puede suplir la falta de actividad probatoria de los interesados y, por tanto, la insuficiente acreditación de los hechos que sustentan su derecho dará lugar a la desestimación de su pretensión”.⁴⁸¹

En ese contexto rige el principio dispositivo en el sentido utilizado en esta investigación, que ya fue previamente definido en el epígrafe 1.4.

Por contraste, en el procedimiento administrativo tributario rige la carga de la prueba objetiva, que se fundamenta en el interés que pesa sobre las partes en aportar las pruebas, por cuanto además de las partes, el decisor “está facultado para proponer y recabar cuantas pruebas sean necesarias para alcanzar una resolución justa y, por tanto, la insuficiencia probatoria no implica necesariamente que los hechos afectados deban ser ignorados en el momento de resolver la controversia”.⁴⁸²

Tributario, Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Resolución de 19 de diciembre de 2014, Recurso de Casación n.º 447-2012, 13.

⁴⁷⁹ Al respecto es interesante citar el siguiente análisis de la Corte Constitucional del Ecuador: “Debido a que los demandados alegaron falsedad de las letras de cambio y falta de personería para demandar, pesaba sobre ellos la carga de la prueba para demostrar sus aseveraciones, carga que no aparece excesiva o de difícil práctica para desvirtuar la validez de los títulos con los que se habría pretendido exigir una deuda inexistente, por lo que no se colocaba en desventaja a los demandados en relación con el actor, respecto a su derecho a probar y a su derecho de defensa”. Véase “Sentencia n.º 018-09-SEP-CC”, en *Caso: 0166-09-EP*, 23 de julio de 2009, 9.

⁴⁸⁰ Véase Marín-Barnuevo Fabo, “La distribución de la carga de la prueba”, 201.

⁴⁸¹ *Ibíd.*, 2023.

⁴⁸² *Ibíd.*, 202.

En este caso rige de manera excepcional el principio inquisitivo, entendido como facultad del decisor de aportar pruebas adicionales a las de las partes, cuando concurren los presupuestos que lo facultan para ello.

En cualquier caso, el litigio entre la administración tributaria y el contribuyente puede pasar de la vía administrativa a la vía judicial, donde deberá resolverse por el juez competente en la materia, si es que en la vía administrativa no se resolvió.

En qué casos, bajo qué requisitos y en qué condiciones se pasa de lo administrativo a lo contencioso es una cuestión técnica resuelta de diferentes maneras en la legislación, que puede ser básicamente, por un lado, la exigencia de agotar la vía administrativa antes de recurrir al contencioso-tributario, y por otro la interrupción del procedimiento ante la administración a partir del momento en que se interpone la acción judicial, sin importar la fase o etapa en que se encuentre aquél. En ambos casos rigen los principios de legalidad de las actuaciones y el debido proceso administrativo o judicial.

Hechas esas precisiones de carácter conceptual y las distinciones de rigor, corresponde ahora dejar de lado el procedimiento tributario ante la autoridad administrativa, para avanzar en el proceso contencioso tributario que se desarrolla por la vía jurisdiccional, especialmente en lo que se refiere a su objeto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En el Ecuador, el régimen jurídico para la resolución de conflictos en materia tributaria se consigna en el COT en cuanto a lo sustantivo, y en el COGEP en cuanto lo procesal, aunque en el primero subsisten varias disposiciones de carácter procesal que no fueron derogadas expresamente por el segundo.⁴⁸³

Entre esos artículos no derogados está el 217, de conformidad con el cual:

la Jurisdicción contencioso-tributaria consiste en la potestad pública de conocer y resolver las controversias que se susciten entre las administraciones tributarias y los contribuyentes, responsables o terceros, por actos que determinen obligaciones tributarias o establezcan responsabilidades en las mismas o por las consecuencias que se deriven de relaciones jurídicas provenientes de la aplicación de leyes, reglamentos o resoluciones de carácter tributario.

En tanto que el COGEP, en el artículo 300, dispone que:

Las jurisdicciones contencioso tributaria y contencioso administrativa previstas en la Constitución y en la ley, tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar

⁴⁸³ El COGEP, en su Disposición derogó el Capítulo II del Trámite de las Acciones, del Título II de la Sustanciación ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal, del Libro III del Procedimiento Contencioso y los artículos 291, 292, 293, 294, 296 y 299 del Código Tributario, codificación 9, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 38 de 14 de junio de 2005.

el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder.

Al ser la norma del COT una disposición especial con respecto al COGEP, para definir la jurisdicción contencioso-tributaria es menester atenerse a la primera, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Final Primera del COGEP;⁴⁸⁴ aunque si se aplica el criterio de *lex posterior* debería prevalecer la de esta última disposición jurídica.

Ante la jurisdicción contencioso-tributaria, según el COGEP, se tramitarán tres tipos de acciones: acciones de impugnación, acciones directas y acciones especiales;⁴⁸⁵ las de impugnación⁴⁸⁶ y las acciones directas⁴⁸⁷ se tramitarán por el procedimiento ordinario, mientras que las acciones especiales, a través del procedimiento sumario.⁴⁸⁸

⁴⁸⁴ En todo lo no previsto en el Código Orgánico General de Procesos, se observarán, de forma supletoria, las disposiciones vigentes del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia; Código Tributario; Código Civil, Código del Trabajo y Código de Comercio.

⁴⁸⁵ Ecuador, COGEP, art. 319. “Acciones en procedimiento contencioso tributario. Se tramitarán en el procedimiento contencioso tributario las acciones de impugnación, acciones directas y acciones especiales”.

⁴⁸⁶ Ecuador, COGEP, art. 320. “Impugnación. Las o los contribuyentes o interesados directos pueden impugnar: 1. Contra reglamentos, ordenanzas, resoluciones o circulares de carácter general, dictadas en materia tributaria, cuando se alegue que tales disposiciones han lesionado derechos subjetivos de los reclamantes. 2. Contra reglamentos, ordenanzas, resoluciones o circulares de carácter general, dictadas en materia tributaria, cuando se persiga la anulación total o parcial de dichos actos. 3. Contra actos administrativos de determinación tributaria provenientes de la administración tributaria nacional, de gobiernos autónomos descentralizados o de excepción. 4. Contra actos administrativos por silencio administrativo con respecto a reclamos o peticiones planteados, en los casos previstos en la ley. 5. Contra decisiones administrativas dictadas en recurso de revisión. 6. Contra resoluciones administrativas que impongan sanciones por incumplimiento de deberes formales. 7. Contra resoluciones definitivas de la administración tributaria que nieguen en todo en parte reclamos de pago indebido, pago en exceso o de lo debidamente pagado. 8. De las excepciones a la coactiva que se propongan justificadas en el número 10 del artículo 316. 9. Las que se propongan contra las resoluciones de las administraciones tributarias que nieguen en todo o en parte reclamaciones de contribuyentes, responsables o terceros o las peticiones de compensación o de facilidades de pago. Estas acciones se ejercerán en procedimiento ordinario”.

⁴⁸⁷ Ecuador, COGEP, art. 321. “Acciones directas. Se pueden presentar acciones directas por pago indebido, pago en exceso o de lo debidamente pagado cuando se ha realizado después de ejecutoriada una resolución administrativa que niegue el reclamo de un acto de liquidación o determinación de obligación tributaria. La acción de impugnación de resolución administrativa, se convertirá en la de pago indebido cuando, estando en trámite aquella, se pague la obligación. Estas acciones se tramitarán en procedimiento ordinario”.

⁴⁸⁸ Ecuador, COGEP, art. 322. “Acciones especiales. Se pueden proponer como acciones especiales: 1. Las excepciones a la coactiva, con excepción de la prevista en el número 10 del Artículo 316. 2. Para obtener la declaración de prescripción de los créditos tributarios, sus intereses y multas. 3. Las tercerías excluyentes de dominio que se deduzcan en coactivas por créditos tributarios. 4. La impugnación a las providencias dictadas en el procedimiento de ejecución, en los casos de decisiones de preferencia, posturas y de la entrega material de los bienes embargados o subastados previstos en la Ley de la materia. La nulidad en los casos de los números 1, 2 y 3 del artículo 207 del Código Tributario que solo podrá reclamarse junto con el recurso de apelación del auto de calificación definitivo, conforme con el artículo 191 del mismo Código. 6. Los conflictos de competencia suscitados entre autoridades de distintas administraciones tributarias, conforme con la ley. 7. El recurso de queja. 8. Las de pago por consignación de créditos tributarios, en los casos previstos en la ley. 9. Las de nulidad del procedimiento coactivo por créditos tributarios que se funden en la omisión de solemnidades sustanciales u otros motivos que produzcan

En cualquiera de las acciones interpuestas ante la jurisdicción contencioso tributaria, deben seguirse los trámites del proceso previsto al efecto,⁴⁸⁹ con respecto a los cuales rigen los principios tanto de la Función Judicial como los principios rectores del proceso previstos en la CRE 2008, el COFJ y el COGEP, y, de manera muy especial, el principio dispositivo y los relacionados con la prueba y la actividad probatoria que deben desarrollar las partes, todos los cuales fueron explicados oportunamente en el capítulo primero de esta investigación.

Antes de proseguir el análisis de las disposiciones vigentes, conviene hacer algunas precisiones de carácter lingüístico y conceptual. Se trata de que la distinción que hemos venido siguiendo entre procedimiento administrativo tributario y procedimiento contencioso tributario no es utilizada, al menos no de manera unívoca, por el COGEP.

En la referida disposición jurídica se utilizan indistintamente las expresiones proceso y procedimiento; así, por ejemplo, el contencioso tributario se lo denomina “procedimiento” en la exposición de motivos (p. 3), mientras que en unas líneas más adelante se lo denomina “proceso” (p. 4); en la parte dispositiva del COGEP, al referirse a lo contencioso administrativo y contencioso tributario se los nombra procedimientos,⁴⁹⁰ mientras que en el artículo 318 se lo regula como procedimiento contencioso tributario, pero las controversias a que hace referencia se tramitan en “procesos contencioso tributario”.

Ante esas diferencias con respecto a la terminología convencional que hemos reseñado anteriormente, utilizaremos la expresión procedimiento para identificar al que se realiza ante la administración tributaria siguiendo el principio inquisitivo, mientras la expresión proceso será reservada para el contencioso tributario, donde rige el principio dispositivo, sin que ello implique que, necesariamente, existe una relación conceptual

nulidad, según la ley cuya violación se denuncie. No habrá lugar a esta acción, después de pagado el tributo exigido o de efectuada la consignación total por el postor declarado preferente en el remate o subasta, o de satisfecho el precio en el caso de venta directa, dejando a salvo las acciones civiles que correspondan al tercero perjudicado ante la justicia ordinaria. 10. La nulidad del remate o subasta cuando el rematista es una de las personas prohibidas de intervenir en el remate, conforme con la ley de la materia. 11. Las acciones que se propongan contra las registradoras y los registradores de la propiedad y mercantiles de su jurisdicción, por haberse negado, por razones tributarias, a inscribir cualquier acto o contrato, y las acciones subsiguientes contra tales funcionarias y funcionarios para liquidar daños y perjuicios causados por la ilegal negativa. 12. Las previstas en las leyes correspondientes. Estas acciones se tramitarán en procedimiento sumario”.

⁴⁸⁹ Una explicación exhaustiva sobre las reglas del COGEP aplicables al procedimiento contencioso tributario puede verse en Luis Toscano Soria, “Los procedimientos contencioso tributarios en el Código Orgánico General de Procesos”, UASB, 2016, <http://www.uasb.edu.ec/documents/10181/1499701/EL+PROCESO+CONTENCIOSO+TRIBUTARIO.pdf/2ad7a527-67d1-4ced-aa9e-03936eab1831>.

⁴⁹⁰ *Ibíd.*, Capítulo II. procedimientos contencioso tributario y contencioso administrativo.

entre procedimiento y principio inquisitivo por un lado, y proceso y principio dispositivo, por otro.

Se trata, por otra parte, de una distinción usual en el derecho procesal, sobre todo cuando no está precedido de un procedimiento interno de la administración pública que pasa luego a conocimiento de los órganos jurisdiccionales por no llegarse a un acuerdo por esa vía, o cuando alguno de los sujetos de la relación jurídica está inconforme con la decisión adoptada y ejerce las acciones pertinentes por la vía judicial.

En este último caso, el paso del procedimiento ante la administración tributaria a la jurisdicción contencioso-tributaria implica, entre otras consecuencias importantes, que las partes se sitúan, al menos teórica y legalmente, en un plano de igualdad ante el órgano jurisdiccional.

Esa presunta igualdad de las partes en el proceso contencioso tributario es cuestionada por diversos autores. Por ejemplo, Ramón Valdés Castro afirma que existe siempre una desigualdad de las partes en beneficio de la administración, lo que se manifiesta en la superioridad de la administración tributaria, la que considera un privilegio de ésta última.

Al respecto señala además otros privilegios de la administración, como son el hecho de que “la administración se prepara su propio título ejecutivo” y lo que denomina la “excepción de ilegalidad”, en virtud de la cual los actos de la administración se presumen legales y legítimos, salvo que se declare lo contrario por autoridad competente.⁴⁹¹

Por esas diferencias, que son jurídicas, pero tienen su anclaje, su origen, en el hecho concreto de las diferencias entre el contribuyente y la administración tributaria, en la relación jurídico-procesal que se establece entre un órgano del poder público como lo es la administración tributaria y un sujeto privado como lo es el contribuyente, los referidos “privilegios” pueden influir de manera sensible en los principios que deben regir el proceso judicial.

De ahí que constituya un problema latente para los estudiosos de la materia tributaria así como en la legislación, decidir si se diseña un proceso especial teniendo en cuenta las características de los sujetos, la especialidad de la materia y lo singular de su objeto, o seguir las reglas del proceso judicial común, que no en todos los casos es

⁴⁹¹ Véase Ramón Valdés Castro. “El principio de igualdad de las partes en la relación jurídico-tributaria y sus proyecciones en el derecho formal procesal”, en *Impuestos. Doctrinas fundamentales (1942-2002)*, dir. Marcelo R. Lascano (Buenos Aires: la Ley, 2002), 104-6.

suficiente para garantizar adecuadamente los derechos de las partes, por un lado, y por otro conseguir la realización efectiva de los principios que deben seguirse en el proceso.

En el caso del Ecuador, el camino transitado pasó de un proceso especialmente diseñado para la materia contencioso tributaria en el COT, al proceso común previsto en el COGEP, con algunos detalles particulares en razón de la materia; pero en lo que respecta a la prueba en general y a la prueba para mejor resolver en particular, son de aplicación las reglas del proceso común, lo cual no toma en cuenta las diferencias entre los sujetos, la materia y la singularidad del objeto del proceso.

Algunas de las dificultades que surgen a propósito de una legislación procesal común para diferentes materias han sido puestas de manifiesto, en lo que respecta a la materia laboral también regulada en el COGEP por Dana Abad Arévalo, quien se plantea como objeto de su trabajo “mostrar las desventajas que en la práctica conlleva el haber optado por un procedimiento que consideramos no será el adecuado para todos los juicios laborales, principalmente por la complejidad de algunos casos y porque ni los abogados ni los jueces están lo suficientemente capacitados para abordarlos en una sola audiencia”.⁴⁹²

En ese contexto, la prueba de oficio podría aportar elementos claves que justificarían su decreto por parte del juez, que luego debe ser expresada en la obligada motivación de la sentencia, pero que debe exponerse también en el auto interlocutorio que la decreta. Y es que, en cualquier caso y al margen de las diferencias concretas entre los sujetos de la relación jurídico-procesal en materia tributaria, el asunto controvertido se refiere a la satisfacción de un interés público como es el debido cumplimiento de la obligación tributaria por parte de contribuyente.

A través del proceso se procura tutelar los derechos de la persona, del contribuyente, en su calidad de sujeto pasivo de la obligación tributaria, por un lado, y por otro verificar la legalidad de las actuaciones de la administración, la obligación de pagar el tributo y su cuantía, de la que es acreedora la administración tributaria, con el propósito de evitar o corregir cualquier tipo de desviación del poder de ésta. De ahí que en el procedimiento contencioso tributario converjan el interés público de la administración y el interés particular del contribuyente: cuando no existe coincidencia, se establece la disputa.

⁴⁹² Al respecto puede verse Dana Abad Arévalo, “Particularidades del procedimiento laboral en el contexto del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)”, *FORO: Revista de Derecho*, n.º 24 (2015): 23-38.

Todo lo dicho conecta con el precepto relativo al contenido de la sentencia en materia contencioso tributaria previsto en el artículo 313 COGEP, por el que el juez o jueza está compelido a decidir con claridad los puntos sobre los que se produjo la controversia, y aquellos que en relación directa con los mismos comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados, supliendo incluso las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o se aparte del criterio que aquellas atribuyan a los hechos.

La explicación anterior relativiza las posibles afectaciones a los principios y derechos que pudiera afectar el decreto de prueba de oficio en el procedimiento contencioso tributario, pero en todo caso es siempre una posibilidad cuya materialización deberá verificarse en cada caso concreto al interior del proceso, siendo la motivación del auto interlocutorio que decreta la prueba de oficio y la motivación de la sentencia el campo de prueba de la oportunidad, pertinencia y necesidad de que se haya decretado la referida prueba de oficio.

La clave estaría, por tanto, en el peso de los argumentos esgrimidos por el juzgador una vez apreciados y valorados los medios de prueba propuestos por las partes y producidos en la audiencia; la actividad argumentativa que desarrolle el juzgador en la motivación del auto y la sentencia, tarea apoyada precisamente en el objeto, trascendencia y alcance de la jurisdicción contencioso tributaria, así como en la obligación que pesa sobre el juez de motivar sus resoluciones y fallos, las peculiaridades del procedimiento contencioso tributario y las diferencias en la condición fáctica de las partes.

Las dificultades que puede generar la aplicación de las normas comunes del COGEP sobre la prueba en general y la prueba para mejor resolver en particular, a la materia contencioso tributaria, será el contenido principal del epígrafe siguiente.

3. La prueba para mejor resolver: artículo 168 del COGEP

Como hubo ocasión de referir en el capítulo segundo de esta investigación, antes de la entrada en vigor del COGEP la mayoría de las materias sustantivas tenían sus propias normas procedimentales. Así, el Código de la Niñez y la Adolescencia, el Código de Procedimiento Civil, la jurisdicción contencioso-administrativa y el propio COT, entre otros, todos derogados por el COGEP, como se analizó oportunamente.

Cada una de las mencionadas disposiciones contenía, además, reglas particulares sobre la prueba en general, y sobre la prueba de oficio en particular, diseñadas de acuerdo

con las exigencias propias de la materia, al tomar en consideración tanto el tipo de relación jurídica como los sujetos que intervienen y el objeto sobre el que versan los litigios.

En ese contexto de dispersión legislativa en materia procesal en general y la prueba de oficio en particular, la primera virtud que debe reconocerse al COGEP, es reducir a la unidad la diversidad, de establecer disposiciones comunes a todos los procesos y unificar los criterios relativos a la prueba de oficio en una única disposición aplicable a todas las ramas del derecho procesal, con la excepción del proceso constitucional, penal y electoral.

Sin embargo, para tener una mejor comprensión de la redacción actual del artículo 168 del COGEP, donde se establece la prueba para mejor proveer, seguiremos el *iter* legislativo de la institución en los dos informes presentados a debate en la Asamblea Nacional sobre el proyecto de código, antes de su aprobación definitiva.⁴⁹³

Para hacer un análisis más exhaustivo y sistemático, se hace un estudio comparado sobre la prueba de oficio entre el COFJ, el primer y segundo informe para el debate del proyecto de COGEP en la Asamblea Nacional y el artículo 168 del COGEP, tal como quedó redactado y que se encuentra actualmente vigente.

Se incluyen además en el análisis las disposiciones vigentes en el Código del Trabajo y el Código de Comercio relativas a la prueba en general y la prueba de oficio que no fueron derogadas por el COGEP.

El objetivo básico es hacer una caracterización de las regulaciones vigentes sobre la prueba de oficio, para luego confrontarla con los principios constitucionales y procesales que configuran el principio dispositivo, cuyo análisis se

hizo en el capítulo primero.

Para ello se utilizan las mismas variables de comparación aplicadas al estudio de los códigos extranjeros y las disposiciones ecuatorianas derogadas por el COGEP, sin perder de vista que en el caso de los informes para debate del proyecto presentados a la Asamblea Nacional el ámbito de aplicación tuvo ciertas variaciones a lo largo del proceso, así como modificaciones significativas con respecto a la configuración jurídica de la prueba de oficio entre los informes a la Asamblea Nacional y el texto aprobado.

⁴⁹³ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 137 de la Constitución de 2008, todo proyecto de ley será sometido a dos debates.

3.1. Análisis de los resultados del estudio comparado

El análisis del diseño institucional de la prueba de oficio en los diferentes textos legales referidos, nos permite hacer las siguientes reflexiones.⁴⁹⁴

En cuanto a su ámbito de aplicación, el *iter* legislativo del COGEP muestra variaciones significativas: en el primer informe presentado a la Asamblea Nacional era aplicable a “la actividad procesal en todas las materias, excepto la penal y la constitucional” (art. 1 del proyecto); en el segundo informe tenía el mismo ámbito de aplicación, aunque en orden diferente: primero la constitucional y luego la penal (artículo 1 del proyecto).

Finalmente en el COGEP (art. 1) se extendió a “la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal”, aunque existe una contradicción entre la exposición de motivos y dicho artículo, ya que en aquella -último de sus considerandos- refiere a la “unificación [en el código] de todas las materias, excepto la constitucional y la penal”, como estaba previsto en el proyecto presentado como segundo informe a la Asamblea Nacional, pero no quedó así en el artículo 1 aprobado.

Aunque el COFJ no es propiamente de carácter procesal, se incluye en el estudio porque, por un lado en él se establece el diseño institucional del juzgador como autoridad para decretar u ordenar la prueba de oficio y, por otro, establece como deber de las juezas y jueces “ordenar de oficio, con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad”.⁴⁹⁵

En el COFJ la prueba de oficio se define no como una facultad procesal del juez, como es propio de las normas procesales, sino como un deber consustancial al ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, que está obligado a ejercer para garantizar la realización de la justicia a través del sistema procesal.

Ello supone un elemento importante para el estudio de la institución que nos ocupa, porque hasta aquí la prueba de oficio, tanto en el plano legislativo derivado del análisis comparado, como en el plano doctrinal, la prueba de oficio no es considerada

⁴⁹⁴ Ver Anexo 3.

⁴⁹⁵ Ecuador, COFJ, art. 130. “Facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces. Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto, deben: 10. Ordenar de oficio, con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad”.

como un deber de los jueces a dar cumplimiento, sino como una facultad excepcional contingente que se deriva del desarrollo del proceso, la cual puede ser ejercida o no en dependencia de los requisitos de procedibilidad que se exige en cada caso, así como del material probatorio aportado por las partes.

En el primer⁴⁹⁶ y segundo⁴⁹⁷ informe para el debate del Proyecto de COGEP, la prueba para mejor resolver estaba configurada como una facultad de carácter excepcional, declarado así explícitamente, distanciándose con ello de la legislación anterior, en la que aparecía siempre como facultad discrecional sin otros detalles, aunque resulta pertinente suponer su carácter excepcional.

En el *Informe para primer debate del Proyecto de Código Orgánico General de Procesos*,⁴⁹⁸ el artículo 164 establecía lo siguiente:

Pruebas para mejor resolver. Antes de resolver el tema controvertido y sin que esto pueda considerarse prejuzgamiento sobre el fondo del asunto, la o el juez o tribunal podrá excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de la verdad, que se cumplirá observando las disposiciones generales sobre la prueba, previstas en este Código. Por este motivo, se podrá diferir o suspender hasta por quince días la audiencia y en tal tiempo las partes podrán contradecir la prueba ordenada de oficio solicitando incluso otras pruebas relacionadas a la ordenada por la o el juez o tribunal que se cumplirán en la audiencia. La o el juez o tribunal podrán ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesal. La o el juez o tribunal no podrán ser acusados de prevaricato ni de la comisión de otra infracción penal, por haber dispuesto la práctica de pruebas para esclarecer la verdad.

En el *Informe para el segundo debate del Proyecto de Código Orgánico General de Procesos*,⁴⁹⁹ su artículo 177 contenía la siguiente disposición:

Pruebas para mejor resolver. La o el juzgador podrá excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos en los que se encuentren inmersos las niñas, niños y adolescentes o en materia laboral. Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince días.

Si bien las disposiciones anteriores finalmente no fueron incorporadas al texto vigente del COGEP, su estudio es importante, por cuanto permite apreciar la cautela con

⁴⁹⁶ *Informe para primer debate del Proyecto de Código Orgánico General de Procesos*, Asamblea Nacional del Ecuador, 24 de julio 2014, art. 164.

⁴⁹⁷ *Informe para el segundo debate del Proyecto de Código Orgánico General de Procesos*, Asamblea Nacional del Ecuador, 11 de febrero de 2015, art. 177.

⁴⁹⁸ 12 de enero de 2018, <https://es.slideshare.net/chocomedina/informe-para-primer-debate-del-proyecto-de-codigo-orgnico-general-de-procesos>.

⁴⁹⁹ 12 de enero de 2018, <https://es.slideshare.net/mariangel1982/203894-informe-para-segundo-debate-codigo-orgnico-de-procesos>.

la que fue tratada la prueba para mejor resolver en el proceso legislativo interno que condujo a la aprobación del texto definitivo.

Esa cautela es evidente, por ejemplo, al incluir en el artículo 164 del primer informe la aclaración de que la prueba de oficio no podrá considerarse como “prejuzgamiento sobre el fondo del asunto”, argumento que generalmente se utiliza por los detractores de la posibilidad de atribuir poderes al juez en materia de aportación de pruebas.

También es evidente en el caso del segundo informe, donde la prueba de oficio solo podía ser decretada en los procesos “donde se encuentren inmersos las niñas, niños y adolescentes o en materia laboral”, lo que puede ser entendido como un poder atribuido al juez en los casos en que las personas cuya situación en el proceso puede ser, *ab initio*, desfavorable y así poder, a través de esa facultad, realizar el fin último del proceso que sería la realización de la justicia.

Con el mismo carácter excepcional fue establecida en el COGEP, aunque con diferencias importantes con respecto al proyecto inicial, como ya vimos. No obstante, en las disposiciones vigentes en el Código del Trabajo y el Código de Comercio sigue siendo una facultad discrecional sin más detalles, cuyo ejercicio remite a las disposiciones del COGEP, como normas complementarias.

El nombre de la institución difiere entre las disposiciones jurídicas vigentes, no así entre los informes sobre el proyecto de código y el COGEP. En el COFJ tiene el nombre común y tradicional de prueba de oficio, lo mismo sucede en el Código del Trabajo y en el Código de Comercio.

Sin embargo, tanto en los informes sobre el proyecto como en el texto vigente del COGEP se adoptó la denominación “prueba para mejor resolver”, rompiendo por una parte con la que podemos denominar “tradición legislativa ecuatoriana”, y utilizando una terminología que en el derecho comparado solo se ha podido verificar en el *Código de Procedimiento Civil de Chile* vigente desde 1902,⁵⁰⁰ y que está prácticamente en desuso.⁵⁰¹

⁵⁰⁰ Chile, CPCCh, art. 159. “Los tribunales, sólo dentro del plazo para dictar sentencia, podrán dictar de oficio medidas para mejor resolver”. Un análisis de dichas medidas y su presunta inconstitucionalidad puede verse en Hugo Botto, *Las medidas para mejor resolver*, 116.

⁵⁰¹ De toda la bibliografía consultada en esta investigación, solo las que se refieren al Código de Procedimiento Civil de Chile y el COGEP utilizan la denominación “prueba para mejor resolver”, ya que ese es el nombre que se le dio a la institución en ambos códigos.

En el COFJ, la prueba de oficio tiene como objetivo el esclarecimiento de la verdad, coincidente con el objetivo declarado de la prueba para mejor resolver en el primer informe del proyecto; en el segundo informe ya no se refiere a la verdad como categoría abstracta, sino al esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo que coincide con el objetivo declarado expresamente en el texto del COGEP.

En el Código del Trabajo, el objetivo de la prueba de oficio es establecer la verdad de los hechos materia del juicio;⁵⁰² y, en el Código de Comercio el examen y compulsas de lo que tenga relación con el asunto que se ventila.⁵⁰³

El momento procesal en el que procede ordenar o decretar prueba de oficio es siempre después de la práctica de la prueba y antes de resolver, excepto para el caso del COFJ donde no aplica ese criterio, puesto que no es una norma procesal.

Sin embargo, en el primer informe del proyecto presentado a la Asamblea Nacional se especifica que es antes de resolver, en consonancia con el nombre de la institución; mientras que, en el segundo informe, en el artículo 168 del COGEP y en el Código de Comercio, no aparece expresamente señalado el momento procesal o el lapso en que puede ser decretada por el juez.

En uso de su facultad discrecional o excepcional el juez, en todos los casos, puede decretar u ordenar la práctica de pruebas (en plural en el COFJ y el primer informe del proyecto, en éste último, además, la actuación de medios probatorios), la realización de pruebas (en el caso del Código del Trabajo) o la presentación de libros de comercio en el caso del Código de Comercio.

A diferencia de ello, en el derecho comparado se puede ordenar “medios probatorios adicionales”, “diligencias para mejor proveer”, o la “práctica de cualquier medio probatorio”; mientras en las disposiciones derogadas por el COGEP se podía decretar la “presentación de nuevas pruebas”, la “práctica de cualquier diligencia investigativa”, o “cualquier diligencia o presentación de pruebas”.

⁵⁰² Ecuador, *Código del Trabajo*, codificación, Registro Oficial, 16 de diciembre de 2005, art. 577. “El juez de oficio, podrá ordenar la realización de pruebas que estime procedentes para establecer la verdad de los hechos materia del juicio y el juez tendrá plenas facultades para cooperar con los litigantes para que éstos puedan conseguir y actuar las pruebas que soliciten”.

⁵⁰³ Ecuador, *Código de Comercio*, Codificación, Registro Oficial, 20 de agosto de 1960, Última modificación: 22 de octubre de 2010 art. 53. “Salvo los casos expresamente establecidos en la Ley, no se podrá hacer pesquisa de oficio, por juez ni autoridad alguna, para inquirir si los comerciantes llevan libros o no, o si están o no arreglados a las prescripciones de este Código”. Art. 54. “Salvo los casos expresamente determinados en la Ley, tampoco podrán ordenarse de oficio, ni a instancia de parte, la manifestación y examen general de los libros de comercio, sino en los casos de sucesión universal, comunidad de bienes, liquidación de sociedades, legales o convencionales, y quiebra”. Art. 55. “En el curso de una causa podrá el juez ordenar, aún de oficio, la presentación de los libros de comercio solo para el examen y compulsas de lo que tenga relación con el asunto que se ventila; lo cual deberá designarse previa y determinadamente”.

En cuanto a las pruebas que procede decretar, por vía de interpretación es posible establecer, como criterio general, que pueden ser las mismas que compete a las partes en uso de los principios de libertad probatoria y de aportación de partes, con la precisión de que en el Código de Comercio solo procede con respecto a la presentación de libros de comercio.⁵⁰⁴

Los requisitos de procedibilidad están directamente relacionados con el objetivo de la prueba para mejor resolver, por ello los identificamos aquí por vía interpretativa. En el caso del COFJ procede cuando no se haya establecido la verdad, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 130.10.

En el informe para el primer debate del proyecto COGEP, además, se la considera cuando se trate de derechos indisponibles o se presuma dolo o fraude procesal por alguna de las partes.

En el segundo informe, cuando no se hayan esclarecido los hechos controvertidos en los que se encuentren inmersos las niñas, niños y adolescentes, o en materia laboral.

Mientras que en el Código del Trabajo y en el Código de Comercio, procede cuando no está establecida la verdad de los hechos, o solo para el examen y compulsas de lo que tenga relación con el asunto que se ventila, respectivamente.

Los medios previstos para el control de la facultad del juez de decretar u ordenar prueba de oficio al interior del proceso, son comunes tanto a los dos informes sobre el proyecto presentados y debatidos en la Asamblea Nacional, como al texto aprobado en el COGEP. En los tres casos, el juez debe dejar expresa constancia de las razones de su decisión que, en concordancia con el artículo 98 del COGEP, consiste en enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda y explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, bajo pena de nulidad.

Esa forma de control de la facultad discrecional de juez no aplica al COFJ, y tampoco aparece regulado en el Código del Trabajo ni el Código de Comercio, aunque por vía interpretativa, en los dos últimos, deber cumplirse la misma exigencia de motivación preceptuada a nivel constitucional en el art. 76, num. 7, lit. 1).

Como regla general, no cabe recurso contra la prueba decretada u ordenada de oficio; la única nota discordante fue la prevista en el caso del informe para el primer debate del proyecto COGEP donde, si bien no había recurso contra la prueba de oficio,

⁵⁰⁴ Aunque por vía interpretación de la Décimo Cuarta Disposición Derogatoria del COGEP habría que entender que la limitación prevista en el Código de Comercio quedó tácitamente derogada.

las partes podían contradecir la prueba ordenada, o solicitar otras, haciendo uso de los principios de contradicción, igualdad de las partes y del derecho a la prueba.

Ahora bien, a los efectos de completar el estudio y hacer un análisis más detallado, conviene añadir algunas precisiones sobre la prueba para mejor resolver, tal como está regulada en el artículo 168 del COGEP, haciendo énfasis en su carácter excepcional, las posibles afectaciones a la imparcialidad judicial, los principios procesales y los derechos de las partes en el proceso, así como a la concepción general del proceso subyacente a las disposiciones constitucionales y del COFJ, que establecen claramente un sistema procesal de tipo dispositivo.

De la redacción del artículo 168 del COGEP, podemos definir la prueba para mejor resolver como una facultad excepcional que puede ejercer el juzgador, con el objetivo de esclarecer los hechos controvertidos; en virtud de ello, puede ordenar de oficio, la práctica de la prueba que juzgue necesaria, dejando expresa constancia de las razones de su decisión, sin que tengan las partes, derecho a contradecir la prueba o presentar pruebas en contrario.

Desde el punto de vista lingüístico, varios elementos resultan de interés: la prueba sería “para mejor resolver”, de manera que, si el juzgador no la ordena, de todas formas, podría “resolver bien” con la prueba ofrecida por las partes y producida en la audiencia.

Por otro lado, el juzgador puede ordenar “la prueba” que considere necesaria; lo que pudiera ser entendido como que solo puede ordenar “una prueba” y no varias, como sí pueden hacer las partes en virtud del principio de libertad probatoria establecido en el último apartado del artículo 159 del COGEP, según el cual “para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar *cualquier tipo de prueba* que no violente el debido proceso ni la ley”.⁵⁰⁵

De cualquier manera, habría que definir si el término prueba en el artículo 168 se refiere a “medio de prueba” o “tipo de prueba” (ambas expresiones utilizadas en el COGEP)⁵⁰⁶ o “fuente de prueba” (no utilizado en el COGEP pero sí en la doctrina como se vio en su oportunidad).

La prueba tiene como finalidad, según lo establecido en el artículo 158 del COGEP, “llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias

⁵⁰⁵ Ecuador, COGEP, art. 159, último apartado. “La práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio. Para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley”.

⁵⁰⁶ “tipo de prueba” se utiliza en el art. 159 último apartado; y “medio de prueba” en el art. 202.

controvertidos”; mientras que la prueba para mejor resolver tiene como objetivo el “esclarecimiento de los hechos controvertidos”.⁵⁰⁷

Sin embargo, en buena técnica legislativa, y gramaticalmente, debería ser al revés: con la prueba ofrecida por las partes y evacuadas en audiencia, el juzgador debería tener claros los hechos controvertidos, mientras que con la prueba para mejor resolver debería llegar a un “mejor convencimiento” sobre los hechos controvertidos, para “resolver mejor”.

En este sentido, es clara y convincente la argumentación realizada por el Consejo de Estado de Colombia sobre las diferencias entre la prueba de oficio y el auto para mejor proveer; a juicio de la Alta Corte el “llamado auto de mejor proveer entendido como aquella decisión de pruebas pasible de ser proferida, previamente, a dictar sentencia, tiene finalidad estricta y focalizada al esclarecimiento de puntos oscuros o dudosos de la contienda”.⁵⁰⁸

El auto hace parte, según la Alta Corte, del “gran continente de las llamadas pruebas de oficio”, dentro de las que distingue dos modalidades: la primera, “las pruebas de oficio propiamente dichas, que se decretan durante las instancias con el propósito de toda contienda judicial y es esclarecer la verdad y cuya práctica, se indica, se hace en forma conjunta con las pedidas por las partes”.⁵⁰⁹

La segunda modalidad, “única y propia del llamado auto de mejor proveer, mediante la cual se resalta en grado sumo, el poder de instrucción del operador jurídico en su labor de administrar justicia, pero de manera excepcional, por cuanto [...] implica que las etapas procesales probatorias para la postulación de las partes [...] ya han sido superadas y finiquitadas”.⁵¹⁰

La distinción, que se basa en la legislación vigente en Colombia, puede ser perfectamente aplicada a la prueba para mejor resolver prevista en el artículo 168 del COGEP, por cuanto al no establecer la oportunidad procesal en la que el juez puede decretar la prueba en uso de sus facultades de instrucción, podría hacerlo tanto al momento del trámite de admisión de las pruebas presentadas por las partes (a la que el

⁵⁰⁷ Ecuador, COGEP, art. 158. “Finalidad de la prueba. La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos”.

⁵⁰⁸ Colombia Consejo de Estado de Colombia, Sección Quinta, “Sentencia 41001233300020160008001”, 9 de febrero de 2017, Consejera ponente Lucy Jeannette Bermúdez, 23-5, <https://es.scribd.com/document/341392854/sent-41001233300020160008001-17-pruebas-de-oficio>.

⁵⁰⁹ *Ibíd.*

⁵¹⁰ *Ibíd.*

Consejo de Estado denomina prueba de oficio propiamente) o una vez evacuadas aquellas y antes de pronunciar su decisión. Ésta sería técnicamente la prueba para mejor resolver.

Sobre esa distinción volveremos en otro momento, en el epígrafe 3.3 de esta investigación.

Otro aspecto se refiere a los medios a través de los que se puede ejercer control dentro del proceso sobre la prueba para mejor resolver ordenada por el juzgador; siendo una facultad, la decisión de ejercerla o no es de entera disposición del juez, y que sea excepcional significa que se aparta de lo normal; es decir de la iniciativa probatoria y la carga de la prueba que corresponde a las partes.

Dicho de otra manera, el juez es libre de ejercer o no su facultad discrecional, de decretar o no la prueba para mejor resolver, pero una vez que lo haga recae sobre él un deber de fundamentación en los términos previstos en el artículo 76.7 1) de la CRE 2008,⁵¹¹ el artículo 130.4 del COFJ⁵¹² y el artículo 89 del COGEP,⁵¹³ cuyo incumplimiento podría dar lugar a “nulidad por falta de motivación”, en caso de que la resolución fuera recurrida.⁵¹⁴

Una última cuestión se relaciona precisamente con la posición en que quedan las partes cuando el juzgador ordena prueba para mejor resolver. En el informe para el primer debate del proyecto COGEP, se establecía que la “partes podrán contradecir la prueba

⁵¹¹ “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

⁵¹² Las juezas y jueces deben: “Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos”.

⁵¹³ Artículo 89.- “Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho [...] La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación”.

⁵¹⁴ No obstante, el propio COGEP dispone que en el propio artículo 89 que “La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación.” Sobre la falta de motivación como posible causa de vulneración de derechos fundamentales la Corte Constitucional se ha pronunciado en más de una ocasión; al respecto pueden verse las siguientes sentencias: Corte Constitucional, *Caso n.º 1334-15-EP-*, “Sentencia n.º 003-16-SEP-CC”, 2016, M. P. Dr. Alfredo Ruiz Guzmán, <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/003-16-SEP-CC.pdf>; Ecuador Corte Constitucional, *Caso n.º 1361-13-EP-*, “Sentencia n.º 025-17-SEP-CC”, 2017, M. P. Dr. Alfredo Ruiz Guzmán, 25 de enero de 2017, http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2017/025-17-SEP-CC/REL_SENTENCIA_025-17-SEP-CC.pdf.

ordenada de oficio solicitando incluso otras pruebas relacionadas a la ordenada por la o el juez o tribunal que se cumplirán en la audiencia”.⁵¹⁵

En el segundo informe se eliminó esa parte. La prueba para mejor resolver se limitaba entonces “a los hechos controvertidos en que se encuentren inmersos niñas, niños o adolescentes o en materia laboral”.⁵¹⁶

En ese proceso de eliminaciones sucesivas de límites a la facultad de ordenar prueba para mejor resolver, se llegó a la norma actual del COGEP, cuya única exigencia, a más de su carácter excepcional, consiste en el deber de motivación de la resolución judicial que eventualmente pudiera ser cuestionada en un recurso de casación o apelación, pero que no admite contraprueba o nuevas pruebas ofrecidas por las partes.

Con ello se deja la prueba para mejor resolver bajo el control casi absoluto del juzgador, privándola de su función garantista, quien podría utilizarla apropiada o inapropiadamente, no utilizarla o utilizarla de manera recurrente en cumplimiento de los principios y objetivos del proceso, o para fines que van más allá de lo estrictamente procesal, y que se insertan en la política o la ideología judicial.⁵¹⁷

Las posibilidades de un uso inadecuado de las pruebas para mejor resolver están explícitamente reconocidas en el primer informe para debate del proyecto. En el texto explicativo se afirmaba que “las pruebas para mejor resolver constituyen de por sí actuaciones oficiosas por parte del juzgador que desnaturalizan al proceso como tal, ya que el juez no puede pedir actuaciones de prueba distintas a las propuestas por las partes”.⁵¹⁸

En el mismo sentido fue concebido el proyecto de artículo 164 COGEP, donde se decretaba que dichas pruebas no podían considerarse “prejuzgamiento sobre el fondo del asunto”, o que el juez o la jueza no podían “ser acusados de prevaricato ni de la comisión de otra infracción penal”, lo que puede ser interpretado como una actitud de recelo ante la posibilidad de otorgar al juzgador los poderes que la prueba decretada de oficio comporta.⁵¹⁹

⁵¹⁵ “Primer informe”, 21.

⁵¹⁶ “La prueba para mejor resolver se instaura de manera que solo sea aplicable en casos muy excepcionales en los cuales la o el juzgador de oficio ordenará la práctica de la prueba donde se encuentren inmersos los derechos de las niñas, niños o adolescentes o cuestiones laborales”. Véase *Segundo informe*, 21.

⁵¹⁷ Jorge Malen Seña, *Los jueces. Ideología, política y vida privada* (Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, 2017).

⁵¹⁸ “Primer informe”, 23.

⁵¹⁹ Ecuador, COGEP, art. 164.

3.1. Principios y derechos que pudieran verse afectados por la prueba para mejor resolver

Al margen de las objeciones y críticas señaladas sobre la manera en que está regulada la prueba para mejor resolver en el artículo 168 del COGEP, lo cierto es que se trata de una institución propia, pero no exclusiva, del antiguo proceso inquisitivo insertada en el sistema dispositivo como excepcional, y en cuyo ejercicio pueden verse afectados varios principios propios del sistema procesal dispositivo vigente en el Ecuador, por lo que conviene identificar cuáles de esos principios y derechos pudieran ser afectados y en qué medida, en los casos en que el juzgador ordene prueba para mejor resolver en el procedimiento contencioso tributario.

3.2. Principios generales del derecho

a)- *Principio de imparcialidad judicial*: en su función de administrar justicia, el juez debe ser imparcial con respecto a las partes, durante todo el desarrollo del proceso, pero especialmente en la actividad probatoria; debe velar por la aplicación imparcial de la ley, sin considerar a quién de las partes puede afectar o beneficiar con sus decisiones.⁵²⁰

La prueba para mejor resolver pudiera afectar este principio, al considerarse que cuando el juez la ordena, necesariamente favorecerá a una de las partes y, en tal sentido, puede verse afectada su imparcialidad, porque el resultado de la práctica probatoria lo inclinará a decidir a favor de la parte beneficiada con la prueba decretada de oficio,⁵²¹ aunque evidentemente podría alejar cualquier duda al respecto a partir de la apreciación y valoración de la prueba de oficio que realice en la motivación de la sentencia o del auto interlocutorio en que la decreta.

⁵²⁰ Ossorio, *Diccionario*, voz: imparcialidad. Define la imparcialidad como la “falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud. Esa definición [...] ya nos da entender que la *imparcialidad* constituye la principal virtud de los jueces [por el contrario] la parcialidad del juzgador, si es conocida, puede dar motivo a su recusación”. Un estudio reciente y sistemático sobre el derecho a la imparcialidad judicial en el Ecuador puede verse en Ivanna Abad et al., “La imparcialidad judicial”, 472. También puede verse Josep Aguiló Regla, “Imparcialidad y concepciones del derecho”, *Jurídica: Revista de la Universidad de Caldas*, n.º 2 (2012): 27-44.

⁵²¹ Sobre los posibles efectos negativos de la prueba para mejor resolver en Chile puede verse Botto, “Las medidas para mejor resolver”, 116.

En tanto principio general, la imparcialidad judicial está prevista como una de las garantías del derecho a la defensa de las personas en el artículo 76.7 k) de la CRE 2008, y constituye uno de los componentes de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas, de acuerdo con el artículo 75 del propio texto constitucional.⁵²²

Como principio de actuación de los jueces y juezas, la imparcialidad está prevista en el artículo 9 del COFJ, y en virtud de ello se les exige respetar la igualdad de las partes y decidir los conflictos sobre la base del derecho vigente y los elementos probatorios aportados por las partes.

En el COGEP, la imparcialidad no aparece como un principio omnicompreensivo, sino vinculado a trámites procesales concretos como la forma en que el juez deberá dirigir el debate,⁵²³ en el informe del perito⁵²⁴ y la conciliación entre las partes, sin hacer referencia expresa a las que pueden ser introducidas de oficio por el juzgador.⁵²⁵

b)- Principio de legalidad: la actuación del juez y las partes en el proceso debe estar estrictamente apegada a la letra y el espíritu de la ley. El legislador debe evitar las lagunas en el derecho, especialmente aquellas que pueden propiciar el ejercicio discrecional del poder por parte de la autoridad, a los fines de garantizar los derechos de los ciudadanos.

Al ser la prueba de oficio en el COGEP una facultad discrecional, de carácter excepcional, cuyos requisitos de procedibilidad y condiciones necesarias para su ejercicio no están explícitamente regulados, al momento de decretarla el juez cuenta con ese

⁵²² “Esta garantía se vería menoscabada, si no se pudiese llevar al procedimiento las demostraciones de las afirmaciones, alegatos o defensas realizadas por las partes. El derecho a la defensa en relación con la prueba, se patentiza en el procedimiento con las actuaciones de las partes cuando promueven pruebas, se oponen a las de la parte contraria, las impugnan, contradicen, cuestionan, es decir, cuando realizan actividades de control y de contradicción de la prueba”. Véase Wilfredo Javier Dávila García, “Las pruebas en el recurso contencioso tributario”, *Anuario de Derecho*, n.º 32 (2015): 118.

⁵²³ Ecuador, COGEP, art. 160. “Admisibilidad de la prueba. Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con *imparcialidad* y estará orientado a esclarecer la verdad procesal”.

⁵²⁴ Ecuador, COGEP, art. 222. “Declaración de peritos. La o el perito será notificado en su dirección electrónica con el señalamiento de día y hora para la audiencia de juicio, dentro de la cual sustentará su informe. Su comparecencia es obligatoria. En la audiencia las partes podrán interrogarlo bajo juramento, acerca de su idoneidad e *imparcialidad* y sobre el contenido del informe, siguiendo las normas previstas para los testigos”. Art. 223.- *Imparcialidad del perito*. “La o el perito desempeñará su labor con objetividad e *imparcialidad*. Durante la audiencia de juicio podrán dirigirse a la o al perito, preguntas y presentar pruebas no anunciadas oportunamente orientadas a determinar su parcialidad y no idoneidad, a desvirtuar el rigor técnico o científico de sus conclusiones, así como cualquier otra destinada a solventar o impugnar su credibilidad”.

⁵²⁵ Ecuador, COGEP, art. 233. “Oportunidad. Las partes podrán conciliar en cualquier estado del proceso. Si con ocasión del cumplimiento de la sentencia surgen diferencias entre las partes, también podrán conciliar. La conciliación se regirá por los principios de voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, *imparcialidad*, equidad, legalidad y honestidad”.

margen discrecional de maniobra que lo debe, en todo caso, justificar dejando “expresa constancia de las razones de su decisión”.

En su motivación para decretar prueba de oficio, el juez debe enunciar las normas o principios jurídicos en que se funda, pero al ser una facultad discrecional la argumentación debería estar fundada más en principios que en normas jurídicas concretas, como se verá más adelante, así como en la pertinencia, utilidad y conducencia de la prueba así decretada.

Como principio, la legalidad está explicitada en el artículo 7 del COFJ, vinculado específicamente al ejercicio de la jurisdicción y competencia de los jueces y juezas;⁵²⁶ mientras que en el COGEP aparece vinculado a trámites específicos como la conciliación entre las partes,⁵²⁷ y el control de la legalidad que deben realizar las jurisdicciones contencioso administrativa y contencioso tributaria.⁵²⁸

c)- Principio de seguridad jurídica: el ordenamiento jurídico debe garantizar a los ciudadanos el conocimiento de las consecuencias de los actos o hechos jurídicos en los que intervienen, así como las que se deriven de las actuaciones de los órganos del poder público, para tener la certeza de lo que puede o no puede hacer legalmente; la *seguridad* limita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos, a la vez que representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley.⁵²⁹

La afectación a este principio por la prueba para mejor resolver, consiste en que las partes en el proceso estarían expuestas a que, además de las pruebas promovidas por ellas y practicadas en juicio, el juez pudiera decretar otras de oficio, dejándolas de esa manera en un estado de inseguridad jurídica que puede afectar sus expectativas fundadas en el derecho vigente y en los medios de prueba que aportaron al proceso.

⁵²⁶ Ecuador, COFJ, art. 7. “Principios de legalidad, jurisdicción y competencia. La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones”.

⁵²⁷ Ecuador, COGEP, art. 233, citado en la nota al pie n.º 275.

⁵²⁸ Ecuador, COGEP, art. 300. “Objeto. Las jurisdicciones contencioso tributaria y contencioso administrativa previstas en la Constitución y en la ley, tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder”.

⁵²⁹ Manuel Ossorio, “Diccionario”, 878. (Voz: seguridad jurídica). Una concepción ecuatoriana de la seguridad jurídica puede verse en Jorge Zavala Egas, “Teoría de la seguridad jurídica”, *IurisDictio: Revista de Derecho*, n.º 14 (2011): 13-8; Carlos Arturo Gallego Marín, “El concepto de seguridad jurídica en el estado social”, *Jurídica: Revista de la Universidad de Caldas* n.º 2 (2012), 69-90; Antonio Enrique Pérez Luño, “La seguridad jurídica: una garantía del Derecho y la justicia”, *Boletín de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia* n.º 15 (2000): 25-38.

En la CRE de 2008, la seguridad jurídica constituye uno de los derechos de protección previsto en el artículo 82, y se fundamenta en “el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.⁵³⁰

En el COFJ se lo expresa en la obligación que tienen los jueces de “velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas”;⁵³¹ mientras que en el COGEP no aparece explícitamente invocado.

3.3. Derechos fundamentales

a)- *Derecho al debido proceso*: en el artículo 76 de la CRE de 2008, el debido proceso está reconocido como derecho de toda persona involucrada en un proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, y su contenido se expresa en una serie de garantías básicas cuyo cumplimiento corresponde especialmente al órgano jurisdiccional; entre ellas se encuentran “presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”; y, “ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente”.⁵³²

⁵³⁰ Ecuador, CRE 2008, art. 82. “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

⁵³¹ Ecuador, COFJ, art. 25. “Principio de seguridad jurídica. Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas”.

⁵³² Ecuador, CRE, 2008, art. 76.” En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. d) Los procedimientos serán públicos salvo las

La prueba ordenada de oficio puede afectar la primera de esas garantías, es decir, la de presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra, porque la regulación vigente en el artículo 168 del COGEP no establece ningún tipo de recurso que permita contradecir aquella, ni aportar nuevas pruebas que desvirtúen la ordenada de oficio;⁵³³ la garantía del juez imparcial se ve afectada, como ya explicamos, porque la prueba de oficio necesariamente favorecerá a una de las partes y perjudicará a la otra sin que se pueda saber, *ab initio*, a cuál de las dos será favorable su práctica en la audiencia de juicio, lo que afecta también al principio de seguridad jurídica.

b)- Tutela judicial efectiva: es una garantía estatuida para proteger a las personas cuyos derechos o intereses hayan sido violados o desconocidos, sea por instituciones públicas o privadas o por particulares. Cuando la violación de esos derechos es realizada por un particular y su acción u omisión está tipificada como delito en la ley penal, el perjudicado recibe la calificación de víctima del delito.

De conformidad con el artículo 75 de la CRE de 2008, toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. Esa tutela no podría ser imparcial, si con la prueba para mejor resolver decretada de oficio, el juez puede favorecer a una de las partes y perjudicar a la otra en sus derechos o intereses; esa hipótesis, sin embargo, puede ser desvirtuada por el propio juzgador a través de la motivación de la sentencia o del auto interlocutorio en que la decreta.

excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto. f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento. g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor. h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto. j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo. k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto. l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”.

⁵³³ En el Informe para el primer debate del proyecto de COGEP si estaba prevista esa posibilidad, que fue reducida en el segundo informe y eliminada en el texto aprobado.

c)- Derecho a la prueba: como parte de su derecho a la prueba, toda persona puede, según el artículo 76.7 h) de la CRE de 2008, 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.”⁵³⁴

Sin embargo, la prueba decretada de oficio por el juez no permite ni presentar nuevas pruebas ni contradecir la ordenada por aquél, de manera que en ese caso se ve afectado el derecho previsto en el referido artículo constitucional, quedando privadas las partes de ejercer un derecho básico en el contexto del debido proceso judicial.

3.4. Principios del derecho procesal

a)- Principio de carga de la prueba: este principio está regulado en el artículo 169 del COGEP, al señalar que: “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”.⁵³⁵

Solo admite correcciones expresamente previstas en el propio artículo y que implican una “inversión de la carga de la prueba” en materia de familia,⁵³⁶ ambiental u otros casos previstos en la CRE 2008 o la ley.⁵³⁷

La prueba para mejor resolver, por su propia naturaleza, afecta el principio de carga de la prueba y va más allá de la inversión de la carga de la prueba, ya que quien la decreta es el juez que se presume imparcial, razón por la cual no debe tener otro interés que resolver el asunto sometido a su conocimiento basado en el derecho vigente, de acuerdo a la apreciación y valoración que haga de los medios de prueba presentados por las partes, y cuyo resultado debe exponer en la motivación de la sentencia.

b)- Principio de aportación de parte: este postulado implica que el juez no puede aportar hechos o medios de prueba al proceso, dado que esta actividad corresponde a las partes.

⁵³⁴ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 76.7 h).

⁵³⁵ Ecuador, COGEP, art. 169.

⁵³⁶ Ecuador, COGEP, art. 169. “Cuarto apartado. En materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima”.

⁵³⁷ En el caso del daño ambiental, la inversión de la carga de la prueba tiene, además, rango constitucional. Así se dispone en el artículo 397. 1. “La carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”. Ecuador, COGEP, art. 169. “Quinto apartado. En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o la o el demandado”.

Como efecto derivado, quien alega un hecho tiene la carga de probarlo, que consiste tanto en el ejercicio de la iniciativa probatoria como en la proposición de medios de prueba concretos ajustados a los requisitos que exige la ley, y puesto que probar es una carga y no una obligación, la consecuencia de alegar y no probar recae sobre quien no lo realizó, lo que está en íntima relación con el principio de congruencia entre la petición de las partes y la sentencia, ya que ésta se extiende a los hechos alegados y debidamente probados.

En el COGEP, el principio de aportación de parte se expresa en los elementos que debe contener la demanda, en la que deben anunciarse los medios de prueba que se ofrecen para acreditar los hechos,⁵³⁸ y en la obligación de las partes de poner en conocimiento de la contraparte con antelación suficiente la prueba que esté o deba estar en su poder.⁵³⁹

Cuando el juez decreta de oficio la práctica de prueba no aportada o solicitada por las partes en sus respectivos escritos de demanda o contestación, puede influir de manera negativa en este principio en un doble sentido, porque introduce en el sistema procesal dispositivo un elemento que se asocia intuitiva y doctrinalmente al sistema inquisitivo, disponiendo de actos procesales que en principio son propios de las partes, y porque aporta medios de prueba u ordena la práctica de pruebas que en el sistema dispositivo corresponden a las partes.

c)- Principio de contradicción: a cada una de las partes se les debe brindar la oportunidad razonable de tomar posición, de pronunciarse, de contradecir las afirmaciones, pretensiones o pruebas presentadas por la otra parte, y así también pudiendo ofrecer las pruebas que hacen a su derecho.

El principio de contradicción tiene por objeto potenciar el derecho del ciudadano a gozar de igualdad durante el proceso, para lograr la efectividad de su participación.⁵⁴⁰

⁵³⁸ Ecuador, COGEP, art. 142. “Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito y contendrá: [...] 7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica”.

⁵³⁹ Ecuador, COGEP, art. 169. “Tercer apartado. La o el juzgador ordenará a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder, así como dictar correctivos si lo hace de manera incompleta. Cuando se trate de derechos de niñas, niños y adolescentes, en materia de derecho de familia y laboral, la o el juzgador lo hará de oficio en la audiencia preliminar”.

⁵⁴⁰ Véase Piero Calamandrei, *Proceso y Democracia* (Chile: Ediciones jurídicas Europa/América, 1960), 147-173; Fernando Santelices Ariztía, “Contradicción, imparcialidad e intermediación en la Ley de

Se trata de una exigencia ineludible, vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular relevancia el deber de los órganos judiciales de hacerlo posible; en el procedimiento probatorio se debe tener necesariamente un debate contradictorio, de tal manera que la convicción del juez sobre los hechos enjuiciados se debe alcanzar en contacto directo con los medios probatorios aportados por las partes.

En el COGEP, este principio está plasmado en el derecho de las partes “a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla”,⁵⁴¹ derecho a la contradicción de la prueba presentada en su contra que no es posible ejercer cuando la prueba es declarada de oficio por el juez, ya que, como se explicó en su oportunidad, las partes no pueden contradecir la prueba para mejor resolver o presentar contraprueba, de acuerdo a la mejor interpretación posible del artículo 168 del COGEP.

Con ello no solo se coarta el derecho de las partes a contradecir la prueba decretada en uso de sus facultades de instrucción por el juez, sino que se impide que sean sometidas al mismo *test* de admisibilidad que deben pasar las pruebas presentadas oportunamente por aquellas. En su artículo 160 el COGEP dispone que, para ser admitida por el juez, “la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad y conducencia”.⁵⁴²

Pero al no poder las partes contradecir la prueba decretada de oficio por el juzgador, no es posible verificar con respecto a ellas los requisitos señalados, dejando a las partes, en cierta medida, en estado de indefensión al no poder impugnar o contradecir la prueba de oficio, ni debatir si los resultados obtenidos de su práctica o valoración se corresponden con lo que se pretende probar en juicio.⁵⁴³

Enjuiciamiento Civil española. Algunos problemas para la consolidación de estos principios en la práctica”, *Revista Ius et Praxis*, n.º 1 (2012), 187-248; Darci Guimarães Ribeiro, “La dimensión constitucional del principio de contradicción y sus reflejos en el derecho probatorio brasileño”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, n.º 40 (2014): 101-20.

⁵⁴¹ Ecuador, COGEP, art. 165. “Derecho de contradicción de la prueba. Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla”.

⁵⁴² Ecuador, COGEP, art. 160. “Admisibilidad de la prueba. Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal”.

⁵⁴³ El juez controla la admisibilidad de las pruebas presentadas por las partes, pero ¿quién controla la admisibilidad de las decretadas de oficio? Al respecto el Consejo de Estado de Colombia: “las pruebas deben ser pertinentes y conducentes. Conducentes, porque el medio probatorio es idóneo para demostrar el hecho que se alega; pertinentes, porque el hecho que se pretende demostrar es determinante para resolver el problema jurídico. Por tanto, el juez debe abstenerse de decretar pruebas superfluas, redundantes o corroborantes, cuando no sean absolutamente necesarias”. Véase Consejo de Estado de Colombia, Auto de 10 de abril de 2014 de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta

d)- Principio de igualdad de las partes: este es un principio de importancia capital que debe respetarse en todo proceso donde puedan verse afectados derechos o intereses de una persona, , y en su formulación básica implica que las partes deben tener las mismas oportunidades de presentar prueba y contra prueba en el proceso, y tener la posibilidad de ejercer todos los derechos en igualdad de condiciones sin que el juez establezca algún tipo de diferencia que resulte en una posición desigual en cualquier trámite o diligencia procesal.

Un trato desigual impediría una justa solución, y llevaría a la nulidad de las actuaciones. Este principio se puede ver afectado cuando el juez ordena prueba para mejor resolver, porque al beneficiar, al menos teóricamente, con la prueba decretada de oficio a una de las partes en detrimento de la otra, crea entre ellas una desigualdad potencial en cuanto a las posibilidades de presentar pruebas en descargo contra aquellos medios de pruebas que las incriminan.⁵⁴⁴

Ello es doblemente importante en el caso del proceso contencioso tributario, en torno al cual siempre surge la pregunta acerca de si los sujetos pasivos se encuentran en plano de igualdad con la administración tributaria, o si ésta se encuentra ubicada en un plano superior, desde el cual puede resolver en última instancia lo que convenga a sus intereses, sin que los particulares puedan oponerse a una voluntad derivada de un poder soberano o de imperio, de carácter superior al contribuyente.⁵⁴⁵

En el COFJ, la igualdad es uno de los componentes que configuran el principio de imparcialidad, bajo la denominación genérica de igualdad ante la ley;⁵⁴⁶ mientras que la igualdad de las partes aparece como uno de los criterios a tener en cuenta en la interpretación de las normas procesales, junto a otras garantías como el debido proceso y el derecho a la defensa.⁵⁴⁷

Consejero ponente, Radicación número: 25000-23-27-000-2012-00597-01(20074), Consejero ponente Jorge Octavio Ramírez Ramírez, <https://www.pwcimpuestosonline.co/Repositorio%20PwC/PDF/Jurisprudencia/Consejo%20de%20Estado/Autos/Auto-020074-14-D.pdf>. Consultado el 12 de agosto de 2018.

⁵⁴⁴ Véase Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. 3 (México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002), 253; Piero Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. I (Buenos Aires: Editorial EJE, 1973), 287; Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1977), 171.

⁵⁴⁵ Toscano Soria, “El derecho a la devolución del crédito tributario del IVA”, 1.

⁵⁴⁶ Ecuador, COFJ, art. 9 citado.

⁵⁴⁷ *Ibíd.*, art. 29. “Interpretación de normas procesales. Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las

Como se puede apreciar, las regulaciones sobre la prueba en general, como de aquellas específicas sobre la prueba para mejor resolver prevista en el artículo 168 del COGEP, son de aplicación a todos los procesos, incluidos el procedimiento especial contencioso tributario regulado en los artículos 299 a 317 de dicho marco legal.

Siendo así, parece que en principio no habría mucho que añadir a lo dicho sobre la prueba en general, y sobre la prueba de oficio en particular,⁵⁴⁸ que incidiera de manera diferente en el procedimiento contencioso tributario, comparado con los demás procesos regulados en el COGEP.

Al respecto, es interesante citar la opinión de Mario Augusto Saccone, quien no encuentra diferencias teóricas fundamentales de la prueba de oficio que pueda ser declarada en el proceso contencioso tributario con el mismo tipo de prueba en el derecho procesal común. Este autor defiende incluso la existencia de lo que denomina el derecho Procesal Tributario (que sería una de las ramas del derecho tributario), en el caso de la prueba de oficio se remite a la legislación procesal común, y no a una forma específica de la prueba de oficio aplicable en materia contencioso tributaria.⁵⁴⁹

Y es que no existe una diferencia sustancial entre la prueba en el derecho procesal civil común y el contencioso tributario,⁵⁵⁰ de forma tal que fuera preciso establecer una teoría autónoma o independiente para cada rama del derecho, aunque en su configuración jurídica particular pudieran verificarse diferencias de detalles como ya fue analizado en el epígrafe 2.6.⁵⁵¹

La única diferencia importante es que en el procedimiento contencioso tributario, los informes rendidos por la administración tributaria no pueden considerarse declaración de parte, sino fuentes de prueba como cualquier otra de tipo documental, por cuanto el

partes. Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal”.

⁵⁴⁸ La inexistencia de diferencias teóricas fundamentales de la prueba de oficio que pueda ser declarada en el proceso contencioso tributario con el mismo tipo de prueba en el Derecho procesal común es notoria, por ejemplo, en el caso de Mario Augusto Saccone, autor que defiende incluso la existencia de lo que él denomina el Derecho Procesal Tributario (que sería una de las ramas del Derecho Tributario). Con respecto al aprueba para mejor proveer la única referencia concreta en su obra es por vía de la remisión a la legislación procesal común, y consiste en la facultad que tiene el juez de que “hasta el momento de dictar sentencia, el Tribunal podrá disponer medidas para mejor proveer, incluso medidas periciales.” Véase Mario Augusto Saccone, “Manual de Derecho Tributario”, 196.

⁵⁴⁹ *Ibíd.*, 17.

⁵⁵⁰ Véase Juan Martín Queralt, Carmelo Lozano Serrano y Francisco Poveda Blanco, “Derecho Tributario”, 156. Según, Jorge Luis Zavala Ortiz, “en este procedimiento, serán utilizados todos los medios de prueba legal del Código de Procedimiento Civil y se debe precisar que el reclamante deberá acompañar y solicitar la prueba por escrito”. Véase Jorge Luis Zavala Ortiz, “Manual de Derecho Tributario”, 155.

⁵⁵¹ Dino Jarach, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 3.ª ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996), 456-9.

referido informe no contiene el testimonio del servidor público en tanto sujeto individual, sino como representante de dicha administración, como funcionario público que actúa en cumplimiento de las normas vigentes relativas a sus funciones y actos que puede emitir legalmente.

Un ejemplo de ello, vinculado directamente a nuestro tema de investigación, refiere al libro ya citado *La prueba en el Derecho Tributario* de Fabiana Del Padre Tomé en el que, a pesar de lo que sugiere su título, no contiene una teoría o un análisis de la prueba que sea exclusivo de dicha rama del derecho, a la que solo dedica las páginas 305 a 342, el resto de la obra es un estudio de la teoría general de la prueba.

Algo similar sucede en el Ecuador con el libro *Apuntes sobre la prueba en el COGEP*, donde su autor, el doctor Carlos Ramírez Romero, hace un estudio de las disposiciones pertinentes sobre la prueba, sin distinguir entre los diferentes procesos o procedimientos previstos en el Código Procesal.⁵⁵²

A diferencia de esas opiniones, que no distinguen elementos importantes entre la prueba en el procedimiento común y en contencioso tributario, Álvaro R. Mejía Salazar considera la existencia de una diferencia fundamental, lo que se expresa en su consideración de que:

en el contencioso tributario, a diferencia de lo que ocurre en lo contencioso civil, la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, nunca eximirá a la Administración Tributaria de su obligación probatoria, pues tras la negativa simple subyacerá siempre una serie de afirmaciones contenidas en el acto administrativo, las cuales representan la única y verdadera materia de la impugnación.⁵⁵³

El propio autor señala más adelante en el mismo texto que:

la prueba en el proceso tributario ecuatoriano posee muchos elementos comunes al derecho procesal ordinario, sin embargo, también posee contenidos específicos previstos por la norma que se encuentran al servicio de las características y requerimientos propios de la materia tributaria. Cargas procesales distintas a las del procedimiento común o facultades extraordinarias para el juzgador, son solo dos de las peculiaridades del proceso

⁵⁵² Carlos Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba en el COGEP*. La única referencia expresa a la prueba en el procedimiento contencioso tributario se encuentra en la página 234, donde se refiere a los informes de autoridades y funcionarios públicos y cuyo texto literal dice: “En materia contenciosa administrativa y contenciosa tributario, las autoridades demandadas emitirán informes sobre los hechos materia de la controversia, por disposición del juzgador. Estos informes no se considerarán declaración de parte; aclaración necesaria porque por expresa disposición del art. 310 no es admisible la declaración de parte de los servidores públicos como medio de prueba”.

⁵⁵³ Al respecto puede verse Álvaro R. Mejía Salazar, “La prueba en el proceso contencioso ecuatoriano”, *Revista ICDT*, n.º 67 (2012): 87. Aunque su análisis lo hace en base a las disposiciones del Código Tributario que fueron derogadas por el COGEP, son perfectamente aplicables al procedimiento contencioso tributario establecido en esta última disposición jurídica.

tributario que buscan que en el juicio se equilibre la relación de poder, que aún reglada, existe entre el Fisco y el sujeto pasivo.⁵⁵⁴

Esas diferencias pueden ser identificadas, también, a través de una revisión atenta de las disposiciones relevantes del COGEP que arroja ciertos indicios que permiten sostener que, pese a la aparente similitud entre todos los procesos con respecto a la materia probatoria, en algunos puntos importantes el procedimiento contencioso difiere de los demás.

Cuáles son esos indicios y en qué medida permiten hacer una diferenciación plausible del procedimiento contencioso tributario de todos los demás, es el tema del que nos ocupamos enseguida.

El primer indicio es que dicho procedimiento se encuentra regulado como uno de los llamados *procedimientos especiales* previstos en el COGEP, por contraposición al procedimiento ordinario, especialidad que se puede definir en cuanto a los sujetos que intervienen: por un lado la administración tributaria que es una de las tantas manifestaciones en que se ejerce el poder público que corresponde al Estado, y por otro el contribuyente que se encuentra obligado a pagar los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales que hayan sido legalmente establecidos por aquella, cuando se realiza el hecho imponible configurado en la norma del que nace tal obligación.

De ese carácter diferenciado entre las partes resulta que la relación jurídico-tributaria se establece entre dos sujetos situados en planos diferentes, lo cual influye necesariamente en el carácter de dicha relación: una persona de derecho público como lo es la administración tributaria y una persona de derecho privado como lo es el contribuyente, ya sea persona natural o jurídica.

Entre las partes se establece, pues, una relación jurídica de derecho público, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento ordinario previsto en el COGEP que regula relaciones jurídico-procesales entre sujetos de derecho privado.

Y en el plano de las diferencias que podrían generar desigualdades entre las partes al interior del procedimiento contencioso tributario, es importante la norma prevista en el artículo 317 del COGEP, que literalmente dispone:

Para que el trámite de las excepciones suspenda la ejecución coactiva, será necesaria la consignación de la cantidad a que asciende la deuda, sus intereses y costas, [hoy reducida al 10% por recientes reformas al COGEP] aun en el caso de que dichas excepciones propuestas versaren sobre falsificación de documentos o sobre prescripción de la acción.

⁵⁵⁴ *Ibíd.*, 84.

Si el deudor no acompaña a su escrito de excepciones la prueba de consignación, no se suspenderá el procedimiento coactivo y el procedimiento de excepciones seguirá de esa forma.⁵⁵⁵

Se trata del tan conocido como denostado principio de *solve et repete*, que en el sentido previsto en la disposición citada, condiciona la suspensión de la ejecución coactiva de la resolución de la administración tributaria, a la consignación del diez por ciento de la cantidad a la que asciende la deuda, de lo contrario el procedimiento contencioso tributario (de excepciones) continuará sin que se suspenda aquella ejecución.⁵⁵⁶

Aquí, más que una diferencia en cuanto a las partes, hay una evidente desigualdad que en el plano procesal refuerza la posición de poder público que es inherente a la administración pública.

El segundo indicio está más directamente relacionado con el derecho probatorio y se refiere a la carga de la prueba en particular; al respecto, es importante tomar en cuenta el artículo 310 del COGEP que dispone que “para las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas son admisibles todos los medios de prueba, excepto la declaración de parte de los servidores públicos”.⁵⁵⁷

Hasta ahí no hay ninguna diferencia sustancial, sino más bien la reafirmación de la norma prevista en el artículo 302 segundo párrafo,⁵⁵⁸ excepto en lo que se refiere a la calificación de los informes que emiten las autoridades, que no se considerarán declaración de parte.

Frente a la disposición general que establece como norma que “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”,⁵⁵⁹ el artículo 311 del COGEP dispone en su segundo apartado que “con respecto a los actos tributarios impugnados,

⁵⁵⁵ Ecuador, COGEP, art. 317.

⁵⁵⁶ Sobre el principio *solve et repete* puede verse el estudio de Maximiliano Raijman y Esteban Daniel Salcedo, “La vigencia de la regla “*solve et repete*” y la garantía a la tutela judicial efectiva en el marco constitucional argentino actual”, *Revista de la Facultad* 3, n.º 1 (2012): 207-33. Sobre su vigencia en el Ecuador puede verse Mauricio Maldonado Muñoz, “Tributos, regla *solve et repete* y afianzamiento tributario: Crítica a la decisión de la Corte Constitucional ecuatoriana”, *Cálamo: Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 2 (2014): 92-114.

⁵⁵⁷ Ecuador, COGEP, art. 310.

⁵⁵⁸ Ecuador, COGEP, art. 302. “Sustanciación y prevalencia de las normas de este capítulo. Las controversias sometidas a conocimiento y resolución de las o los juzgadores de lo contencioso tributario y contencioso administrativo se sujetarán a las normas especiales de este capítulo. Las normas generales de este Código serán aplicables a las materias contencioso tributaria y administrativa, en lo que no se oponga a las de este capítulo, aunque considerando”. *Énfasis añadido*.

⁵⁵⁹ Ecuador, COGEP, art. 169.

corresponderá a la administración la prueba de los hechos o actos del contribuyente, de los que concluya la existencia de la obligación tributaria y su cuantía”.⁵⁶⁰

Ese artículo establece una inversión del principio tradicional de la carga de la prueba en el plano teórico. En el plano legislativo plantea una excepción a la norma prevista en el artículo 169 del COGEP sobre el mismo principio, ya que quien presenta la demanda de impugnación del acto administrativo, es decir, el demandante que da inicio al proceso en virtud del principio dispositivo, según lo señalado, no está obligado a cumplir, además, con los principios de carga de la prueba y aportación de parte, que son consustanciales a su acción.

De todo ello resulta una diferencia sustancial entre el proceso ordinario previsto en el COGEP y el procedimiento especial contencioso tributario, que difieren en cuanto a los sujetos como ya se explicó, y también en cuanto a la actividad probatoria y especialmente en cuanto a la carga de la prueba y los principios con los que se relaciona de manera directa, particularmente el principio de aportación de parte.

Lo dicho hasta aquí en materia probatoria en el procedimiento contencioso tributario afecta a la prueba en general o a la carga de la prueba en particular, mas no se dice nada acerca de la prueba para mejor resolver prevista de manera general en el artículo 168 del COGEP que, a falta de disposición especial en contrario, es aplicable, en el mismo sentido, a dicho procedimiento.

Y es que ni en el plano teórico ni en el normativo se puede apreciar una diferencia sustancial entre la prueba decretada de oficio como facultad del juzgador en el proceso ordinario y en el contencioso tributario, más allá de las que puedan derivarse de los indicios referidos como criterios para distinguir ambos procesos, así como del objeto propio del procedimiento contencioso tributario analizado en el epígrafe 3.1 de esta investigación.⁵⁶¹

⁵⁶⁰ Ecuador, COGEP, art. 311. “Validez y eficacia de las actuaciones de la administración pública. Son válidos y eficaces los actos del sector público expedidos por autoridad pública competente, salvo que se declare lo contrario. Con respecto a los actos tributarios impugnados, corresponderá a la administración la prueba de los hechos o actos del contribuyente, de los que concluya la existencia de la obligación tributaria y su cuantía”.

⁵⁶¹ “Al respecto señalaré que de ninguna forma las facultades oficiosas relacionadas con la prueba que prevé el Código Tributario desnaturaliza la esencia dispositiva del proceso, pues estas facultades no comportan que el juez deba iniciar el juicio, ni ser el impulso de las distintas fases procesales, ni ser el productor nato de las pruebas, etc. Es sólo por excepción y en pos de la correcta resolución del caso que el juez puede disponer la práctica de pruebas adicionales a las actuadas por las partes o aceptar pruebas aportadas fuera de término. Es más, no olvidemos que estas facultades son en entero potestativas y discrecionales para el juzgador, quien las puede o no ejercitar según su mejor criterio judicial. Entonces, aun cuando sensiblemente pueda resultar odioso para un litigante el ejercicio de las facultades jurisdiccionales oficiosas relacionadas con la prueba, constituyen a todas luces vías para que se logre

4. La prueba para mejor resolver en el procedimiento contencioso tributario ecuatoriano

El objetivo básico de este apartado es responder a la pregunta acerca de la posible aplicación de la prueba decretada de oficio en el procedimiento contencioso tributario. Se trata en realidad de varias preguntas interrelacionadas, algunas más sencillas de responder que otras pero que, en su conjunto, constituyen lo que puede denominarse requisitos de procedibilidad de la prueba para mejor resolver en dicho procedimiento.

Conviene primeramente señalar que, además de la regla general aplicable a la prueba para mejor resolver prevista en el artículo 168 del COGEP, se encuentra otra norma en el mismo cuerpo legal sobre la prueba pericial contenida en el artículo 226 bajo la denominación de *Informe pericial para mejor resolver*.⁵⁶²

A diferencia de la regla general del artículo 168, que faculta al juzgador para introducir de oficio al proceso cualquier tipo de prueba no aportada o solicitada por las partes, el artículo 126 se refiere a los casos en que, de la producción de la prueba pericial (que debió ser aportada o solicitada por las partes en la demanda o la contestación a la demanda, la reconvenición o contestación a la reconvenición), el juzgador no puede llegar a un grado suficiente de convicción para decidir.

Por esa razón, no se trata técnicamente de una prueba nueva introducida de oficio por el juzgador, como sucede en el caso del artículo 168, sino de la solicitud de un nuevo informe pericial distinto al aportado por las partes, cuya solicitud se justifica cuando “los informes periciales presentados por las partes sean recíprocamente contradictorios o esencialmente divergentes sobre un mismo hecho”, y después del debate realizado entre los dos peritos de las partes el juzgador “aún tiene dudas de las conclusiones”.

impartir justicia en ciertos casos”. Véase Mejía Salazar, *La prueba en el proceso contencioso ecuatoriano*, 87. Análisis efectuado por el autor con base en las disposiciones del Código Tributario que fueron derogadas por el COGEP, no obstante, perfectamente aplicables al procedimiento contencioso tributario establecidos en este último marco jurídico.

⁵⁶² Ecuador, COGEP, art. 226. “Informe pericial para mejor resolver. En caso de que los informes periciales presentados por las partes sean recíprocamente contradictorios o esencialmente divergentes sobre un mismo hecho, la o el juzgador podrá ordenar el debate entre sí de acuerdo con lo dispuesto en el presente Código. Si luego del debate entre las o los peritos, la o el juzgador mantiene dudas sobre las conclusiones de los peritajes presentados, ordenará en la misma audiencia un nuevo peritaje, para cuya realización sorteará a una o un perito de entre los acreditados por el Consejo de la Judicatura, precisando el objeto de la pericia y el término para la presentación de su informe, el mismo que inmediatamente será puesto a conocimiento de las partes”.

Esta norma sobre el informe pericial de oficio es singularmente importante en el procedimiento contencioso tributario, puesto que es precisamente el peritaje una de las pruebas de mayor relevancia en su desarrollo, fundamentada principalmente en el carácter técnico y especializado de la materia, donde no siempre el juzgador o las partes cuentan con los conocimientos suficientes para un entendimiento cabal de los términos de la controversia.⁵⁶³

Si a ello se añaden conclusiones contradictorias en los informes periciales identificadas por el juzgador, es procedente concederle a éste una facultad excepcional para que pueda solicitar un nuevo informe como parte de la prueba pericial solicitada por las partes al inicio del proceso, mismo que deberá ser, de igual manera, apreciado y valorado de acuerdo con las reglas de la sana crítica en la oportunidad de exponer la motivación de la sentencia, y previamente en el auto interlocutorio mediante el cual haya sido ordenado por el juzgador.

De esa manera, se puede considerar que respecto de la prueba pericial en el contencioso tributario aplican dos reglas distintas: la primera prevista en el artículo 168 que procede en los casos en que las partes no hayan solicitado la práctica de prueba pericial en el proceso; y, la segunda cuando aun habiéndola solicitado, su producción en la audiencia no es suficiente para que el juzgador llegue al grado de convicción necesario para decidir, y por tal motivo éste puede solicitar un nuevo informe pericial.

La diferencia, aunque parezca sutil, es muy importante porque en el primer caso el juzgador introduce de oficio una prueba no solicitada o aportada por las partes, mientras que en el segundo lo que sucede es una petición de ampliación de una prueba solicitada por las partes pero que al ser practicada resultó insuficiente para decidir de manera indubitada. Sin embargo, en los dos casos el fundamento que justifica la intervención del juzgador es la necesidad de contar con la mayor cantidad de elementos posibles para decidir sobre los hechos controvertidos, lo que es congruente con lo previsto en los artículos 158, 168, 227 del COGEP,⁵⁶⁴ todos los cuales apuntan a la prueba como medio para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.

⁵⁶³ Precisamente lo que define al perito son “sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos, prácticos o profesionales” a partir de los cuales puede “informar a la o al juzgador sobre algún hecho o circunstancia relacionado con la materia de la controversia.” Ecuador, COGEP, art. 221.

⁵⁶⁴ Ecuador, COGEP, art. 227.- “Finalidad y contenido de la prueba pericial. La prueba pericial tiene como propósito que expertos debidamente acreditados puedan verificar los hechos y objetos que son materia del proceso. Las partes procesales, podrán sobre un mismo hecho o materia, presentar un informe elaborado por una o un perito acreditado”.

De cualquier manera, las diferencias señaladas no afectan en un sentido significativo las características esenciales de la prueba para mejor resolver, ni los poderes del juzgador para decretarla cuando lo considere necesario para cumplir la finalidad del sistema procesal, los principios del proceso, los derechos de las partes y sus funciones en el marco de un sistema procesal dispositivo regido por el principio de la carga de la prueba; lo que no resta a que en todo caso, su procedencia siempre deba estar respaldada en la estricta motivación como exigencia insalvable.

En correspondencia con lo último señalado y retomando la cuestión de la procedibilidad, habrá que indicar que la prueba de oficio o prueba para mejor resolver, estando contemplada para el proceso en general y para el proceso contencioso tributario en particular, su aplicación obedecerá rigurosamente a la necesidad inequívoca del juzgador de esclarecer los hechos controvertidos en función de los puntos que configuran la controversia definida por las partes.

En ese sentido, de acuerdo a los resultados del análisis efectuado en el epígrafe 3.3.2, se puede concluir que de conformidad con las disposiciones del COGEP, cuando el juzgador en uso de la facultad excepcional que le confiere el artículo 168, ordena la práctica de prueba para mejor resolver, esta deberá contar con la debida justificación, caso contrario, y por más habilitación normativa conferida al juzgador, su decisión podría llegar a comprometer derechos fundamentales, principios generales del derecho, así como principios del derecho procesal establecidos en el propio COGEP. En esta línea, abonamos con los siguientes apuntes.

La prueba decretada de oficio implica que el juzgador pasa de lo regular a lo especial, de lo que son principios o reglas a sus excepciones, para alcanzar objetivos que no fue posible conseguir con el material probatorio aportado por las partes y producido en la audiencia.

El uso de esa facultad fuera de lo ordinario debe ser debidamente justificado, haciendo explícitas las reglas y principios en que se sustenta, así como los fines que se esperan obtener con su ejercicio y su relación con la prueba practicada, además de cumplir los requisitos de admisibilidad.

Como ha quedado indicado, la exigencia de motivación está prevista tanto en la Constitución como en la ley (COFJ y COGEP). La norma común establece que “no habrá

motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”.⁵⁶⁵

No obstante, la exigencia prevista en los cuerpos normativos referidos, su alcance se especifica en cada disposición jurídica. En la Constitución la exigencia de motivación funciona como una garantía del derecho a la defensa de las personas,⁵⁶⁶ en el COFJ constituye un deber de las juezas y jueces,⁵⁶⁷ mientras que en el COGEP se configura como uno de los requisitos que deben cumplir las providencias judiciales.⁵⁶⁸

En todo caso, lo que interesa destacar es que la motivación constituye un mandato cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad judicial y la posible nulidad procesal, y en ella deben enunciarse las normas o principios en que se funda la decisión, así como su pertinencia en relación con los antecedentes de los hechos controvertidos.

La redacción de la norma no deja claro si en la motivación el juzgador debe referirse solo a normas o solo a principios (como parece desprenderse de la disyuntiva “o”) o en un sentido más amplio a normas y principios conjuntamente. Lo importante es que la motivación sea suficiente para justificar la decisión concreta, sin perder de vista que en términos argumentativos el nuevo constitucionalismo, dentro del que se inserta el deber de motivación, mira más a los principios que a las normas concretas.⁵⁶⁹

Tampoco es claro qué acepción debe atribuirse al verbo *enunciar* en su forma transitiva (no se enuncian), si es solo mencionar las normas o principios o si, por el contrario, el juzgador debe ir más allá, en un ejercicio argumentativo en el que haga

⁵⁶⁵ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 76.7.1).

⁵⁶⁶ Artículos 76 y 77. “El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes *garantías*: l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

⁵⁶⁷ Ecuador, COFJ, art. 130. “Facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces. Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; *por lo tanto deben*: 4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos”.

⁵⁶⁸ Ecuador, COGEP, art. 89. “Motivación. Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación”.

⁵⁶⁹ Luis Prieto Sanchís, “El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky)”, *Anuario de Filosofía del Derecho* (1996): 125-58.

explícitos los criterios de ponderación que tuvo en cuenta al ordenar prueba para mejor resolver en un proceso concreto. En nuestra opinión, esta última es la exigencia que recae sobre el juzgador cuando decreta de oficio la práctica de pruebas no aportadas por las partes.

En la prueba de oficio, donde el juzgador se aparta de lo regular o común para ejercer una facultad excepcional que puede afectar principios constitucionales, derechos fundamentales y principios de carácter procesal, se impone con mayor fuerza la exigencia de una argumentación que exprese las razones que motivaron dictarla, y en qué medida el ejercicio de dicha facultad se justifica ante las exigencias planteadas por los principios y los derechos fundamentales que pudieran verse afectados, todo lo cual debe ser expresado tanto en el auto interlocutorio que la decreta, como en la apreciación y valoración de la prueba que debe constar en la motivación de la sentencia que ponga fin al proceso.

Su argumentación sería pertinente si demuestra que con ello se verían materializados principios o derechos que tienen un mayor peso que los que podrían ser afectados si no se complementa el material probatorio aportado por las partes con la prueba decretada de oficio por el juzgador.

Tratándose de principios, su aplicación a un caso concreto no funciona la regla de todo o nada,⁵⁷⁰ ya que la argumentación basada en principios en casos concretos se hace de acuerdo a reglas de ponderación, en virtud de las que diferentes principios, incluso tendencialmente contradictorios, podrían ser relevantes en la fundamentación de una misma decisión, en la medida en que su aplicación es una cuestión de grados, al ponderarlos con respecto a otros principios igualmente relevantes.

Una argumentación de ese tipo es la que cabe con respecto a la motivación que debe hacer el juzgador en cuanto decreta la prueba para mejor resolver, ya que el carácter esencialmente principialista en que se basan los criterios de interpretación del derecho establecidos en la Constitución de 2008 no solo le permiten, sino que le exigen, ponderar en todo momento, los principios que subyacen a todo el ordenamiento jurídico.

⁵⁷⁰ Las diferencias de la argumentación basada en reglas o principios, es muy difundida en la teoría de Ronald Dworkin, según la cual las reglas son aplicables a manera disyuntiva, todo o nada, cuando dos reglas interfieren o chocan, una de las dos es válida; por el contrario, cuando los principios colisionan es el juez al que corresponde valorar el peso relativo que cada uno de ellos tiene en el caso. Un análisis crítico sobre las diferencias entre principios y reglas puede verse en Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, "Sobre principios y reglas", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 10 (1991), 101-120.

La motivación exigida, que constituye a la vez una garantía de los derechos de las personas, un deber judicial y un requisito que deben cumplir las decisiones del poder público, debe resultar de una actividad interpretativa en el que sean ponderados normas y principios, acorde con el carácter eminentemente principialista de la CRE en materia de interpretación constitucional y protección de los derechos de las personas.

En esta esfera, el artículo 427 de la CRE establece como criterios de interpretación “lo que más se ajuste a la Constitución en su integralidad”, “el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos”, “el que mejor respete la voluntad del constituyente”, y “los principios generales de la interpretación constitucional”.⁵⁷¹

Criterios de interpretación más específicos se establecen en el artículo 29 del COFJ, mismos que exigen a las juezas y jueces tener en cuenta el objetivo de los procedimientos, expresado en “la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material”, el cumplimiento de las “garantías del debido proceso”, así como el “respeto del derecho a la defensa” y la “igualdad de las partes”.⁵⁷²

Adicionalmente, si esos criterios fueran insuficientes el juzgador deberá, según el propio artículo, llenar los vacíos con “las normas que regulen casos análogos”, los “principios constitucionales” y, por último, los principios “generales del derecho procesal”.⁵⁷³

En correspondencia con esos criterios de interpretación, el juzgador, antes de decretar la prueba para mejor resolver, debería poner frente a sí todos los elementos que pudieran justificar su decisión, y argumentar por qué es necesario anteponer el ejercicio de una facultad excepcional concebida con un objetivo específico, frente a todo el ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y procesales, así como de algunos derechos y garantías de las partes en el proceso, con respecto a los cuales la prueba de oficio es excepción y no regla.

⁵⁷¹ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 427.

⁵⁷² Ecuador, COFJ, art. 29. “Interpretación de normas procesales. Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes. Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal”.

⁵⁷³ Ecuador, COFJ, art. 29.

Y ello es así porque tales principios, garantías y derechos pueden considerarse tendencialmente contrarios a la prueba para mejor resolver introducida al proceso por un tercero ajeno a las partes, lo que impone a dicho tercero, en este caso al juez, la obligación de desarrollar una doble argumentación, formal y material.

Una argumentación formal, porque frente a su facultad excepcional de decretar prueba para mejor resolver, están los preceptos normativos contenidos en la CRE, el COFJ y el COGEP que establecen como regla que la aportación de los medios de prueba al proceso es responsabilidad de las partes y no del juzgador.

Una argumentación, además, material porque principios como imparcialidad, contradicción, igualdad de las partes y la aportación de parte, constituyen barreras frente al ejercicio del poder judicial, que solo excepcional y motivadamente deben ser traspasadas.

En el análisis al artículo 168 del COGEP se constató, por vía interpretativa, que el único requisito de procedibilidad que se exige al juez para decretar prueba para mejor resolver, es que los hechos controvertidos no estén claros, en correspondencia con el objetivo de la prueba de oficio como institución del derecho procesal, que es el esclarecimiento de los hechos controvertidos.

De manera que el primer argumento en la motivación del juzgador debe ser la falta de claridad de los hechos controvertidos y la insuficiencia de las pruebas practicadas al respecto. Considerando que la prueba es para mejor resolver, podemos decir que el segundo argumento debe ser que podría resolver bien sin ella, pero lo haría mejor al decretarla.

En ambos casos se trata de argumentos que debe extraer el juzgador dentro del contexto y las circunstancias en que se desarrolla el proceso, y en virtud del principio de inmediación al que debe acogerse en todas sus actuaciones.⁵⁷⁴

Sin embargo, más allá del estricto marco de un proceso judicial, están las exigencias de los principios constitucionales, los derechos de las partes, los principios procesales, los objetivos del sistema procesal y del proceso, así como los deberes impuestos a la Función Judicial; todos ellos se configuran también como criterios que

⁵⁷⁴ Ecuador, COGEP, art. 6. “Principio de inmediación. La o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso. Solo podrán delegar las diligencias que deban celebrarse en territorio distinto al de su competencia. Las audiencias que no sean conducidas por la o el juzgador serán nulas”.

debe tener en cuenta el juzgador en su motivación del auto interlocutorio en que ordena la prueba para mejor resolver.

A los fines de precisar los presupuestos para determinar la procedencia de la prueba para mejor resolver en el proceso contencioso tributario, así como sus estándares de aplicabilidad, es necesario analizar la forma concreta que, de acuerdo al COGEP, debe adoptar el decreto en virtud del cual el juzgador ejerce sus poderes de instrucción e introduce al proceso pruebas no aportadas por las partes.

A diferencia del derogado CPC que establecía como medidas de actuación del juez las sentencias, autos y decretos,⁵⁷⁵ el vigente COGEP prevé solo como instrumentos de actuación de las juezas y jueces las sentencias y los autos y, dentro de éstos últimos, el auto interlocutorio y el auto de sustanciación.

Dejando de lado el hecho evidente de que la sentencia no es medio técnicamente idóneo para decretar prueba para mejor resolver, queda por definir si tal decreto lo puede realizar el juez a través de un auto interlocutorio o de un auto de sustanciación.

Según el artículo 88 del COGEP, el auto interlocutorio “es la providencia que resuelve cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento”, mientras que el auto de sustanciación es “la providencia de trámite para la prosecución de la causa”.⁵⁷⁶

Si, como hemos dicho, la prueba para mejor resolver podría afectar tanto derechos fundamentales de las partes como principios del propio sistema procesal establecidos a nivel constitucional, es obvio que el decreto a través del cual el juzgador introduce al proceso prueba no promovidas o aportadas por las partes debe ser un auto interlocutorio.

De esa constatación se derivan algunas consecuencias que son de sumo interés. La más importante entre todas, es aquella que obliga al juzgador, bajo pena de nulidad, a exponer “las normas o principios jurídicos en que funda” su decisión, así como la explicación acerca de “la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”.⁵⁷⁷

Al respecto, hay que analizar dos perspectivas distintas que se relacionan con la prueba para mejor resolver. La primera su aspecto técnico jurídico que se contrae a que, en el auto interlocutorio que decreta la prueba, el juzgador debe exponer aquellos elementos que sustentan su motivación; la segunda perspectiva, más sustancial para esta

⁵⁷⁵ Ecuador, CPC, art. 273. “Sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio”; art. 274. “Auto es la decisión del juez sobre algún incidente del juicio”; art. 275. “Decreto es la providencia que el juez dicta para sustanciar la causa, o en la cual ordena alguna diligencia”.

⁵⁷⁶ Ecuador, COFJ, art. 88.

⁵⁷⁷ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 76.7.1).

investigación, se refiere a los elementos que debería considerar antes de emitir el auto interlocutorio en referencia.

La primera no tendría mayores complicaciones, puesto que es una práctica común prevista en las leyes y demás disposiciones jurídicas de alcance general, como en las resoluciones de los poderes públicos, que la motivación se reduce a una enumeración de los artículos de las leyes en que se fundamenta, algunas citas tomadas convenientemente de la doctrina más la descripción de los hechos en que se funda la decisión.

Por otra parte, que la motivación del auto interlocutorio que decreta la prueba para mejor resolver no fuera exhaustiva o suficiente, o que la prueba decretada fuera impertinente, inconducente o inútil, no tendría mayores consecuencias desde el punto de vista procesal, por cuanto aunque así fuera, las partes carecen del derecho a contradecirla, o a presentar recursos contra el auto referido, salvo que lo hagan a través del recurso de apelación o casación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 89, *in fine*, del COGEP.

En esa circunstancia, la falta de motivación del auto podría ser fundamento para el recurso de apelación o causal de casación, pero por una razón distinta, como por ejemplo la inadmisibilidad de la prueba decretada de oficio, no podría ser alegada en segunda instancia, por cuanto el artículo 168 del COGEP no concede a las partes recurso contra dicho auto con efecto diferido, como sucede en algunos casos en la legislación extranjera analizada en su oportunidad.

Retomando el análisis de las dos perspectivas, arribamos a la segunda, asumida como trascendente para nuestro objetivo, se refiere a los elementos que debería considerar el juzgador antes de emitir el auto interlocutorio mediante el cual introduce al proceso pruebas no aportadas o solicitadas por las partes.

En este caso, a diferencia del anterior, el juez se sitúa en una posición más amplia con respecto al ordenamiento jurídico en su totalidad, para encontrar y sistematizar los fundamentos en virtud de los cuales podría decretar la prueba para mejor resolver cuya responsabilidad le atribuye la legislación procesal que hemos venido refiriendo.

Aquí no hacemos referencia, necesariamente, al juez que de manera cotidiana se ve abrumado por las causas que debe resolver o las audiencias en que debe participar, sino al modelo de juez que se deriva del diseño institucional establecido por la CRE y el COFJ, y del sistema procesal configurado en el COGEP.

En ese contexto y bajo estas consideraciones, el juzgador debe sumirse, retrospectivamente, en el análisis del ordenamiento jurídico como una totalidad, ante la

angustia de considerar los posibles efectos, para sí y para las partes, de la prueba para mejor resolver que considera debería decretar antes de dictar su resolución definitiva.

Una cuestión adicional y de importancia fundamental para el tema que nos ocupa es lo relativo al momento procesal oportuno en que el juzgador puede decretar prueba para mejor resolver. Al efecto, conviene tomar en cuenta lo siguiente: la prueba para mejor resolver está prevista en el artículo 168 que corresponde al Libro Tercero, Disposiciones comunes a todos los procesos.

Al ser una disposición común es aplicable, en principio, a todos los procesos previstos en el Código. Por lo que nos interesa, debemos señalar los dos tipos de procedimiento a través de los cuales se puede sustanciar la materia contencioso-tributaria, es decir, el procedimiento común para las acciones de impugnación y las acciones directas, y el procedimiento sumario para las acciones especiales.

Ahora bien, según las reglas del procedimiento común u ordinario, el juzgador podrá decretar “prueba de oficio” en la audiencia preliminar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 294.7 letra b) del COGEP. Habría que preguntarse, en primer lugar, si esta prueba de oficio se refiere a la misma institución prevista en el artículo 168 bajo la denominación de prueba para mejor resolver.

En segundo lugar, el momento procesal para decretar prueba de oficio en la audiencia preliminar se contradice con la finalidad de dicha institución prevista en el artículo 168 COGEP que es literalmente “para el esclarecimiento de los hechos controvertidos”.⁵⁷⁸ Según el artículo 294.7 letra b) del COGEP, el juez debería ordenar “la práctica” de la prueba de oficio después que las partes hayan anunciado “la totalidad de las pruebas que serán anunciadas en la audiencia de juicio”.⁵⁷⁹

La incoherencia se presenta, a nuestro juicio, en que mal podría saber el juez si debe o no ordenar prueba de oficio cuando aún no se han practicado las pruebas propuestas por las partes, lo que corresponde hacer en la audiencia de juicio. Solo después de ese trámite podría saber si efectivamente necesita decretar la práctica de pruebas adicionales a las propuestas y producidas por las partes en la audiencia de juicio.

Por las razones apuntadas, consideramos que la procedibilidad de la prueba decretada de oficio o la prueba para mejor resolver debería fijarse después que se han practicado en la audiencia de juicio las pruebas aportadas por las partes, que es el momento en que el juzgador podrá tener pleno conocimiento de si el material probatorio

⁵⁷⁸ Ecuador, COGEP, art. 168.

⁵⁷⁹ Ecuador, COGEP, art. 294.7.b).

aportado por las partes es o no suficiente para el esclarecimiento de los hechos; en caso contrario, procedería la prueba para mejor resolver.

Otra cuestión a dilucidar es si la prueba para mejor resolver se asume también en el procedimiento sumario regulado a partir del artículo 332 del COGEP y que es aplicable a las acciones especiales en materia contencioso-tributaria.

Si la principal diferencia con respecto al procedimiento común, además de la cuantía de lo que se puede reclamar a través de cada uno de ellos, es la reducción de los tiempos de tramitación y lo relacionado con la demanda y la reconvencción, así como su desarrollo en una audiencia única, en dos fases, parecería que no procede la prueba de oficio.⁵⁸⁰

El argumento que sustenta esa afirmación es que, al decretar prueba para mejor resolver, el juzgador puede suspender la audiencia hasta por quince días, lo que conspira contra la cualidad intrínseca del procedimiento sumario que es la reducción de los tiempos y trámites, si se compara con el procedimiento ordinario, todo ello apuntaría a señalar que en este procedimiento la figura en análisis no tendría asidero.

Con todo lo hasta aquí indicado, podemos destacar de la prueba de oficio o prueba para mejor resolver, las siguientes notas.

- Decretar la prueba de oficio constituye una excepción, puesto que la regla refiere a la carga de la prueba que corresponde a las partes.
- Puede ser entendida como un deber desde el punto de vista de los principios de la administración de justicia, y como una facultad si se considera desde la perspectiva de la función judicial.
- En cualquiera de los dos casos el auto que la contiene debe ser motivado y cumplir los mismos requisitos de la sentencia previstos en la Constitución, el COFJ y el COGEP.
- Es una institución que su propia naturaleza puede afectar principios generales del derecho, principios procesales y derechos de las partes, por lo que su aplicación demanda imperativamente la debida justificación a través de una

⁵⁸⁰ Ecuador, COGEP, art. 333. "Procedimiento. El procedimiento sumario se rige por las siguientes reglas: 1. No procede la reforma de la demanda. 2. Solo se admitirá la reconvencción conexas. 3. Para contestar la demanda y la reconvencción se tendrá un término de quince días a excepción de la materia de niñez y adolescencia que será de diez días. 4. Se desarrollará en audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. Esta audiencia se realizará en el término máximo de treinta días a partir de la contestación a la demanda".

estricta motivación, con el soporte de una carga argumentativa sólida que llegue a ponderar los beneficios de decretarla al caso concreto.

- Siguiendo la exigencia anterior, al ser el resultado del ejercicio de una facultad excepcional del juzgador, en la motivación del auto interlocutorio que la decreta o de la sentencia que pone fin al proceso, debería quedar adecuadamente fundamentada su procedencia, utilidad y conducencia, así como el peso y valor que se le asigna en la valoración de conjunto de la prueba admitida y producida en la audiencia.
- En el contexto analizado, no admite pruebas en contrario o la posibilidad de que las partes puedan presentar recursos contra el auto que la decreta, salvo excepciones de impugnación diferida cuando sea impugnada la sentencia en segunda instancia.
- Como el resto de las pruebas producidas en la audiencia, la prueba decretada de oficio debe ser apreciada y valorada según las reglas de la sana crítica en la motivación de la sentencia.

4.1. Criterios para determinar la procedencia de la prueba para mejor resolver en el procedimiento contencioso tributario

En vista de todo lo expuesto, en este apartado corresponde responder a una de las preguntas centrales de nuestra investigación: ¿Qué elementos debería tener en cuenta el juzgador antes de decretar la prueba para mejor resolver en el procedimiento contencioso tributario?

En el análisis se parte de la tesis sostenida por Xavier Abell Lluçh, según la cual en el sistema jurídico procesal del *civil law* “no hay, en principio, estándares de prueba preestablecidos”, sino diferentes sistemas de valoración de la prueba (íntima convicción y libre valoración de la prueba y sana crítica) con una importante carga subjetiva del juzgador que se pretende controlar con la obligación de motivación. Para sustentar su tesis afirma que:

La expresión estándar de prueba es ajena a la tradición de los sistemas continentales, en los que normalmente existe un juez profesional encargado de la valoración de la prueba

y rige el principio de la necesidad de motivación de la sentencia, con aplicación del sistema de libre valoración (motivada) de la prueba o de prueba legal.⁵⁸¹

En una aproximación inicial, el juzgador debería entrar a considerar como primer criterio para la valoración de la pertinencia de la prueba para mejor resolver, los objetivos del proceso judicial en general y de la prueba en particular, para lo que cuenta con sendas disposiciones constitucionales y legales, cuya interpretación puede allanarle el camino de manera considerable.

La primera se la encuentra en el artículo 169 de la CRE (congruente con el artículo 18 del COFJ), que define al sistema procesal como “un medio para la realización de la justicia”; la disposición sería suficiente si fuera posible determinar con cierta plausibilidad el significado de la expresión “realización de la justicia”. Se refiere a que el resultado del proceso sea justo, y si fuera así: ¿justo para cada una de las partes, o solo para la que salió favorecida en sus intereses?

En todo caso, de cara a la posibilidad de ejercer o no los poderes de instrucción que facultan al juzgador decretar prueba para mejor resolver, deberá asignarle un significado concreto a esa expresión que sirva como fundamento para emitir el auto correspondiente, así como los elementos necesarios para exponer su motivación.

Al estudiar la relación medio-fin entre el sistema procesal y la realización de la justicia, el jurista ecuatoriano Álvaro R. Mejía Salazar señala que:

la función del juez no es la de satisfacer la pretensión de una persona dentro de un conflicto, sino la de evitar que conductas cometidas por fuera de las normas de la sociedad, queden en la impunidad. El beneficio que obtenga uno de los litigantes con la resolución del caso deviene en un mero efecto reflejo de la verdadera finalidad del proceso, que según hemos señalado, es el imperio de la justicia en la sociedad.⁵⁸²

Esa interpretación, si bien denota cierto desdén hacia los resultados concretos que pueda tener un proceso concreto con respecto a las partes y sus derechos e intereses, es congruente en gran medida con otras disposiciones vigentes que configuran el modelo de juez sobre el que venimos reflexionando.

Así el COFJ, en su artículo 21, asigna a la Función Judicial a través de los jueces y juezas “la misión sustancial de conservar y recuperar la paz social; garantizar la ética laica y social como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico; y, lograr la

⁵⁸¹ Xavier Abel Lluch, “La dosis de prueba: entre el common law y el civil law”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* n.º 35 (2012): 195.

⁵⁸² Véase Mejía Salazar, “La prueba en el proceso contencioso ecuatoriano”, 84.

plena eficacia y acatamiento del ordenamiento jurídico vigente”;⁵⁸³ mientras que en el artículo 23 se establece como deber “garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos [...] cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido”.⁵⁸⁴

Ambas disposiciones pueden ser entendidas, perfectamente, como expresiones más concretas de la relación medio-fin entre el sistema procesal y la realización de la justicia; sin embargo, ello no dice mucho acerca de cómo garantizar la realización de tal propósito en un caso concreto, ni de los medios específicos que se deban utilizar.

Dentro del proceso, uno de los medios para alcanzarlo es precisamente la prueba, a la que el COGEP le atribuye como finalidad “llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos”;⁵⁸⁵ mientras que la prueba para mejor resolver debería servir, en ese contexto para afianzar “el esclarecimiento de los hechos controvertidos.”⁵⁸⁶

Otro de los criterios que debe tenerse en cuenta al momento de determinar la procedencia de la prueba de oficio, o más bien de motivar su decreto tanto en el auto interlocutorio como en la posterior sentencia, son las pautas establecidas por la Corte Constitucional del Ecuador respecto a la motivación. En tal sentido son relevantes la Sentencia No. 227-12-SEP-CC, Juez Sustanciador Patricio Herrera Betancourt donde se estableció el llamado test de motivación; y la ⁵⁸⁷ Sentencia No. 1158-17-EP/21 (Caso Garantía de la motivación) Juez ponente: Alí Lozada Prado⁵⁸⁸ donde fue desechado el test anterior en favor de un conjunto de pautas que deben regir la motivación.

Esas pautas incluyen un criterio rector, según el cual, toda argumentación jurídica debe tener una estructura mínimamente completa (de conformidad con el art. 76.7.1 de la

⁵⁸³ Ecuador COFJ, art. 21. “Principio de probidad. La Función Judicial tiene la misión sustancial de conservar y recuperar la paz social; garantizar la ética laica y social como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico; y, lograr la plena eficacia y acatamiento del ordenamiento jurídico vigente”.

⁵⁸⁴ Ecuador, COFJ, art. 23. “Principio de tutela judicial efectiva de los derechos. La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso”.

⁵⁸⁵ Ecuador, COGEP, art. 158. “Finalidad de la prueba. La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos”.

⁵⁸⁶ *Ibíd.*

⁵⁸⁷ Sentencia No. 227-12-SEP-CC, de 21 de junio de 2012, Juez Sustanciador Patricio Herrera Betancourt.

⁵⁸⁸ Sentencia No. 1158-17-EP/21 (Caso Garantía de la motivación), de 20 de octubre de 2021, Juez ponente: Alí Lozada Prado.

Constitución). Las pautas también incorporan una tipología de deficiencias motivacionales, es decir, de incumplimientos de dicho criterio rector: la inexistencia, la insuficiencia y la apariencia; esta última surge cuando la argumentación jurídica incurre en algún tipo de vicio motivacional, como son: la incoherencia, la inatinencia, la incongruencia y la incomprensibilidad.

A partir de esos criterios, si se verifica de manera fehaciente que la motivación del auto que decreta la prueba de oficio o para mejor resolver está viciado; es decir, que los argumentos expuestos en la motivación son incoherentes, no atinentes, incongruentes o incomprensibles, la parte procesal que se considere afectada puede impugnar al auto presuntamente viciado, con efecto diferido según la norma vigente en el COGEP que fue analizada con anterioridad. En el caso de presentarse esos vicios en la sentencia puede ser recurrida, incluso impugnada mediante una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional.

En las propias palabras de la Corte Constitucional, en una motivación existe el vicio de incoherencia “cuando existe contradicción entre las premisas y la conclusión de su razonamiento;”⁵⁸⁹ existe inatinencia cuando las razones y argumentos expuestos en la motivación “no tienen que ver con el punto en discusión”;⁵⁹⁰ por su parte la incongruencia se manifiesta cuando la motivación “no da respuesta a los argumentos de las partes, o no aborda cuestiones exigidas por el Derecho en determinadas decisiones.”⁵⁹¹ La incomprensibilidad se da cuando la argumentación “no es razonablemente inteligible.”⁵⁹²

Desde esa perspectiva amplia, el juzgador cuenta con un conjunto de elementos imprescindibles para decidir, a la luz del ordenamiento jurídico vigente, de los principios que informan la Función Judicial, de los que rigen el proceso en particular y de los derechos de las partes, la pertinencia para decretar prueba para mejor resolver en un caso concreto en materia contencioso-tributaria.

La representación gráfica que sigue pretende ilustrar el razonamiento pertinente en busca de los fundamentos necesarios que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en su conjunto, pueden contribuir a la plausibilidad de la decisión del juzgador de decretar prueba para mejor resolver en un caso concreto en materia contencioso tributaria.

No se trata de establecer unos estándares aplicables en cualquier tiempo y lugar, sino *un test de racionalidad* para verificar la pertinencia de la prueba para mejor resolver

⁵⁸⁹ *Ibíd.*, párr. 40.

⁵⁹⁰ *Ibíd.*, párr. 79.

⁵⁹¹ *Ibíd.*, párr. 85.

⁵⁹² *Ibíd.*, párr. 93.

en un procedimiento contencioso tributario concreto, mismo que podría ser extendido, con las correcciones de rigor, al análisis de la institución a otras materias procesales en la legislación procesal y a los análisis de dogmática jurídica.

El *test* incluye en primer lugar los principios generales del derecho, derechos fundamentales, principios del derecho procesal y los elementos relacionados con la prueba y actividad probatoria que debería tener en cuenta el juzgador en una aproximación inicial a la posibilidad de decretar de oficio la práctica de pruebas no aportadas o solicitadas por las partes, y en segundo lugar una lista de verificación⁵⁹³ que podría aplicar previo a adoptar una decisión respecto de la procedencia de la prueba para mejor resolver o para el análisis dogmático de las normas que la establecen, y que toma en consideración tanto la audiencia preliminar como la audiencia de juicio, aunque también pudiera ser aplicado a procesos con una sola audiencia y dos fases.

⁵⁹³ La técnica de la *check list* es ampliamente utilizada en diferentes sectores de las investigaciones jurídicas, especialmente en el ámbito legislativo y judicial. Un análisis al respecto puede verse en Diana Susana Bichachi, “El uso de las Listas de Chequeo (CheskList) como herramienta para controlar la calidad de la ley”, Instituto Internacional de Estudio y Formación sobre Gobierno y Sociedad (IIEFGS) Universidad del Salvador, Buenos Aires, 2014, 28 de julio de 2019, http://www.claudiabernazza.com.ar/ssgp/html/pdf/check_list.pdf. También, Francisco Martínez Cruz y Hugo Arturo Salvador Galván-Rodríguez, “La checklist en la preparación de iniciativas de ley: un consejo de técnica legislativa”, *Revista Asamblea* n.º 7 (2013): 8-11.

Paso 1. Presupuestos generales a tener en cuenta

Principios generales del derecho	<ul style="list-style-type: none"> <li data-bbox="759 304 1209 340">Principio de imparcialidad judicial <li data-bbox="759 465 1043 501">Principio de legalidad <li data-bbox="759 636 1158 672">Principio de seguridad jurídica
Derechos fundamentales	<ul style="list-style-type: none"> <li data-bbox="759 779 1107 815">Derecho al debido proceso <li data-bbox="759 891 1059 927">Tutela judicial efectiva <li data-bbox="759 1003 1023 1039">Derecho a la prueba
Principios del derecho procesal	<ul style="list-style-type: none"> <li data-bbox="759 1084 1171 1120">Principio de carga de la prueba <li data-bbox="759 1196 1182 1232">Principio de aportación de parte <li data-bbox="759 1308 1110 1344">Principio de contradicción <li data-bbox="759 1420 1214 1456">Principio de igualdad de las partes
Prueba y actividad probatoria	<ul style="list-style-type: none"> <li data-bbox="772 1525 1331 1630">Finalidad de la prueba: llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos. <li data-bbox="772 1675 1331 1742">Momento oportuno para decretar prueba para mejor resolver. <li data-bbox="772 1787 1331 1886">Finalidad de la prueba para mejor resolver: el esclarecimiento de los hechos controvertidos.

Paso 2. Lista de verificación

Audiencia preliminar

- 1- ¿Las pruebas anunciadas por las partes son suficientes para sostener la demanda y la contestación?
- 2- ¿Puede el juzgador en esta primera audiencia predecir el resultado de la práctica de pruebas en la audiencia de juicio y saber que no serán suficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos?
- 3- ¿Está en condiciones de saber el juzgador si una vez que se hayan practicado en la audiencia de juicio serán suficientes para formar convicción y resolver?

1- ¿Fue suficiente la actividad probatoria realizada por las partes para que el juzgador llegue al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidas? Si-- No-- . Argumentos.

2- Si no lo fue:

a)- ¿Puede adoptar, a pesar de ello, una decisión que resuelva el conflicto entre las partes y cumplir los requisitos, principios y fines del proceso?

Si-- No-- . Argumentos.

b)- ¿O es preferible ordenar prueba para mejor resolver para alcanzar un mejor esclarecimiento de los hechos controvertidos y una decisión que cumpla con los fines del sistema procesal y del proceso concreto?

Si-- No-- . Argumentos.

3- Al ordenar la prueba para mejor resolver:

a)- ¿Conseguirá un mayor esclarecimiento de los hechos controvertidos?

Si-- No-- . Argumentos.

4- Si la respuesta es negativa sería prudente no decretar prueba para mejor resolver; si es positiva debería considerar:

b)- Pertinencia.

c)- Utilidad.

c)- Conducencia.

5- Una vez valorados cada uno de los criterios anteriores según las reglas de la sana crítica y motivado en el auto interlocutorio que dicte, deberá responder:

a)- ¿Cómo contribuirá su decisión a la realización de la justicia, objetivo del sistema procesal? Argumentos.

6- La prueba para mejor resolver:

a)- ¿Haría más efectivo el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva con respecto a las partes? Si-- No-- . Argumentos.

7- A pesar de que la práctica de la prueba ordenada de oficio beneficiará necesariamente a una de las partes y perjudicará a la otra:

a)- ¿Se justifica ante los principios de imparcialidad, seguridad jurídica e igualdad de las partes? Si-- No-- . Argumentos.

8- Ante el hecho de que la prueba ordenada de oficio no admite recurso, contradicción o pruebas nuevas para desvirtuarla:

a)- ¿El presunto esclarecimiento de los hechos que pueda derivar de su práctica, es más importante que la prevalencia del principio de aportación de parte, el derecho constitucional a contradecir la prueba y el principio de igualdad de las partes? Si-- No-- . Argumentos.

b)- ¿Es preferible suspender la audiencia por hasta 15 días, faltando al principio de celeridad procesal y justicia expedita, para practicar la prueba decretada de oficio? Si-- No-- . Argumentos.

Si una vez aplicado el *test de racionalidad* el juzgador decide decretar la prueba para mejor resolver, debería explicar cada uno de los elementos anteriores en la motivación de la sentencia, donde debería pronunciarse acerca de los resultados obtenidos y la apreciación y valoración de la prueba decretada de oficio, así como el peso y valor que le asignó en su decisión, con lo que quedarían a salvo en una medida importante los principios y derechos de las partes que eventualmente pudieron verse afectados con la prueba para mejor resolver.

5. Conclusiones parciales del capítulo

Este capítulo constituye la *pars construens* de nuestra investigación, ya que en él los resultados obtenidos en los dos anteriores fueron utilizados para identificar y fundamentar los presupuestos teóricos, normativos y procesales que legitiman la procedencia de la prueba para mejor resolver prevista en el artículo 168 del COGEP en el procedimiento contencioso tributario, así como su compatibilidad con el sistema procesal dispositivo en que se sustenta.

Para alcanzar ese propósito se hizo un estudio en profundidad de la prueba de oficio en diferentes disposiciones jurídicas de índole procesal que fueron derogadas por el vigente COGEP, donde se pudo concluir que se trata de una institución propia del derecho y la legislación procesal ecuatoriana, cuya peculiaridad más significativa es que tenía características distintas de acuerdo a la materia sustantiva en que debía ser aplicada.

Efectivamente, un análisis comparado de la legislación procesal derogada por el COGEP demuestra cómo difieren sustancialmente unas de otras en cuanto a los parámetros relevantes tales como: operador deóntico, nombre de la institución, objetivo, momento procesal, pruebas que proceden, requisitos de procedibilidad, control de la facultad del juzgador y medios de impugnación, mismos que fueron utilizados para comparar la legislación extranjera en el capítulo anterior.

A diferencia de ello, el COGEP redujo a la unidad la diversidad anterior, haciendo aplicable una misma configuración jurídica de la institución de la prueba para mejor resolver, sin tener en cuenta las particularidades de cada materia sustantiva y las divergencias procesales que puedan tener.

En el caso específico del procedimiento contencioso tributario, el auto a través del cual el juzgador decreta la prueba para mejor resolver puede llegar a afectar diferentes principios procesales y derechos de las partes, por cuanto implica la introducción

excepcional de medios de prueba no solicitados por aquellas con la consiguiente ruptura de los principios de carga de la prueba en su versión clásica y el de aportación de parte, sin que a éstas les sea posible solicitar contraprueba para desvirtuar la decretada de oficio. Las afectaciones pueden producirse en tres ámbitos distintos: *en los principios generales del Derecho* (principio de imparcialidad judicial, principio de legalidad y principio de seguridad jurídica), *en los derechos fundamentales de las partes* (tutela judicial efectiva, derecho a la prueba e imparcialidad judicial) y *en los principios del derecho procesal* (principio de carga de la prueba, principio de aportación de parte, principio de contradicción y principio de igualdad de las partes). Para evitar tales afectaciones, se enfatiza la exigencia fundamental de la motivación del acto con la cual quede justificada su adopción.

El estudio cabal de cada uno de esos aspectos permitió formular unos criterios para determinar la procedencia de la prueba para mejor resolver en el procedimiento contencioso tributario, que hemos identificado como *test de racionalidad* para verificar la pertinencia de la prueba para mejor resolver en un procedimiento contencioso tributario concreto, donde se incluye cada uno de los aspectos sustantivos y procesales, teóricos y prácticos que debe tener en cuenta el juzgador al momento de decidir si decreta o no la prueba para mejor resolver, y en qué momento procesal debería hacerlo.

Sobre esto último, aunque en el artículo 168 el COGEP no señala el momento procesal en que el juzgador debe decidir la pertinencia de la prueba para mejor resolver, algo que sí se define comúnmente en la legislación comparada, y se hacía también en las disposiciones procesales derogadas por el COGEP, es que una vez producida toda la prueba aportada o solicitada por las partes, sería el punto del proceso en que corresponde a aquél decidir si a prueba producida es suficiente para formar convicción y emitir un fallo.

Por tal motivo, consideramos técnicamente incorrecto e inapropiado desde el punto de vista de la dinámica del proceso, que sea en la audiencia preliminar donde el juzgador puede ejercer esa facultad, tal como lo prevé el artículo 294.7 letra b, aunque refiriéndose a la *prueba de oficio* y no a la *prueba para mejor resolver* prevista en el artículo 168. Una futura reforma del COGEP debería tomar nota de esa inconsistencia, y definir como momento procesal oportuno para que el juzgador puede decretar la prueba de oficio el posterior a la producción de la prueba y antes de decidir, como es usual en la legislación comparada y como correspondería en buena técnica jurídica y procesal.

Conclusiones

Las presentes conclusiones representan la última parte de esta investigación. En ellas se resume todo el contenido del trabajo presentado, a la vez que se exponen las conclusiones principales obtenidas en los tres capítulos anteriores, en los que se fundamenta la compatibilidad del sistema procesal basado en el principio dispositivo con la prueba para mejor resolver en el ordenamiento jurídico procesal no penal vigente en el Ecuador, a la vez que se presentan las principales dificultades y consecuencias que puede tener en el proceso, respecto de las partes y el juzgador, la prueba para mejor resolver. En tal sentido, las conclusiones no constituyen solo un resumen del trabajo presentado, sino además un conjunto de deducciones e inferencias teóricas y prácticas derivadas del estudio, a la vez que una herramienta útil para determinar la pertinencia de la prueba decretada de oficio en un proceso judicial concreto, especialmente en el procedimiento contencioso tributario.

En el capítulo primero se hizo una sistematización de las diferentes posiciones teóricas sobre el sistema procesal inquisitivo y el sistema procesal dispositivo, poniendo de manifiesto sus principales diferencias que los hacen en principio incompatibles, si se toman en consideración como criterios la posición del juzgador con respecto a las facultades para iniciar el proceso de manera oficiosa y la actividad probatoria, en contraste con la situación jurídico-procesal de las partes en diferentes fases o etapas del proceso. En los sistemas procesales no penales, esa contraposición se manifiesta entre un sistema oficioso y un sistema dispositivo, cualidad que se determina, también, a partir de las facultades de las partes o el juzgador para iniciar o dar por terminado el proceso judicial, o su posición con respecto a las pruebas y la promoción de pruebas y la actividad probatoria.

La conclusión principal, con la que se considera alcanzado el objetivo planteado en el capítulo primero es que, si bien en su origen ambos sistemas procesales resultan contrarios en el plano teórico por sus características, en la práctica no es posible verificar su coexistencia en un mismo ordenamiento jurídico procesal; de donde resulta que en los sistemas procesales históricos o actuales, lo normal ha sido el predominio de uno de los dos con algunas características del otro, pero no la coexistencia en un mismo tiempo y lugar, en un mismo ordenamiento jurídico. En consecuencia, la oposición permanente entre los dos sistemas procesales resulta de situarlos fuera de su contexto legislativo e

histórico, puesto que, si se consideran esos dos presupuestos, en un mismo ordenamiento jurídico la oposición entre los dos sistemas procesales no existe, o se basa en la aplicación de un presupuesto erróneo como la posible coexistencia espacial y temporal en un mismo ordenamiento jurídico.

Es lo que sucede como regla general en los ordenamientos jurídicos procesales iberoamericanos en la actualidad, donde predomina, en el proceso no penal, el sistema dispositivo en coexistencia con la prueba de oficio o prueba para mejor resolver, considerada desde siempre como una de las características esenciales del sistema inquisitivo u oficioso. A partir de esa constatación, se hace un estudio más detallado del principio dispositivo, el cual consiste básicamente en que solo a las partes corresponde dar inicio al proceso judicial, al presentar ante el juez competente la demanda contentiva de sus pretensiones, así como el anuncio de los medios de prueba en que intenta valerse en el proceso que eventualmente se inicie.

También, en virtud de tal principio, las partes pueden desistir de sus pretensiones o transigir en la medida en que sea legalmente admisible o sea obligado a ello por el juez, pero en ningún caso el principio se relaciona directamente con la actividad probatoria, sino con el inicio del proceso y algunas formas de ponerle fin de manera anticipada por voluntad de las partes o a instancias del propio juzgador, cuando se le atribuyen facultades oficiosas para propiciar la conciliación, o derivar la causas hacia el arbitraje o la mediación. En síntesis, no existe ninguna oposición entre la prueba decretada de oficio y el principio dispositivo, porque rigen respecto de aspectos diferentes del proceso como son la facultad para iniciarlo y eventualmente darlo por terminado, y la de aportar los medios de prueba de que han de valerse, respectivamente.

2. En el capítulo segundo se hace una reconstrucción teórica y doctrinal de los elementos esenciales de la prueba como institución del derecho procesal, con énfasis en los principios por los que debe regirse su admisión y producción en un proceso judicial concreto, regido por el principio dispositivo, entre los que se encuentra el principio de la carga de la prueba, que en su formulación básica exige que quien alega en juicio tiene la carga de probar los hechos y circunstancias en que basa sus pretensiones.

Como modulaciones más importantes a ese principio, fueron analizadas la inversión de la carga de la prueba y la teoría de las cargas probatorias dinámicas; la primera consiste en asignar la carga de la prueba al demandado y no al demandante, a quien se defiende y no a quien alega en juicio una pretensión; la segunda, por el contrario, consiste en hacer recaer la carga de la prueba en la parte que pueda satisfacerla con

menores dificultades, con menor pérdida de tiempo para su obtención o producción, o se encuentre más cerca de la fuente o medios de prueba por su posición con respecto a ellos.

En cualquier caso, tanto el principio de la carga de la prueba como sus excepciones, para que resulten operativos en la práctica jurídico procesal, deben estar previstos en la legislación correspondiente, y para confirmar esa tesis se realizó un estudio comparado de la legislación procesal civil vigente en tres países de América Latina, en el que se identificaron los principios que rigen la carga de la prueba, así como las excepciones mencionadas. Más detallado fue el estudio comparado con respecto a la regulación de la prueba de oficio, donde fue analizada la legislación procesal civil vigente en Uruguay, Bolivia y Perú, aplicable de manera supletoria al procedimiento contencioso tributario. Los resultados principales, de acuerdo a los criterios de comparación previamente establecidos, son los siguientes:

- i)** En todos los casos, la prueba de oficio está prevista como una facultad excepcional del juez.
- ii)-** Su denominación varía entre prueba de oficio o prueba para mejor proveer, y en el caso específico de Chile se las denomina medidas para mejor resolver.
- iii)-** En correspondencia con su carácter excepcional, su objetivo es siempre complementar los medios de prueba ofrecidas por las partes y producidas en audiencia, siempre que ello permita llevar al juzgador a un mayor grado de convicción.
- iv)-** El momento procesal para decretar la prueba de oficio suele estar expreso en la legislación comparada, pero en todo caso deber ser una vez concluida la práctica de todos los medios de prueba ofrecidas por las partes, y antes de decidir.
- v)-** Por lo general, la legislación coincide en que el juzgador puede decretar de oficio pruebas o medios de prueba, y proceden todas las previstas en la ley respectiva;
- vi)-** El ejercicio de la facultad de decretar prueba de oficio suele ser controlado, cuando se expresa a través de la obligación de exponer los argumentos en que se funda o su motivación.
- vii)-** Finalmente, en la mayoría de los casos no cabe recurso contra el auto que decreta la prueba de oficio, salvo en el caso de Uruguay que cabe impugnación diferida en el caso de que haya recurso de apelación.

3. En los capítulos primero y segundo se sentaron las bases históricas, teóricas y de derecho comparado sobre la institución objeto de nuestro estudio, mientras que en el

tercero y con base en aquellos presupuestos, se dio cumplida respuesta a las preguntas planteadas desde el principio:

¿Hasta qué punto la prueba decretada de oficio representa un desafío para la configuración jurídica de un sistema procesal dispositivo como el vigente en el Ecuador? ¿Cuáles son los fundamentos teóricos y legislativos que se deben tener en cuenta para decretar la prueba para mejor resolver según la legislación vigente? ¿Tiene la prueba para mejor resolver establecida en el artículo 168 del COGEP, como institución común a todos los procesos, alguna diferencia cuando se decreta en un procedimiento contencioso tributario?

La respuesta a la primera pregunta es básicamente, que si bien la prueba de oficio es considerada teóricamente como una característica del sistema procesal dispositivo, en la legislación procesal no penal vigente en el Ecuador esa institución ha sido incorporada como una excepción al principio de aportación de parte, en virtud del cual la promoción y evacuación de pruebas en juicio corresponde únicamente a las partes; siendo así, la prueba de oficio no afecta al principio dispositivo, que se refiere a la facultad de las partes de iniciar o transigir en el proceso por su propia iniciativa o disposición, sino a la carga de la prueba que corresponde a aquellas, y que excepcionalmente puede ser postergada cuando el juzgador decreta la prueba para mejor resolver.

Para responder a la segunda pregunta se hizo un análisis de las disposiciones vigentes sobre el derecho procesal en general y los principios procesales, partiendo de la Constitución de 2008, como norma fundamental del ordenamiento jurídico ecuatoriano, pasando por el COFJ hasta el COGEP como ley especial en materia de procesos no penales. Por otra parte, al hacer un análisis comparado entre COFJ, el primer y segundo informe para el debate del Proyecto de Código Orgánico General de Procesos en la Asamblea Nacional, el COGEP y las disposiciones vigentes sobre la prueba de oficio en el Código del Trabajo y el Código de Comercio, se pudo constatar que la prueba de oficio es una institución propia del derecho procesal ecuatoriano, concebida siempre como facultad excepcional que se atribuye al juzgador, pero que como consecuencia de la diversidad de regulaciones vigentes hasta la entrada del COGEP tenía diferentes denominaciones y fines de acuerdo a la materia en que debía regir.

La conclusión básica sobre esta pregunta es que los fundamentos legislativos para decretar la prueba para mejor resolver, deben satisfacer la exigencia constitucional de que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, y a ello podría contribuir la prueba para mejor resolver, en caso de que los medios de prueba aportados por las

partes no sean suficientes para esclarecer los hechos controvertidos, requisito éste exigido en el artículo 168 del COGEP.

Ello sin desconocer que la prueba para mejor resolver podría afectar potencialmente algunos derechos de las partes, o algunos principios procesales con respecto a los cuales el juzgador debería hacer un ejercicio de ponderación antes de decretarla de oficio, aun cuando se verifiquen las exigencias previstas en el antedicho artículo del COGEP.

Esa ponderación depende, en gran medida, de la configuración jurídica de la institución regulada en el artículo 168 del COGEP, que la establece como facultad excepcional conferida al juzgador, que puede ejercer para lograr un mejor esclarecimiento de los hechos controvertidos para luego resolver; dicho de otra forma, la prueba sería “para mejor resolver”, de manera que si el juzgador no la ordena, de todas formas podría “resolver bien” con la prueba ofrecida por las partes y producida en la audiencia de juicio oral.

La última pregunta planteada en el capítulo tercero tiene una respuesta más sencilla en principio, dado que el artículo 168 del COGEP que regula la prueba para mejor resolver es común para todos los procesos y procedimientos previstos en dicho cuerpo legal, no hay ninguna diferencia técnico jurídica entre la prueba que puede ser decretada de oficio en el procedimiento contencioso tributario, y la que pueda serlo en cualquier otro proceso o procedimiento.

No obstante, las diferencias reales entre las partes en el procedimiento contencioso tributario, como la presunción de validez y eficacia de los actos del sector público expedidos por autoridad pública competente, salvo que se declare lo contrario, la regulación de un procedimiento especial basado en reglas distintas a las aplicables a los demás procesos, la asignación de la carga de la prueba a la administración tributaria sin importar su posición procesal, la vigencia del principio de *solve et repete* y la posibilidad que tiene el juzgador de ir más allá de las peticiones de las partes, ejerciendo control de legalidad, inducen a pensar que son elementos que pueden influir en la práctica judicial con respecto a la prueba para mejor resolver en materia contencioso tributario.

En ese mismo sentido, un estudio atento de las normas que regulan las diferentes fases y etapas del proceso ordinario, permite concluir que el momento procesal en que el juzgador puede ejercer su facultad excepcional de decretar prueba para mejor resolver, que está previsto en la audiencia preliminar, no se corresponde con el diseño y la finalidad de la institución, tanto a nivel teórico como en el propio COGEP. La dificultad radica en

que, si la prueba para mejor resolver tiene como finalidad “el esclarecimiento de los hechos controvertidos”, mal podría decretarse “la práctica de prueba de oficio”, como dispone el artículo 294.7 letra b, cuando en esa etapa del proceso el juzgador no puede saber, todavía, si los hechos quedarán o no aclarados después de la práctica de las pruebas propuestas por las partes, lo cual deben hacer en la propia audiencia preliminar.

Al respecto, consideramos que la prueba para mejor resolver, como se la denomina en el artículo 168, o la prueba de oficio como se la denomina en el artículo 294.7 letra b (ambas no tienen la misma connotación por cuanto responden a criterios diferentes: la primera a la solución del caso, la segunda a la forma en que es introducida la prueba) debería ser decretada en la audiencia de juicio, una vez que se hayan practicado las pruebas propuestas por las partes, que es el momento procesal y lógico en que el juzgador podría verificar si con la prueba practicada, apreciada y valorada conforme con las reglas de la sana crítica, le es suficiente para decidir, o por el contrario, los hechos controvertidos necesitan un mayor esclarecimiento que podría alcanzar a través de la práctica de la prueba para mejor resolver.

Ahora bien, al margen del momento procesal oportuno para decretar la prueba para mejor resolver que en el propio COGEP no está definido adecuadamente, por cuanto el artículo 294.7 letra b) se refiera a la prueba de oficio, que consideramos no es lo mismo que la prueba para mejor resolver prevista en el artículo 168, en cualquier caso, se impone al juzgador la obligación de exponer las razones que lo movieron a decretar la prueba para mejor resolver.

Las razones o argumentos que deban estar presentes en la motivación del auto interlocutorio son las que exige el artículo 89 del COGEP; además, consideramos que el juzgador debe tener en cuenta un conjunto de principios y derechos de las partes que se resumen cumplidamente en el último apartado de la investigación, y que debe responder al menos a las preguntas básicas planteadas en ese mismo tramo del trabajo, para asegurarse de que la prueba que pretende decretar se corresponde con las exigencias teóricas, normativas y procedimentales que determinan su construcción teórica y normativa, y que a través de ello puede alcanzar de una manera plena los objetivos del sistema procesal y del proceso, y precautelarse adecuadamente los derechos de las partes.

En síntesis, se ha realizado en la presente investigación un análisis exhaustivo a nivel doctrinal, legislativo y jurisprudencial sobre la compatibilidad de la prueba de oficio en el procedimiento contencioso tributario ecuatoriano con el principio dispositivo previsto en el ordenamiento nacional a nivel constitucional y legal, como base de los

procesos no penales regulados en el COGEP. Los problemas principales detectados en el orden teórico y legislativo se presentan entre la prueba para mejor resolver y los principios generales del derecho, los derechos fundamentales y los principios procesales que pudieran ser vulnerados cuando el juzgador introduce en el proceso, de oficio, pruebas no solicitadas por las partes, quedando éstas imposibilitadas de ejercer su derecho a contradecirlas o proponer contraprueba.

Otro de los problemas de carácter legislativo es la construcción técnica de la prueba para mejor resolver contenida en el artículo 168 del COGEP, la cual, por su carácter general para todos los procesos no contempla las peculiaridades de las materias sustantivas y procesales a las que debe ser aplicada, representando así una regresión con respecto a las normas procesales derogadas por el referido cuerpo legal, mismas que tenían una construcción particular adecuada a la materia concreta en que debía hacerse efectiva, por lo que en nuestra opinión una futura reforma al COGEP debería hacer frente a esa objeción y, al menos en los procedimientos especiales como el contencioso tributario, construir esa figura jurídica con base en los resultados de la presente investigación, que permita, entre otras cosas, la posibilidad de que las partes puedan contradecir la prueba de oficio.

También en términos propositivos sería pertinente que en una eventual reforma del COGEP se definiera expresamente el momento procesal oportuno en el que el juzgador puede decretar la prueba para mejor resolver. El fundamento de esa propuesta es que en su artículo 168 no se define cuándo, o a partir de qué trámite procesal puede el juzgador decretar prueba de oficio para alcanzar el objetivo que se le asigna a esa institución en el propio artículo, que es el esclarecimiento de los hechos controvertidos. El único indicio en tal sentido figura en la letra b) número 7 del artículo 194, según el cual el juzgador puede ordenar la prueba de oficio en la audiencia preliminar, una vez que las partes han anunciado la totalidad de la prueba.

Sin embargo, ese no parece ser el momento procesal oportuno para decretar la prueba para mejor resolver, por cuanto si su objetivo es el esclarecimiento de los hechos controvertidos, el juzgador sólo podría saber si necesita pruebas adicionales una vez producidas en la audiencia de juicio las propuestas por las partes, y no como dispone el referido artículo en la audiencia preliminar, donde sólo se anuncian las pruebas, pero no se practican, por lo que mal podría el juzgador tener en ese trámite algún tipo de convicción sobre los hechos controvertidos. La propuesta concreta sería definir, en una eventual reforma, el momento a partir del cual el juzgador puede ejercer su facultad

discrecional de decretar prueba para mejor resolver, que debiera ser una vez concluida la audiencia de juicio y antes de dictar sentencia.

Bibliografía

1. Teoría, crítica y dogmática jurídica

- AA.VV. *Ética judicial: reflexiones desde jueces para la democracia*. Madrid: Fundación Antonio Carretero, 2009.
- . *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial*. Colombia: Grupo de Investigaciones en Derecho, 2014.
- . *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2014.
- . Thibaut y Savigny. *La codificación: Una controversia programática basada en sus obras “Sobre la necesidad de un Derecho civil para Alemania” y “De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho”* (con adiciones de los autores y juicios de sus contemporáneos). Introducción y selección de textos de Jacques Stern, traducción del alemán de José Díaz García. Madrid: Editorial Aguilar, 1970.
- Abad Arévalo, Dana. “Particularidades del procedimiento laboral en el contexto del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)”. *FORO: Revista de Derecho*, n.º 24 (2015): 23-38.
- Abad, Ivanna. “La imparcialidad judicial”. *Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia*, n.º 4 (2018): 141-52.
- Abal Oliú, Alejandro. *Derecho procesal*, t. 1. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016.
- Acosta Vázquez, Luis A. “Diferencias entre medios, fuente y objeto de la prueba”. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta* 1, n.º 2 (2007): 66-7.
- Agazzi, Evandro. “La ciencia y el conocimiento de la verdad”. *Theoria*, n.º 8-9 (1999): 11-20.
- Agudelo Ramírez, Martín. “El debido proceso”. *Opinión Jurídica*, n.º 7 (2005): 89-105.
- Aguilar, Gabriel Hernán. “Imposturas intelectuales: la carga probatoria dinámica y su fuerza expansiva”. *Univ. Estud*, n.º 11 (2014): 233-63.
- Aguiló Regla, Josep. “Imparcialidad y concepciones del derecho”. *Jurídica: Revista de la Universidad de Caldas*, n.º 2 (2012): 27-44.

- . “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”. *Isonomía*, n.º 6 (1997): 71-9.
- . “Sobre definiciones y normas”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 8 (1990): 139-65.
- Aguirre Guzmán, Vanesa. “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”. *FORO Revista de Derecho*, n.º 14 (2010): 5-43.
- . “Líneas para un proceso de reforma a la justicia civil en Ecuador”. *IurisDictio: Revista de Derecho*, n.º 15 (2013): 113-30.
- Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso*. México: UNAM, 1992.
- Alexy, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- Altamirano, Alejandro. “El contencioso tributario (Desde el contexto de las prerrogativas del Estado y los derechos del contribuyente)”. En *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*. Coordinado por César García Novoa y Catalina Hoyos Jiménez, 1833-50. Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.
- Alvarado Belloso, Adolfo, *Teoría General del Proceso*. Lección 5, Aula Virtual Iberoamericana de Derecho y de Altos Estudios Judiciales, 2017.
- Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús, “Los sujetos de la capacidad de imposición”. En *Manual de Derecho Tributario*, coordinado por Miguel de Jesús Alvarado Esquivel, 191-97. Ciudad de México: Porrúa, 2005.
- Álvarez-Palacios Arrighi, Gabriela I. “El ejercicio de la abogacía en el marco de la Unión Europea”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 11 (1993): 85-116.
- Anchondo Paredes, Víctor Emilio. “Métodos de interpretación jurídica”. *Quid Iuris*, n.º 16 (2012): 33-58.
- Andrade Ubidia, Santiago, y Luis Fernando Ávila Linzán, eds. *La Transformación de la Justicia*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- . “Hace falta una nueva Ley Orgánica de la Función Judicial”. *IurisDictio: Revista de Derecho*, n.º 5 (2002): 87-108.
- . “La Función Judicial en la vigente Constitución de la República”. En *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, editado por Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, 239-68. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2009.

- Antinori, Eduardo. *Conceptos básicos del Derecho*. Mendoza: Editorial de la Universidad del Aconcagua, 2006.
- Ara Pinilla, Ignacio. “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 29 (2013): 107-24.
- Arbito Chica, Néstor. “Los cambios de la justicia ecuatoriana”. *Aportes. Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal*, n.º 11 (2009): 2-4.
- Armenta Deu, Teresa. *Sistemas procesales Penales. La justicia penal en Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Atienza, Manuel, y Juan Ruiz Manero. “Sobre principios y reglas”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 10 (1991): 101-20.
- . *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.
- Ávila Linzán, Fernando. “Transformación y (des) transformación de la justicia en Ecuador: aportes a la revolución de la justicia en Bolivia”, 12 de julio de 2018. <http://biblioteca.defensoria.gob.ec/handle/37000/1818>.
- . “Legitimidad social e independencia interna”. En *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, editado por Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, 45-84. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2009.
- Bachmaier Winter, Lorena. “Sistemas procesales: la hora de superar la dicotomía acusatorio- inquisitivo”. *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 24 (2009): 173-98.
- Bañol Betancur, Alejandro Augusto. *La prueba de oficio: Análisis desde una perspectiva del pensamiento complejo*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 2017.
- Barrios González, Boris. “Teoría de la sana crítica”. *Opinión Jurídica*, n.º 3 (2003): 99-132.
- Beccaria, César. *Tratado de los delitos y las penas*. Madrid: Universidad Carlos III, 2015.
- Benfeld, Johann. “Los orígenes del concepto de sana crítica”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 35 (2013): 569-85.
- Bentham, Jeremy. *Tratados de legislación civil y penal*. Madrid: Editora Nacional, 1981.
- Berizonce, Roberto Omar. “El nuevo CPC brasileño. Hacia la efectivización de los derechos y garantías Fundamentales”. *Revista de Informação Legislativa*, n.º 190 (2011): 203-13.

- Bichachi, Diana Susana. “El uso de las Listas de Chequeo (CheskList) como herramienta para controlar la calidad de la ley”. Instituto Internacional de Estudio y Formación sobre Gobierno y Sociedad (IIEFGS) Universidad del Salvador, Buenos Aires, 2014, 28 de julio de 2019, http://www.claudiabernazza.com.ar/ssgp/html/pdf/check_list.pdf.
- Bonet Navarro, José. “Algunos problemas concretos sobre aspectos generales de la prueba en el proceso civil”. *Diario la Ley*, n.º 6 (2009): 1-16.
- Botana López, José María. “Prueba y diligencias para mejor proveer”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 28 (2001): 83-96.
- Botto, Hugo. “Las medidas para mejor resolver en el proceso civil chileno son inconstitucionales”. *Academia Virtual Iberoamericana de Derecho*, 23 de noviembre de 2018. <https://docplayer.es/6657134-Academia-virtual-iberoamericana-de-derecho-biblioteca-derecho-procesal-medidas-para-mejor-proveer.html>.
- Briseño Sierra, Humberto. *Compendio de Derecho procesal*. México: Humanitas, Centro de Investigación y Posgrado, 1989.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1993.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, t. 6. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1984.
- Cal Laggiard, Maximiliano. “Principio de congruencia en los procesos civiles”. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n.º 17 (2010): 11-24.
- Calamandrei, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. I. Buenos Aires: Editorial EJE, 1973.
- . *Proceso y democracia*. Chile: Ediciones jurídicas Europa/América, 1960.
- Calaza López, Sonia. “Principios rectores del proceso judicial español”. *Revista de Derecho Universidad Nacional de Educación a Distancia*, n.º 8 (2011): 49-84.
- Calderón Sumarriva, Ana C. *El nuevo sistema procesal penal: Análisis crítico*. Perú: Egacal, 1991.
- Callegari, José Antonio. “Celeridad procesal y razonable duración del proceso”. *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 5 (2011): 114-29.
- Calsamiglia, Albert. “En defensa de Hans Kelsen”. *Working paper*, 17 de junio de 2019. https://www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_I_129.pdf?noga=1.

- Capella, Juan Ramón. “Notas sobre la definición legal”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º X (1963): 37-50.
- Capilla Roncero, Francisco. “Sociedades de profesionales liberales cuestiones sobre su admisibilidad”. En *El ejercicio en grupo de las profesiones liberales*, coordinado por Klaus Jochen Albiez Dohrmann, 209-59. Granada: Universidad de Granada, 1993.
- Caro Espitia, Néstor Raúl. “La carga de la prueba frente al principio de presunción de inocencia en el estado colombiano”. *Verba Iuris*, n.º 29 (2013): 31-42.
- Carretero Pérez, Adolfo. “El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo”. *Revista de Administración Pública*, n.º 65 (1971): 99-139.
- Carrillo García, Yoel. “Calidad de las leyes. Algunos puntos críticos”. *Ratio Juris* 7, n.º 14 (2012): 21-51.
- . “Calidad de las leyes. Algunos puntos críticos”. *Legislação*, n.º 52 (2010): 5-41.
- . “Sobre la escritura jurídica”. *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 53 (2008): 61-84.
- Carrió, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.
- . *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Astrea, 2001.
- Carrión, Roque. “Los principios dispositivo e inquisitorio en el proceso civil”. *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 28 (1970): 38-55.
- Castaño B, Alejandro. “El concepto de justicia y su fundamento. Un análisis de los consensos en J. Rawls desde la perspectiva del nuevo derecho natural en Carlos Massini”. *Civilizar*, n.º 24 (2013): 63-78.
- Castillo Garrido, Salvador. “Lagunas del Derecho y el dogma de la plenitud del sistema jurídico”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n.º 27 (2009): 35-46.
- Castro León, Rodolfo. “La carga de la prueba y la facultad del juzgador para recabar elementos de convicción en el juicio contencioso administrativo federal conforme a la jurisprudencia mexicana: un problema de procuración del conocimiento de la verdad material”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n.º 31 (2011): 11-44.
- Cely Ávila, Flor Emilce. “Intersubjetividad: entre explicación y comprensión”. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, n.º 43 (2014): 52-7.
- Chamorro Ladrón de Cegama, José A. “Algunas reflexiones sobre el principio de inmediación en el proceso civil y su mejor cumplimiento en la práctica judicial”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 2 (1983): 529-47.

- Chávez Núñez, Frida Mercedes. “La prueba de oficio y breve comentario de su regulación en la nueva ley procesal del trabajo”. *Ita Ius Esto*, n.º 22 (2012): 126-36.
- Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*, tomo III. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002.
- Chocrón Giráldez, Ana María. “La exclusividad y la unidad jurisdiccionales como principios constitucionales en el ordenamiento jurídico español”. *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, n.º 113 (2005): 651-87.
- Cisneros Farías, Germán. *Diccionario de frases y aforismos latinos: Una compilación sencilla de términos jurídicos*. Ciudad de México: UNAM, 2003.
- Coloma Correa, Rodrigo. “¿Realmente importa la sana crítica?”. *Revista Chilena de Derecho*, n.º 3 (2013): 753-81.
- Conrado, Paulo Cesar. “Tutela Jurisdiccional diferenciada (cautelar y satisfactiva) en materia tributaria”. En *Derecho Procesal Tributario, Planificación Fiscal y Penal Tributario*, dirigido por Daniel Yacolca Estares y Paulo de Barros Carvalho, 209-23. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L, 2018.
- Correas, Óscar. *El otro Kelsen*. México: UNAM, 1989.
- Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho procesal Civil*. 3.ª ed. Buenos Aires: Roque De Palma, 1958.
- . *Vocabulario jurídico. Con referencia especial al Derecho procesal positivo vigente uruguayo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1993.
- Cruz-Garcette, Lorena, Graciela Martins De Abreu-Ballester, y Lía Stella Brandi-Bruna, “La relación intersubjetiva en la construcción del conocimiento”. *Magis: Revista Internacional de Investigación en Educación*, n.º 7 (2014): 85-98.
- David, René, y Camille Jauffret-Spinozi. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 26.ª ed. México: UNAM, 2010.
- Dávila García, Wilfredo Javier. “Las pruebas en el recurso contencioso tributario”. *Anuario de Derecho Universidad de los Andes* n.º 32 (2015): 109-32.
- Dalla Pria, Rodrigo. “El derecho al proceso”. En *Derecho Procesal Tributario, Planificación Fiscal y Penal Tributario*, dirigido por Yacolca Estares, Daniel, Paulo de Barros Carvalho, 176-208. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L, 2018.
- . “El proceso de positivación de la norma jurídica tributaria y la fijación de la tutela jurisdiccional apta a dirimir los conflictos existentes entre contribuyentes y fisco”. En *Derecho Procesal Tributario, Planificación Fiscal y Penal Tributario*,

- dirigido por Yacolca Estares, Daniel, Paulo de Barros Carvalho, 157-75. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L, 2018.
- De Barros Carvalho, Paulo. “Reglas Técnicas o procedimentales en el Derecho Tributario”. En *Derecho Procesal Tributario, Planificación Fiscal y Penal Tributario*, dirigido por Yacolca Estares, Daniel, Paulo de Barros Carvalho, 149-56. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L, 2018.
- De la Oliva Santos, Andrés, y Miguel Ángel Fernández. *Derecho Procesal Civil*, t. 1. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1996.
- Fabiana Del Padre Tomé. *La prueba en el Derecho Tributario*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2012.
- . “La prueba en el procedimiento y en el proceso administrativo tributario”. En *Derecho Procesal Tributario, Planificación Fiscal y Penal Tributario*, dirigido por Yacolca Estares, Daniel, Paulo de Barros Carvalho, 384-414. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L, 2018.
- De Ortells Ramos, Manuel. “Formas del Procedimiento y Garantías Fundamentales del Proceso Civil”. *Revista Ius et Praxis*, n.º 1 (2010): 395-440.
- De Pina, Rafael, y José Castillo Larrañaga. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Ciudad de México: Porrúa, 1966.
- De Souza, Artur César. “La parcialidad positiva del juez: fundamento ético material del código modelo iberoamericano”. *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 16 (2012): 157-181.
- Del Hierro, José Luis. “Legitimidad y legalidad”. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 4 (2013): 179-86.
- Devis Echandía, Hernando. *Compendio de la prueba judicial*, t. 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.
- Díaz, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1991.
- 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”. *Revista Entramado*, n.º 1 (2016): 202-21.
- Diez-Picaso, Luis. “Constitución, ley, juez”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 15 (1985): 9-23.
- Diez-Picaso, Luis, y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*, 5.ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1984.

- Duquelsky Gómez, Diego J. “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 41 (2018): 193-209.
- Duran Rivera, Willman Ruperto. *Principios, derechos y garantías constitucionales*. Santa Cruz: Editorial El País, 2005.
- Dworkin, Ronald. “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”. *Isonomía*, n.º 32 (2010): 7-29.
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia. *Justicia tributaria: pensamientos doctrinarios y jurisprudenciales. Sala Especializada de lo Contencioso Tributario*. Quito: CNJ, 2013.
- Egas Reyes, Pablo. “La interpretación en materia tributaria”. *FORO: Revista de Derecho*, n.º 3 (2004): 127-63.
- Eguiguren Praeli, Francisco José. “El Código Procesal Constitucional peruano”. En *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, editado por Dunia Martínez Molina, 351-68. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- Erazo Galarza, Daniela Estefanía. “Evolución histórica de las principales regulaciones constitucionales y legales del régimen tributario en el Ecuador”. Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2012. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3072/1/T1128-MDE-Erazo-Evolucion.pdf>.
- Escobar Fornos, Iván. *Introducción al proceso*. Managua: Hispamer, 1998.
- Eymerico, Nicolao. *Manual de Inquisidores, para uso de las inquisiciones de España y Portugal*. Madrid: Imprenta de Feliz Aviñón, 1821.
- Falconi Puig, Juan. “Oralidad en el proceso ecuatoriano”. En *Juicios orales. La reforma judicial en Iberoamérica*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alberto Said Ramírez, 191-211. Ciudad de México: UNAM, 2013.
- Fernández Bulté, Julio. *Historia General del Estado y el Derecho*. La Habana: Ciencias Sociales, 2001.
- Ferrater Mora, José. *Diccionario de Filosofía*, t. 2. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, s/f.
- Ferrer Beltrán, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Ferreya de la Rúa, Angelina. “Vigencia actual de la teoría general del proceso”. En *Estudios de Derecho Procesal: En homenaje a Eduardo J. Couture*, editado por Ángel Landoni Sosa y Santiago Pereira Campos, 133-46. Uruguay: La Ley, 2017.

- Feyerabend, Paul. *Tratado contra el Método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*. Madrid: Editorial Tecnos, 1986.
- Fitta Quirino, Juan Carlos. “La jurisprudencia no es ciencia. A 125 años de la muerte de Julius Hermann von Kirchmann”. *Revista Argumentos*, n.º 64 (2010): 313-24.
- Flores Trejo, Fernando. “El principio de oralidad en el proceso”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 157/159 (1988): 116-22.
- Fonseca Luján, Roberto Carlos. “Prueba ilícita: regla de exclusión y casos de admisibilidad”. *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, n.º 27-28 (2016): 27-53.
- Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. Ciudad de México: Porrúa, 2000.
- Gaitán Guerrero, Loly Aylú. “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.
- Gallego Marín, Carlos Arturo. “El concepto de seguridad jurídica en el estado social”. *Jurídica, Revista de la Universidad de Caldas*, n.º 2 (2012): 69-90.
- Garrido, Antonio, y Salvador Montesa. “La definición lexicográfica. selección y modificación”. *ASELE, Actas IV* (1994): 571-81.
- Gascón Abellán, Marina. “Los hechos en el derecho”. *Seminario Los hechos en el derecho, Bases argumentales de la prueba*. México: Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003.
- . “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 28 (2005): 127-39.
- Giuliani, Alessadro. “¿Ciencia o técnica del Derecho?”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (1955): 245-82.
- Goldschmidt, James. *Derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Labor, 1936.
- Gómez del Castillo y Gómez, Manuel. “Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil”. *Derecho y conocimiento*, n.º 1 (2001): 77-90.
- Gómez Lara, Cipriano. “El debido proceso como derecho humano”. En *Estudios en Homenaje a Martha Morineau*, coordinado por Nuria González Martín, t. 2, 341-58. Ciudad de México: UNAM, 2006.
- González Castillo, Joel. “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”. *Revista Chilena de Derecho* 33, n.º 1 (2006): 93-107.
- González García, Eusebio. “La revisión de la relación jurídica tributaria obligacional: las corrientes procedimentalistas”. *FORO: Revista de Derecho*, n.º 9 (2008): 145-54.

- González Pérez, Jesús. “Las tasas judiciales y la asistencia jurídica gratuita”. *Racmyp*. 25 de abril de 2019. <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/anales/A92/A92-22.pdf>.
- . *El derecho a la tutela judicial efectiva*, 3.^a ed. Madrid: Editorial Civitas, 2001.
- González Seara, Luis. “La independencia de las profesiones liberales”. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 113-114 (1960): 147-158.
- Gozáíni, Osvaldo Alfredo. “La verdad y la prueba”. *Revista de Derecho Procesal*, n.º 5 (2005): 77- 103.
- Greif, Jaime. “Principios constitucionales del proceso”. En *Estudios de Derecho Procesal. En homenaje a Eduardo J. Couture*, editado por Ángel Landoni Sosa y Santiago Pereira Campos, 147-82. Uruguay: La Ley, 2017.
- GRETEL. *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa. Grupo de Estudios de Técnica Legislativa*. España: Editorial Bosch, 1986.
- Guasp, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1977.
- Guastini, Ricardo. “Concepciones sobre las fuentes del Derecho”. *Isonomía*, n.º 11 (2009): 177-86.
- . *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- . *Las fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos*. Lima: Editorial Científica Peruana, 2016.
- Guerrero Salgado, Efrén. “Reforma judicial como prueba de la democracia delegativa en Ecuador: análisis institucional y comportamiento de la función ejecutiva”. *Cálamo: Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 4 (2015): 1-20.
- Guimarães Ribeiro, Darci. “La dimensión constitucional del principio de contradicción y sus reflejos en el derecho probatorio brasileño”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, n.º 40 (2014): 101-20.
- Haba, Enrique P. “Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor! Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho”. *Revista Doxa*, n.º 14 (1993): 269-317.
- Hart, Herbert. *El Concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1963.
- Hohfeld, W. N. *Conceptos jurídicos fundamentales*, México: Distribuciones Fontamara, 2009.
- Holzapfel, Cristóbal. “El concepto de verdad en las ciencias sociales: cosmos y logos”. *Cinta de Moebio, Revista de epistemología y ciencias sociales*, n.º 51 (2014): 192-96.

- Hunter Ampuero, Iván. “El principio dispositivo y los poderes del juez”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 2 (2010): 155-62.
- . “Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?”. *Revista Ius et Praxis*, n.º 1 (2017): 247-72.
- Hurtado Reyes, Martín. *Estudios de derecho procesal civil*, t. 1, 2.ª ed. Lima: Editorial & Librería Alison, 2014.
- Iosa, Juan Francisco. “La obligación de obedecer el Derecho”. En *Enciclopedia de Teoría y Filosofía del Derecho*, vol. 2, editada por Jorge Luis Fabra Zamora y Verónica Rodríguez Blanco, 1193-245. México: UNAM, 2015.
- Iturralde Sesma, Victoria. “El Derecho como sistema: análisis de tres perspectivas”. *Doxa*, n.º 31 (2008): 157-76.
- Izurieta Alaña, Ligia Gabriela. “Las funciones del juzgador en relación con las pruebas en el Código Orgánico General de Procesos del Ecuador”. *Revista Jurídica Piélagus*, n.º 1 (2017): 11-21.
- Jarach, Dino. *Curso Superior de Derecho Tributario*, t. 1. Buenos Aires: Editorial Cima, 1969.
- . *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, 3.ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- Jeremy Bentham, *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.
- Juárez Mario, Santiago. “¿Acciones afirmativas o discriminación inversa?”. *Defensor, Órgano oficial de difusión de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal de México*, n.º 12 (2007): 6-7.
- Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Imprenta Universitaria, 1958.
- . *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Eudeba, 1960.
- Khun, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 1971.
- Kriele, Martín. *Introducción a la Teoría del Estado*. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- Langer, Máximo. “La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo”. *Revista de Derecho Público*, n.º 32 (2014): 1-35.
- Lastra Lastra, José Manuel, “Conceptos jurídicos fundamentales”. En *Liber ad Honorem Sergio García Ramírez*, t. 1, 399-420. Ciudad de México: UNAM, 1998.

- Lara Chagoyán, Roberto. “Motivación de los hechos: reflexiones sobre las diligencias para mejor proveer”. *Isonomía*, n.º 35 (2011): 59-90.
- Lara Sáenz, Leoncio. *Procesos de la investigación jurídica*. Ciudad de México: UNAM, 1991.
- Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2.ª ed. Barcelona: Ariel, 1980.
- Larroucau Torres, Jorge. “Hacia un estándar de prueba civil”. *Revista Chilena de Derecho*, n.º 3 (2012): 783-808.
- Lastra Lastra, José Manuel. “Conceptos Jurídicos Fundamentales”. En *Liber ad Honorem Sergio García Ramírez*, t. 1, 399-420 México: UNAM, 1998.
- Ledesma Narváez, Marianella. “La prueba de oficio en el sistema dispositivo”. *Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica* (1999): 19-22.
- Lluch, Xavier Abel. “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”. En *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: J. M. Bosch, 2007.
- . *Derecho probatorio*. Barcelona: José María Bosch Editor, 2012.
- . “La dosis de prueba: entre el common law y el civil Law”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 35 (2012): 173-200.
- Lluis y Navas, Jaime. “Los principios del derecho en los sistemas romano-germánicos (Estudio comparativo)”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 4 (2014): 637-58.
- Luján Túpez, Manuel. *Diccionario Penal y Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.
- McNaughton, Charles William. “Prueba y presunciones en Derecho Tributario”. En *Derecho Procesal Tributario, Planificación Fiscal y Penal Tributario*, dirigido por Yacolca Estares, Daniel, Paulo de Barros Carvalho, 415-28. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L, 2018.
- Magraner Moreno, Francisco J. “Aspectos actualmente controvertidos sobre la prueba en los procedimientos tributarios en España”. *Revista Boliviana de Derecho* n.º 24 (2017): 229-30.
- Maldonado Muñoz, Mauricio. “Tributos, regla *solve et repete* y afianzamiento tributario. “Crítica a la decisión de la Corte Constitucional ecuatoriana”. *Cálamo: Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 2 (2014): 92-114.
- Malen Seña, Jorge, *Los jueces. Ideología, política y vida privada*. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, 2017.
- Mancera Cota, Adrián. “Consideraciones durante el proceso comparado”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 121 (2008): 213-43.

- Maraniello, Patricio Alejandro. “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”. *Tla-melaua. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 32 (2012/2016): 46-83.
- Marcilla Córdoba, Gema. “Imperio de la ley”. *Eunomía: Revista en cultura de la legalidad*, n.º 5 (2013/2014): 177-85.
- Marín-Barnuevo Fabo, Diego. “La distribución de la carga de la prueba en Derecho Tributario”. *Cívitas: Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 94 (1997): 185-98.
- Martel Chang, Rolando Alfonso. *Prueba de oficio en el proceso civil*. Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- Martínez Cruz Francisco y Salvador Galván-Rodríguez, Hugo Arturo, “La checklist en la preparación de iniciativas de ley: un consejo de técnica legislativa”. *Revista Asamblea* n.º 7 (2013): 8-11.
- Martín Diz, Fernando. “Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 23 (2014): 161-76.
- Matheus López, Carlos Alberto. “Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba”. *Revista de Derecho*, n.º 14 (2003): 175-86.
- Mejía Turizo, Jorge, y Roberto Pérez Caballero. “Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes”. *Justicia*, n.º 27 (2015): 30-41.
- Mejía-Salazar, Álvaro R. “La prueba en el proceso contencioso ecuatoriano”. *Revista ICDT*, n.º 67 (2012): 75-88.
- . *La oralidad y los principios del procedimiento*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Ius et Historiae, 2018.
- Meléndez, Raúl. “La noción de verdad como correspondencia: entre lo trivial y lo metafísico”. *Ideas y Valores*, n.º 120 (2002): 121-8.
- Mendoza, Elker, Silvia Cano, y Alfonso Robles Alcívar. “Apreciación de la prueba en materia tributaria”. *Revista Jurídica Online*, 14 de junio de 2019. https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/12/231_a_274_apreciacion.pdf.
- Meneses Pacheco, Claudio. “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”. *Ius et Praxis*, n.º 243 (2009): 43-86.

- México. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Tesaurus jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Vocabulario controlado y estructurado*. Ciudad de México: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2014.
- Miranda Estrampes, Manuel. “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n.º 22 (2010): 131-51.
- Molina Cristián, Luis. “Breve estudio sobre la sana crítica”. *Gaceta Jurídica* n.º 319 (2007): 7-13.
- Montesquieu. *El espíritu de las leyes*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1976.
- Morán, Gloria M. “El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico”. *Anuario da Facultade de Dereito*, n.º 6 (2002): 501-29.
- Moreano Valdivia, Carlos. “La aplicación de la analogía en el Derecho Tributario formal y procedimental”. En *Derecho Procesal Tributario, Planificación Fiscal y Penal Tributario*, dirigido por Yacolca Estares, Daniel, Paulo de Barros Carvalho, 259-83. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L, 2018.
- Moreno Cruz, Rodolfo. “El Modelo Garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 120 (2007): 825-52.
- Moreno Holman, Leonardo. “Problemas de convicción, valoración de la prueba y fundamentación: Su impacto en el error judicial”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n.º 36 (2014): 167-92.
- Moreno Pérez, José María. “La práctica de las diligencias finales y la pervivencia de las diligencias para mejor proveer en el proceso laboral. Una lectura desde el punto de vista de la nueva regulación”. *Temas Laborales* n.º 106 (2010): 261-69.
- Nicoliello, Nelson. *Diccionario del latín jurídico*. Montevideo: Euro Editores, 2004.
- Nieva-Fenoll, Jordi. “El mal nombre del principio inquisitivo”. En: *Estudios de Derecho Procesal. En homenaje a Eduardo J. Couture*, editado por Ángel Landoni Sosa y Santiago Pereira Campos, 611-40. Uruguay: La Ley, 2017.
- . “La inexplicable persistencia de la valoración legal de la prueba”. *Ars Iuris Salmanticensis* 5 (2017): 57-76.
- Nisimblat, Nattan. *Derecho probatorio, principios y medios de prueba en particular actualizado con la Ley 1395 de 2010 y la Ley 1437 de 2011*. Colombia: Universidad Católica, 2012.

- Núñez Paz, Sandro Alberto. “La prueba de oficio en el proceso laboral”. *Vox Juris. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres*, n.º 14 (2007): 15-36.
- Oleinik, Rosana. “La norma jurídica de construcción y el activismo judicial: análisis de los conceptos y su relación con la seguridad jurídica en materia tributaria”. En *Derecho Procesal Tributario, Planificación Fiscal y Penal Tributario*, dirigido por Yacolca Estares, Daniel, Paulo de Barros Carvalho, 224-38. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L, 2018.
- Oré Guardia, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Editorial Alternativas, 1996.
- Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1972.
- Ost, François. “Júpiter “Hércules, Hermes: tres modelos de juez”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* n.º 14 (1993): 169-94.
- Pacci Cárdenas, Alberto Carlos. *Introducción al Derecho Tributario*. Lima: Ediciones Justo Valenzuela, 2011.
- Palacio, Lino Enrique. *Manual de Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Lexis-Nexis y Abeledo Perrot, 2003.
- Palavecino Cáceres, Claudio. “Sistemas procesales e ideologías”. *Derecho y Humanidades* n.º 17 (2011): 13-30.
- Palomo Vélez, Diego. “Las cargas probatorias dinámicas: ¿Es indispensable darse toda esta vuelta?”. *Revista Ius et Praxis* n.º 2 (2013): 447-64.
- Parra Quijano, Jairo. “Crisis de la noción clásica de la carga de la prueba” (ponencia al XVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Cali, septiembre 6, 7 y 8 de 1995).
- Pásara, Luis. “Selección, carrera y control disciplinario en la magistratura: principales tendencias actuales”. *UNIFR*, 24 de abril de 2019, https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_11.pdf.
- . *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*. Lima: Fundación para el Debido Proceso / Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad / Instituto de Defensa Legal, 2014.
- . *La justicia ecuatoriana en tiempos de cambio. La designación de jueces de la Corte Nacional en 2017*. Washington D.C: Fundación para el Debido Proceso, 2018.

- Patiño Ledezma, Rodrigo. "El contencioso tributario en Ecuador". En *Derecho Financiero y Derecho Tributario: ensayos en honor del profesor José Vicente Troya*, editado por Marco Albán Zambonino, 427-47. Quito: UASB, 2017.
- Paz y Miño Cepeda, Juan J. *Historia de los impuestos en Ecuador. Visión sobre el régimen impositivo en la historia económica nacional*. Quito: SRI / PUCE, 2015.
- Ramírez-Álvarez, José. *Historia de la tributación en Ecuador: cambios sociales y organizacionales*. Quito: Escuela Politécnica Nacional, 2012.
- Pérez Bourbon, Héctor. *Manual de técnica legislativa*. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2007.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique. "La seguridad jurídica: una garantía del Derecho y la justicia". *Boletín de la Facultad de Derecho* n.º 15 (2000): 25-38.
- Pérez Restrepo, Juliana. "Derecho constitucional a la prueba judicial. Una aproximación". *Estudios de Derecho*, n.º 72 (2015): 61-87.
- Pérez Vázquez, Carlos. "Acceso a la justicia". En *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional*, editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 5- 8. México, 2014.
- Pico i Junoy, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: J.M. Bosch, 1996.
- Prada Errecart, Agustín. "Algunas reflexiones sobre las medidas para mejor proveer", *Diario Civil y Obligaciones*, n.º 80 (2016): 1-2.
- Prieto Monroy, Carlos Adolfo. "El proceso y el debido proceso". *Vniversitas* n.º 106 (2003): 811-23.
- Prieto Sanchís, Luis. "El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky)". *Anuario de Filosofía del Derecho* (1996): 125-58.
- Puppio, Vicente J. *Teoría General del proceso*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006.
- Queralt, Juan Martín, Carmelo Lozano Serrano, y Francisco Poveda Blanco. *Derecho Tributario*. 13.ª ed. Madrid: Thomson-Aranzadi, Madrid, 2008.
- Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1955.
- Raijman, Maximiliano, y Esteban Daniel Salcedo. "La vigencia de la regla "solve et repete" y la garantía a la tutela judicial efectiva en el marco constitucional

- argentino actual”. *Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Córdoba*, n.º 1 (2012): 207-33.
- Ramírez Romero, Carlos. *Apuntes sobre la prueba en el COGEP*. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017.
- Ramírez Salinas, Liza A. “Principios generales que rigen la actividad probatoria”. Asunción: *La Ley*, 2005.
- Recaséns Siches, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. Ciudad de México: Porrúa, 1997.
- Ríos, Débora, y Solange Fernández. *Diseño Criminal: El Ecuador a partir de las reformas del Código Penal y Código de Procedimiento Penal*. Guayaquil: Facultad de Derecho de la Universidad Católica, 2010.
- Rizo García, Marta. “Comunicación interpersonal y comunicación intersubjetiva. Algunas claves teóricas y conceptuales para su comprensión”. *Anuario Electrónico de Estudios en Comunicación Social Disertaciones*, n.º 2 (2014): 8-31.
- Rodríguez Rescia, Víctor, coord. *Acceso a la justicia y derechos humanos en Ecuador*. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009.
- Rodríguez, César. *La decisión judicial. Debate Hart- Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015.
- Rojas, Jorge A. “Principios y sistemas”. En: *Estudios de Derecho Procesal. En homenaje a Eduardo J. Couture*, editado por Ángel Landoni Sosa y Santiago Pereira Campos, 473-88. Uruguay: La Ley, 2017.
- Rojina Villegas, Rafael. “Los conceptos jurídicos fundamentales según Kelsen”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 43-44 (1961): 735-85.
- Romo, María Paula. “Justicia y Sociedad Civil”. *IurisDictio: Revista de Derecho*, n.º 8 (2004): 104-7.
- Rousseau, Juan Jacobo. *El contrato social*. Madrid: Taurus, 2012.
- Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo. “El derecho a la prueba como un derecho fundamental”. *Estudios de Derecho*, n.º 143 (2007): 180-206.
- . “Valoración de la validez y de la eficacia de la prueba. Aspectos epistemológicos y filosófico-políticos”. *Estudios de Derecho*, n.º 146 (2008): 164-97.
- Saccone, Mario Augusto. *Manual de Derecho Tributario*. Buenos Aires: Editorial La Ley S.A, 2002.

- Sagúes, Néstor Pedro. “Activismo versus garantismo, a propósito de la producción de pruebas y medidas precautorias de oficio en la acción de amparo ambiental”. En *El juez constitucional en el siglo XXI*, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 121-134. Ciudad de México.
- Sánchez Díaz, Everth Jesús y Sánchez Moreno, William Eduar. “Principio elemental de la prueba suficiente en el derecho penal”. *Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas* 5, n.º 16 (2022): 217-25.
- Santelices Ariztía, Fernando. “Contradicción, imparcialidad e intermediación en la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Algunos problemas para la consolidación de estos principios en la práctica”. *Revista Ius et Praxis*, n.º 1 (2012): 187-248.
- Santos Azuela, Héctor. “Derecho Procesal del Trabajo: Principios, naturaleza, autonomía y jurisdicción”. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n.º 10 (2010): 239-61.
- Schauer, Frederick. *Pensar como un abogado: Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio. “Principios del proceso civil”. *Revista del Centro Asociado de la UNED de Melilla*, n.º 24 (1995): 81-91.
- Sigüenza Bravo, Marco. *Preguntas y Respuestas en Derecho Penal y Procesal Penal*. Cuenca: Ediciones Carpol, 2008.
- Simón Campaña, Farith Ricardo. “Análisis del Código de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador”. *Revista Jurídica online*, 21 de junio de 2018, http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2006/01/20_analisis_del_codigo.pdf.
- Solís González, Elías. “Principios fundamentales del derecho tributario y la jurisprudencia de la corte suprema de justicia de Panamá” (ponencia al Primer Congreso Internacional de Derecho Tributario. Ciudad de Panamá, 2012).
- Squella, Agustín, ed. *R. V. Ihering. Estudios en su Homenaje*. Valparaíso: Edeval, 1979.
- . “Algunas concepciones de la justicia”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 44 (2010): 175-216.
- . *Introducción al Derecho*. Valparaíso: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Suárez Manrique, Wilson Yesid. “El rol del juez en el Estado constitucional”. *Revista Justitia* 12 (2014): 103-20.

- Tamayo Carmona, Juan A. “El principio de publicidad del proceso, la libertad de información y el derecho a la propia imagen”. *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 15 (2013): 234-51.
- Tapia Fernández, Isabel. *Lecciones de Derecho Procesal*, vol. 1. Islas Baleares: Palma, Ediciones UIB, 2010.
- Tarigo, Enrique J. *Lecciones de Derecho procesal*, t. 2. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015.
- Taruffo, Michele. “Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 114 (2005): 1285-312.
- . *La Prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2008.
- Tepsich, María Belén. “Cargas probatorias dinámicas”. En *Cargas probatorias dinámicas*, 140- 165. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores 2010.
- Torres Ávila, Jheison. “La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo”, *Revista de Derecho*, n.º 47 (2017): 138- 166.
- Toscano Soria, Luis A. “El derecho a la devolución del crédito tributario del IVA cuando no es posible la compensación con el mismo impuesto o con otros tributos controlados por la misma autoridad tributaria”. 12 de agosto de 2018. <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/File/credito%20tributario%20luis%20toscano.pdf>.
- . “Los procedimientos contencioso tributarios en el Código Orgánico General de Procesos”. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. 17 de junio de 2019. <http://www.uasb.edu.ec/documents/10181/1499701/EL+PROCESO+CONTENCIOSO+TRIBUTARIO.pdf/2ad7a527-67d1-4ced-aa9e-03936eab1831>.
- . “El recurso de casación tributaria”. En *Justicia tributaria: pensamientos doctrinales y jurisprudenciales*. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2013.
- . *Procedimientos administrativos y contenciosos en materia tributaria*, 2.^a ed. Quito: Pudeleco, 2013.
- Treves, Renato. *Introducción a la Sociología del Derecho*. Madrid: Taurus, 1978.
- Troya Jaramillo, José Vicente. “Control de las leyes tributarias y los efectos de su declaración de invalidez”. *FORO Revista de Derecho*, n.º 9 (2008): 39-58.
- . *El procedimiento contencioso tributario (Ecuador)*. Quito: Cuadernos Iberoamericanos de Estudios Fiscales n.º 1, 1986.

- . “Justicia ordinaria, justicia especializada y justicia arbitral en materia tributaria”. En *Jornadas por los 50 años del Sistema Especializado de Justicia Tributaria en el Ecuador*, editado por José Vicente Troya Jaramillo y Fausto Murillo Fierro, 105-28. Quito: Ministerio de Justicia, 2011.
- y Carmen Amalia Simone, *Manual de Derecho Tributario ecuatoriano*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013.
- . *Estudios de Derecho Tributario* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2014).
- Valdés Castro, Ramón. “El principio de igualdad de las partes en la relación jurídico-tributaria y sus proyecciones en el derecho formal procesal”. En *Impuestos: Doctrina fundamentales (1942-2002)*, dirigido por Marcelo R. Lascano, 99-106. Buenos Aires: La Ley, 2002.
- Valentín, Gabriel. “La prueba y la sentencia: algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba”. *Revista de Derecho*, n.º 10 (2014): 249-77.
- Vargas Ávila, Rodrigo. “Concepciones de la prueba judicial”. *Prolegómenos- Derechos y Valores*, n.º 28 (2011): 135-48.
- Vásquez, Jorge V. “El juicio oral en materia laboral.” *IurisDictio: Revista de Derecho*, n.º 9 (2005): 31-6.
- Vega Gómez, Juan. “Seguridad jurídica e interpretación constitucional”. En: *La maquinaria del Derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración*, editado por Alberto Real de Alcalá, 135-52. Ciudad de México: UNAM, 2016.
- Vernengo, Roberto J. “Descripciones y clasificaciones”. *Diánoa: Anuario de Filosofía* 39 (1993).
- . *Teoría general del Derecho y Ciencia jurídica*. Ciudad de México: FCE, 1977.
- Vidal, Josep. “La búsqueda de la realidad o de la verdad: una aproximación a partir de la teoría sociológica”. *Cinta de Moebio: Revista de epistemología y ciencias sociales*, n.º 47 (2013): 95-114.
- Villabella Armengol, Carlos Manuel. *Metodología de la Investigación Socio Jurídica*. La Habana: Editorial Félix Varela, 2012.
- Villalobos Coronel, Socimo. “Reglas y fundamentos de los recursos impugnatorios en el procedimiento contencioso-tributario”. En *Derecho Procesal Tributario, Planificación Fiscal y Penal Tributario*, dirigido por Yacolca Estares, Daniel, Paulo de Barros Carvalho, 239-56. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., 2018.

- Von Ihering, Rudolph. *Tres Estudios*. Buenos Aires: Atalaya, 1947.
- Von Kirchmann, J. H. *La jurisprudencia no es ciencia*. Madrid: Colección Cívitas, 1949.
- Wray Espinosa, Alberto. “El debido proceso en la Constitución”. *IurisDictio: Revista de Derecho*, n.º 1 (2000): 35-48.
- Yacolca Estares, Daniel Irwin, dir. *Tratado de procedimientos y procesos tributarios*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008.
- . “El debido proceso tributario”. En *Derecho Procesal Tributario, Planificación Fiscal y Penal Tributario*, dirigido por Yacolca Estares, Daniel, Paulo de Barros Carvalho, 15-33. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L, 2018.
- Yedro, Jorgelina. “Principios Procesales”. *Derecho y Sociedad*, n.º 38 (2012): 266-73.
- Zalamea León, Diego. *La reforma procesal penal en Ecuador: experiencias de innovación*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2007.
- Zambrano Noles, Silvia. “El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en relación con la seguridad ciudadana en Ecuador”. *Tla-melaua. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 39 (2015-2016): 58-78.
- Zavala Baquerizo, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. 1. Guayaquil: Editorial EDINO, 2006.
- Zavala Egas, Jorge. “La unidad jurisdiccional”. *IurisDictio: Revista de Derecho*, n.º 1, (2000): 19-25.
- . “Teoría de la seguridad jurídica”. *IurisDictio: Revista de Derecho*, n.º 14 (2011): 13-8.
- Zavala Ortiz, José Luis. *Manual de Derecho Tributario*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur LTDA, 1998.

2. Legislación y otros documentos normativos

A. Ecuatoriana

Ecuador. *Código Civil*. Codificación, Registro Oficial 46, Suplemento. 24 de junio de 2005.

Ecuador. *Código de la Democracia*. Registro Oficial 578, Suplemento. 27 de abril de 2009.

Ecuador. *Código de Procedimiento Civil*. Codificación. Registro Oficial 58, Suplemento. 12 de julio de 2005 y todas sus posteriores reformas.

Ecuador. *Código del Trabajo*. Codificación. Registro Oficial 167, Suplemento. 16 de diciembre de 2005.

Ecuador. *Código Fiscal*, Decreto Ley de Emergencia No. 29. Registro Oficial. 25 de junio de 1963.

Ecuador. *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial. 7 de julio de 2017; vigente desde el 7 de julio de 2018.

Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial 544, Suplemento. 9 de marzo de 2009.

Ecuador. *Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia*. Registro Oficial 737 de 3 de enero de 2003.

Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial, Suplemento de 10 de febrero de 2014.

Ecuador. *Código Tributario*. Suplemento del Registro Oficial 38 de 14 de junio de 2005.

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial de 20 de octubre de 2008.

Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1. 11 de agosto de 1998.

Ecuador. *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial 417. 14 de diciembre de 2006.

Ecuador. *Ley de Casación*. Codificación. Registro Oficial 299, Suplemento. 24 de marzo de 2004.

Ecuador. *Ley de Gestión Ambiental*. Registro Oficial 418. 10 de septiembre de 2004.

Ecuador. *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Registro Oficial 338. 18 de marzo de 1968 y todas sus posteriores reformas.

Ecuador. *Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental*. Registro Oficial 418, Suplemento. 10 de septiembre de 2004.

Ecuador. *Ley de Propiedad Intelectual*. Registro Oficial 426. 28 de diciembre de 2006.

Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Suplemento. 22 de octubre de 2009.

Ecuador. *Ley para el Juzgamiento de la Colusión*. Registro Oficial 269. 3 de febrero de 1977.

Ecuador. *Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, en materia de alimentos*. Registro Oficial 643, Suplemento. 29 de julio de 2009, incorporada como Título V del Libro II del mismo código.

Informe para el segundo debate del Proyecto de Código Orgánico General de Procesos, Asamblea Nacional del Ecuador, 11 de febrero de 2015.

Informe para primer debate del Proyecto de Código Orgánico General de Procesos, Asamblea Nacional del Ecuador, 24 de julio 2014.

B. Extranjera

Bolivia. *Código de Procedimiento Civil*. 12 de julio de 2013.

Bolivia. *Código Tributario Boliviano*. Ley n.º 2492. 2 de agosto de 2003.

Chile. *Código de Procedimiento Civil de 1902*.

Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988.

Colombia. *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*
Ley 1437 de 2011.

Costa Rica. *Código Procesal Civil de 1989* (vigente).

España. *Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil* (vigente).

República del Perú. *Código Tributario de Perú*. Decreto Supremo n.º 133 de 2013.

Uruguay. *Código General del Proceso*. Ley n.º 15.982. 18 de octubre de 1988.

Uruguay. *Código Tributario, Decreto-Ley n.º 14.306*. 29 de noviembre de 1974.

Venezuela. *Código Orgánico Tributario* de 2001.

3. Sentencias y otros documentos judiciales

A. Ecuatorianos

Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Tributario. Resolución de 19 de diciembre de 2014, *Recurso de Casación n.º 447-2012*. 26 de septiembre de 2019. http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/contencioso_tributario/2014/672.pdf.

Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Tributario. Resolución de 12 de enero de 2016. *Recurso n.º 482-2014*. 26 de septiembre de 2019. http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/contencioso_tributario/2016%20PDF/Enero/482-2014%20Resolucion%20No.%20024-2016.pdf.

Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Tributario. Resolución de jueves 6 de agosto de 2015. *Recurso n.º 2013-0370*. 26 de septiembre de 2019. http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/contencioso_tributario/2015/370-2013%20ampliacion.pdf.

Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia n.º 018-09-SEP-CC”. En *Caso: 0166-09-EP*, 23 de julio de 2009. http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2009/018-09-SEP-CC/REL_SENTENCIA_018-09-SEP-CC.pdf.

Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia n.º 0004-10-SEP-CC”. En *Caso n.º 0388-09-EP*. 24 de febrero de 2010. http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2010/004-10-SEP-CC/REL_SENTENCIA_004-10-SEP-CC.pdf.

Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia n.º 025-14-SEP-CC”. En *Caso n.º 0157-12-EP*. 12 de febrero de 2014. http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2014/025-14-SEP-CC/REL_SENTENCIA_025-14-SEP-CC.pdf.

Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia n.º 142-14-SEP-CC”. En *Caso n.º 0007-12-EP*. 1 de octubre de 2014. 26 de septiembre de 2019.

http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2014/142-14-SEP-CC/REL_SENTENCIA_142-14-SEP-CC.pdf.

Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia n.º 003-16-SEP-CC de 2016”. En *Caso n.º: 1334-15-EP*. Magistrado ponente: Alfredo Ruiz Guzmán. 1 de agosto de 2018. <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/003-16-SEP-CC.pdf>.

Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia n.º 025-17-SEP-CC. En *Caso n.º: 1361-13-EP*. Magistrado ponente: Alfredo Ruiz Guzmán. 25 de enero de 2017. http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2017/025-17-SEP-CC/REL_SENTENCIA_025-17-SEP-CC.pdf.

Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia n.º 061-17-SEP-CC”. En *Caso n.º 1475-13-EP*. 8 de marzo del 2017. http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2017/061-17-SEP-CC/REL_SENTENCIA_061-17-SEP-CC.pdf.

Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia n.º 194-17-SEP-CC”. En *Caso n.º 2216-16-EP*. 21 de junio de 2017. http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2017/194-17-SEP-CC/REL_SENTENCIA_194-17-SEP-CC.pdf.

Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia n.º 234-18-SEP-CC”. En *Caso n.º 2315-16-EP*. 27 de junio de 2018. http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2018/234-18-SEP-CC/REL_SENTENCIA_234-18-SEP-CC.pdf.

Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 227-12-SEP-CC, de 21 de junio de 2012, Juez Sustanciador Patricio Herrera Betancourt.

Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 1158-17-EP/21 (Caso Garantía de la motivación), de 20 de octubre de 2021, Juez ponente: Alí Lozada Prado.

B. Extranjeros

Colombia. Consejo de Estado de Colombia. Auto de 10 de abril de 2014 de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta Consejero ponente. Radicación número: 25000-23-27-000-2012-00597-01(20074). Consejero Ponente Jorge Octavio Ramírez Ramírez. 12 de agosto de 2018. <https://www.pwcimpuestosonline.co/Repositorio%20PwC/PDF/Jurisprudencia/Consejo%20de%20Estado/Autos/Auto-020074-14-D.pdf>.

Colombia. Consejo de Estado de Colombia. Sección Quinta, Sentencia 41001233300020160008001, 09/02/2017. Consejera ponente Lucy Jeannette

Bermúdez. 12 de agosto de 2018.

[https://es.scribd.com/document/341392854/sent-41001233300020160008001-17-pruebas-de-oficio.](https://es.scribd.com/document/341392854/sent-41001233300020160008001-17-pruebas-de-oficio)