

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

LA INICIATIVA DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN  
LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES

Realizado por:

PAOLA FRANCESCA GALLEGOS GEREVASI

Como requisito para la obtención del título de

ABOGADA

QUITO, ABRIL DE 2009



## **DECLARACIÓN JURAMENTADA**

Yo, Paola Francesca Gallegos Gerevasi, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido previamente presentado para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

.....

Paola Gallegos Gerevasi

## **DECLARATORIA**

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado

### **LA INICIATIVA DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN LOS PROCEDIMIENTOS CIVILES**

Realizado por la alumna

**PAOLA FRANCESCA GALLEGOS GEREVASI**

Como requisito para la obtención del título de

**ABOGADA**

ha sido dirigido por el profesor

**Dr. JAIME ESPINOZA CABRERA**

quien considera que constituye un trabajo original de su autor.

.....  
**DR. JAIME ESPINOZA CABRERA**

**Director**

Las profesoras informantes

Dra. Ana Intriago

Dra. Lorena Naranjo

Después de revisar el trabajo escrito presentado,  
lo han calificado como apto para su defensa oral ante el tribunal examinador.

.....  
DRA. ANA INTRIAGO

.....  
DRA. LORENA NARANJO

Quito, a 03 de abril de 2009

## **AGRADECIMIENTOS**

Más allá de sentir el orgullo personal y los beneficios de un nuevo logro alcanzado, no existe sensación más perfecta que la de compartir estos pequeños primeros méritos junto a las personas que en realidad son las responsables, los mentores, los guías absolutos de cada paso dado a lo largo de mi carrera y en general, de mi vida.

Ambos, pilares de mi universo, ejemplo único y supremo de esfuerzo, dedicación, sacrificio y espíritu; mi inspiración, mi fuente de paz y de coraje; gracias papitos por inculcarme el valor de mi palabra, de mi nombre, por la honorabilidad de los apellidos que con orgullo llevo, por no dejarme caer jamás.

Finalmente, gracias a mi hermana Daniela, su profesionalismo, su ejemplo de superación junto con su cariño y apoyo constantes son sólo algunas de las cualidades de una admirable mujer. Y por último, para ti mi Pippo, mi ángel desde el día en el que naciste. Tú mi hermanito menor eres el ejemplo más grande de valentía que pueda existir. Te la dedico a ti teniendo la seguridad de que algún día no muy lejano tú me dedicarás la tuya.

Para ustedes, con todo el amor del mundo.

## **RESUMEN EJECUTIVO EN ESPAÑOL Y EN INGLÉS**

La distribución de la carga de la prueba de las partes es uno de los momentos más importantes de la etapa de probatoria del proceso considerando, en primer lugar que, el onus probandi representa a la necesidad de probar para vencer, en segundo lugar, que es una situación jurídica instituida en la ley que consiste en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia perjudicial para él y, en tercer lugar, que es la potestad y deber del juez para esclarecer oficiosamente la realidad fáctica en litigio, para garantizar de esta manera que sus decisiones de fondo sean adoptadas en forma justa. Esto sumado a la necesidad de implementar al sistema oral, a la carga de la prueba dinámica y a las audiencias como los pilares del proceso civil.

The distribution of the burden of the proof is one of the most important moments of the proving stage considering the different characteristics it provides to this phase. From one point of view, the onus probandi represents the need to prove in order to achieve success in the trial, but from another, it consists in the demand of a conduct established in the law to benefit the parties by providing them with a new opportunity to present more and better proves. Finally, a third aspect of the onus probandi relies on the fact that it's the judge's duty to clear the reality of the conflict in order to guarantee the fairness and legitimacy of his decision, and when the proves presented don't satisfy his conviction and certainty, he'll find himself in the obligation to obtain truthful and accurate new ways of proving from the parties. This complemented with the necessity of incorporating the oral system, the dynamic burden of the proof and audiences to our process.

## **ÍNDICE**

	<b>Pág.</b>
<b><u>CAPÍTULO I</u></b>	
<b><u>CARGA DE LA PRUEBA</u></b>	13
<b><u>1.1 CONCEPTO Y CARACTERES ESENCIALES</u></b>	13
<b><u>1.1.1 REGLAS SOBRE EL ONUS PROBANDI</u></b>	
<b><u>EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA</u></b>	26
<b><u>1.2 LA OBLIGACIÓN DE PROBAR</u></b>	30
<b><u>CAPÍTULO II</u></b>	
<b><u>PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA</u></b>	32
<b><u>2.1 INICIO DE LA ETAPA PROBATORIA</u></b>	32
<b><u>2.2 MOMENTO PROCESAL Y FORMA PARA LA</u></b>	
<b><u>PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA</u></b>	35
<b><u>CAPÍTULO III</u></b>	
<b><u>INICIATIVA DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA</u></b>	39
<b><u>3.1 RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA</u></b>	
<b><u>ACTIVIDAD PROCESAL PROBATORIA</u></b>	39
<b><u>3.2 PRUEBA PROPUESTA POR LAS PARTES</u></b>	
<b><u>PROCESALES</u></b>	44
<b><u>CAPÍTULO IV</u></b>	
<b><u>ASPECTOS RELEVANTES DERIVADOS DE</u></b>	
<b><u>LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 118 DEL</u></b>	
<b><u>CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL</u></b>	52



<u>4.1 SUGERENCIA PROBATORIA DE OFICIO</u>	52
<u>4.2 INTENCIÓN JUDICIAL EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA</u>	57
 <b><u>CAPÍTULO V</u></b>	
<b><u>LA ORALIDAD EN LOS JUICIOS CIVILES JUNTO CON NUEVAS TEORÍAS APLICABLES AL MOMENTO PROBATORIO</u></b>	59
 <u>5.1 RELEVANCIA DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA ORAL</u>	59
<u>5.1.1 ANÁLISIS DEL PROYECTO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL</u>	65
<u>5.2 CARGA DE LA PRUEBA DINÁMICA</u>	70
<u>5.3 ESTABLECIMIENTO Y APLICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN JUDICIAL DE ADVERTIR A LAS PARTES SOBRE LA INSUFICIENCIA PROBATORIA</u>	78
 <b><u>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</u></b>	80
 <u>CONCLUSIONES</u>	80
<u>RECOMENDACIONES</u>	83
 <b><u>BIBLIOGRAFÍA</u></b>	86
 <b><u>BIBLIOGRAFÍA LEGAL</u></b>	89
 <b><u>ANEXOS</u></b>	90

## LISTA DE ANEXOS

### CARGA DE LA PRUEBA

- Sentencia del Juicio No. 350-07, Corte Suprema de Justicia, Sala Especializada de Conjuces de lo Contencioso y Administrativo.
- Sentencia del Juicio No. 11786, Primera Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso y Administrativo.

### JURISPRUDENCIA

(FIEL MAGISTER 7.2)

- 17-XI-98 (Expediente No. 723-98, Primera Sala, R.O. 103, 7-I-99).

### CARGA DE LA PRUEBA DINÁMICA

(PEYRANO, Jorge W. "Cargas Probatorias Dinámicas", Rubinzal–Culzoni Editores, 1era Ed., Santa Fe, 2004)

- C2CCom. de Paraná, sala I, 10-9-97, "Clínica Modelo SA y otros c/Elmeco Ingeniería SAIC y otros s/Sumario por cobro de pesos", *Zeus* 76-J-369.
- CNCiv., sala J, 18-10-99, "Alomar, Walter I. e/Aval de Schiavon, Mónica L", L. L. 2000-A, O (42.381-S).
- CNCom., sala A, 20-9-96, "Schwabe Jurss y Cía. SA c/Propale SA", L. L. 1997-C-509.
- CNAT, sala II, 26-3-96, "Dati Modernel e/Cándara y Hnos. Soc. Colectiva, Miguel", D. J. 1996-2-918, D. I. 1996-B-1/95.
- CNCom., sala B, 23-2-99, "Banco de Galicia y Buenos Aires c/l. H., P. M. y otros", L. L. 1999-1-17, D. J. 1999-3-840.
- C2CCom. de Paraná, 1 3-1 0-98, "Clari de Antonini, Edelmira O e/Banco de Entre Ríos SA", L. L. Litoral 2000-89.
- C1aCCom. de Mar del Plata, sala 1,2-9-98, "F. J. C. I., suc.", L. L. Buenos Aires 1999-492.

- CNCom., sala A, 18-4-97, "Banco de la Ciudad de Buenos Aires c/Farías, Ángel A.", L. L. 1998-C-55.
- CNCom., sala A, 30-9-96, "Frinca SRL c/Arinda de Viola, Aurora", L. L. 1997-A-356 (39.216-S), D. J. 1997-1-954.
- C2aCCom. de Paraná, sala II, 25-8-97, "Consorcio de Propietarios Santa Fe 588/596 c/Dantá Rizzieve Pitón SA y otra", L. L. 1998-F-888 (41.105-S), L. L. Litoral 1998-2-261.
- CCCMPaz y Trib. N° 4 de Mendoza, 4-5-99 (Interlocutorio), "D'Albora, Walter c/HSBC Banco Roberts SA y otros /Acción de amparo", mags.: Sarmiento García, Bernal y González.
- CSJN, 17-3-98, "Sergi Vinciguerra, Antonio c/BCKA^t australes".
- S CAN 2 de Trelew (Chubut), 29-2-2000, "Castillo. José Héctor, en autos 'Cattáneo, Juan Carlos c/Sorroche, Ricardo s/Despido' Tercería de dominio".
- CCOOO1 de Neuquén, 12-9-95, "González, Carlos F. = Julio M. s/Ordinario", mags. votantes: Savariano (SE del Carril).
- CCCMPaz y Trib. N° 2 de Mendoza, 19-5-95, fallo 951940189 (Interlocutorio), "Banco Crédito Argentino c/Mónica Cañadas y otro s/Cobro de pesos", mags.: Marzari, Caso y Várela.
- CSJN, 14-12-99, "Denenberg, Roberto e/Buenos Aires, Provincia de s/Cobro de pesos", *Fallos*: 322:310, ref.: Daños y perjuicios. Carga de la prueba. Mayoría: Nazareno, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López, Bossert. Disidencia: Moliné O'Connor, Vázquez. Abstención: Fayt.

## **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo de investigación contempla la concepción, tanto doctrinaria como de nuestra legislación nacional, del tema de la carga probatoria de las partes, enfocándose en temas centrales como antecedentes, conceptos, diversas teorías sobre su apropiado funcionamiento, características, entre otros; con el objetivo de determinar la forma de distribución de la carga probatoria de las partes, la del juez y las reglas aplicables al juicio concreto. Por otro lado se busca analizar la forma, momento y efectos de la proposición de las pruebas, así como también el régimen constitucional que estructura las facultades probatorias de los intervinientes en el proceso, en especial en lo referente a la garantía del debido proceso. Se suma el tema de las pruebas de oficio, la aplicación del artículo 118 del Código de Procedimiento Civil por parte del juez, así como su intención al momento de dictar sentencia. Los capítulos finales versan sobre la implementación de nuevos métodos y sistemas jurídicos tales como la oralidad en los juicios civiles, las audiencias como pilares del juicio, en especial del momento probatorio, la aplicación de la distribución de la carga de la prueba dinámica; capítulos en los que se observarán aportes de derecho comparado, vale la pena decir, que guardan estrecha relación con nuestra normativa.

# CAPÍTULO I

## CARGA DE LA PRUEBA

### 1.1 CONCEPTO Y CARACTERES ESENCIALES

La prueba, “la demostración de un hecho del cual se deriva el derecho que se pretende, no constituye propiamente una obligación sino una **necesidad práctica**, una carga, un peso”<sup>1</sup>; carga que se traduce en la situación en la que se halla una persona (el litigante o interesado) que sostiene un hecho o reclama un derecho, debiendo probar la existencia del uno o del otro, es decir, la existencia del fundamento de su pretensión.

Teniendo claro que la carga de la prueba es la oportunidad probatoria otorgada a las partes para satisfacer la convicción del juez respecto de sus afirmaciones, debemos enfocarnos en la importancia que dicha situación tiene en nuestra legislación; iniciando por señalar que la base jurídica sobre la que la legislación ecuatoriana fundamenta tanto la definición como el alcance de la carga de la prueba u *onus probandi*, se halla prevista en la Sección 7º del Título I, Libro II del Código de Procedimiento Civil.

La normativa establecida por el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil en la que se señala que “es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo”; así como aquella del artículo 114 ibídem que determina que “cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley”; son reglas del legislador que más bien se han transformado en principios a los que podríamos calificar de generales, ya que la gran mayoría de legislaciones comparten y defienden el mismo parecer.

---

<sup>1</sup> ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio, “Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General”, Tomo II, 6ta edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pág. 420.

Tomando en cuenta lo trascendental que resulta ser la distribución del *onus probandi* no sólo durante la etapa probatoria, sino a lo largo del proceso, y en especial al momento de dictarse una sentencia, es posible sostener que la normativa con la que cuentan nuestros jueces no logra satisfacer las necesidades legales que continuamente surgen en esta fase.

Por ende, la problemática a tratarse se centra en que el tema del *onus probandi* no se halla debidamente descrito y detallado en nuestra legislación; en otras palabras, la gran cantidad de situaciones que pueden producirse en esta fundamental etapa no cuentan con un respaldo o una descripción en un código específico, motivo por el que han sido los tratadistas y la doctrina los encargados de explorar, investigar y en definitiva, regir al campo del *onus probandi* a través de sus aportes.

No por esto queremos decir que las contribuciones doctrinarias sean insuficientes, al contrario, es gracias a estos aportes que nuestros jueces logran sustentar sus criterios al momento de distribuir el *onus probandi* cuando las pruebas aportadas por las partes no alcanzan su pleno convencimiento.

De tal manera queda claro que lo que se pretende es la inclusión y debida regulación del tema de la carga de la prueba supeditado a un proceso oral estrechamente vinculado con nuevas corrientes doctrinarias que faciliten la apreciación y entendimiento del significado del *onus probandi*; la realización de una normativa completa que proteja los intereses de las partes y que facilite y promueva la intervención del juez a lo largo de toda la fase probatoria.

Antes de adentrarnos en el análisis de la problemática planteada, es necesario acotar definiciones más completas de la mencionada carga de la prueba, así como centrarnos en sus antecedentes, evolución y diversas acepciones doctrinarias.

Iniciaré mencionando que la frase carga de la prueba tiene sus orígenes en la expresión latina *onus probandi*, principio jurídico que desde su temprana aplicación señalaba quién tenía la obligación de probar un determinado hecho ante los tribunales.

El fundamento del *onus probandi* radica en un antiguo aforismo del derecho que expresa que lo normal se presume, lo anormal debe probarse; y de acuerdo con esta apreciación, quien alegaba algo que alterara el estado de normalidad y continuidad debía cargar con el peso de demostrarlo, sujetándose claramente al principio *affirmanti incumbit probatio*, es decir, a quien afirma incumbe la prueba.

Constituía un principio invariable el que las partes tienen la carga de aportar la prueba de sus afirmaciones o, en caso contrario, soportar las consecuencias de omitir ese imperativo del propio interés. Con estos antecedentes es lógico concluir que durante mucho tiempo la carga de la prueba se caracterizó por ser un principio pacífico en materia procesal.

En palabras del Doctor Benigno Cabrera Acosta: “a través de la carga de la prueba se determina a cuál de las partes se dirige el requerimiento de proponer, preparar y suministrar las pruebas en el proceso... si las dos partes, actor y demandado, aportan al proceso toda la prueba y con base a ella se logra formar la convicción del juez, sin que reste ningún hecho dudoso, no existe interés práctico en determinar a cuál de ellas corresponderá la carga de la prueba”<sup>2</sup>.

Considerando la existencia de algunos vacíos legales dentro de la materia analizada, la doctrina se enfocó en la naturaleza de los hechos que deben ser objeto de la prueba, clasificándolos en constitutivos, impeditivos y extintivos, con el fin de proveer a las partes tanto de directrices suficientes para evitar que se sujeten a interpretaciones erradas, como de conceptos más concretos dirigidos a la labor de cada parte según su rol dentro del litigio. Chiovenda lo explica de la siguiente manera: “el actor debe probar los hechos constitutivos, esto es, aquellos que normalmente producen determinados efectos jurídicos; el demandado debe probar los hechos impeditivos, que impiden a éstos producir el efecto jurídico que les es propio. Igualmente, corresponde al demandado probar los hechos

---

<sup>2</sup> CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto, “Teoría General del Proceso y de la Prueba”, 6ta. Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, pág. 369.

extintivos, como el cumplimiento de su obligación (el actor no necesita probar la omisión del cumplimiento)”<sup>3</sup>.

Otro simpatizante de este método de distribución del *onus probandi* es Carnelutti, quien sostiene que, “quien propone una pretensión en juicio debe probar los hechos que la sustenten, y quien opone por su parte una excepción debe probar los hechos de que resulta; en otros términos: quien pretende debe probar el hecho o hechos constitutivos, y quien excepciona, el hecho o hechos extintivos, así como la condición o condiciones impeditivas (del hecho constitutivo)”<sup>4</sup>.

Con esto tenemos que, son hechos constitutivos aquellos que representan el hecho esencial, específico de la pretensión del actor; por ejemplo, el hecho específico dentro de un contrato de compraventa es su celebración. Los hechos impeditivos son aquellos que involucran la ausencia de requisitos generales o exigencias de ley; dentro del ejemplo dado con anterioridad, hechos impeditivos serían la existencia de vicios del consentimiento o la incapacidad de las partes. Y por último, los hechos extintivos que, siguiendo con el ejemplo, vendrían a ser el pago del precio o la entrega de la cosa. Es indispensable señalar que los hechos impeditivos o extintivos serán probados por el actor toda vez que éstos constituyan el fundamento de su pretensión.

En conclusión, es posible argumentar que cada parte debe aportar y soportar la carga de la prueba de los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende; es decir, debe probar el presupuesto del hecho de la norma que invoca para fundamentar su pretensión, defensa o excepción.

Es gracias a la evolución doctrinal y al desarrollo de nuevas teorías superadoras de los principios tradicionales que el *onus probandi* se convierte en la necesidad de probar para vencer. Vale la pena mencionar que, toda vez que el proceso se halla regido por el principio dispositivo, la actividad de las partes, así como su nivel de participación, resultan

---

<sup>3</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, Tomo III, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, págs. 100-101-102-108.

<sup>4</sup> CARNELUTTI, Francesco, “Lezioni di Diritto Processuale Civile”, Tomo II, Edit. Arayú, Buenos Aires, 1955, pág. 219.



sumamente importantes para la suerte de sus pretensiones o defensas al considerar que toda la iniciativa probatoria radica en la intervención de las partes procesales.

Nuestros jueces no pueden dejar de cumplir su deber de juzgar ni por silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, ni por escasez o ausencia de prueba respecto de los hechos esenciales de la causa. Es decir, “frente a hechos dudosos o simplemente no probados, el juez, aún así, debe llegar a toda costa a una certeza oficial, a cuyo fin dictará sentencia teniendo como inexistentes los hechos afirmados por la parte que tenía la carga de probar, esto es, de la parte que según su posición en el pleito debió justificar sus afirmaciones y, sin embargo, no llegó a formar la convicción del juez”<sup>5</sup>.

Tras evidenciar la compleja y profunda magnitud del concepto de la carga de la prueba dentro del proceso, han sido varios los juristas que han tratado de enmarcar las principales características de esta regla procesal en tanto en cuanto la han reconocido como una medida imprescindible de bienestar y proporcionalidad jurídica, como una condición *sine qua non* de una buena administración de justicia.

Las principales características atribuidas a esta distribución de la obligación de probar son:

- a) Es parte esencial de la teoría general de la aplicación del derecho ya que “faculta al juez con el poder de decidir sobre la actuación del derecho sustancial al surgir insuficiencia probatoria”<sup>6</sup>.
- b) Es una regla general para toda clase de procesos, ya sea que se rijan por el principio dispositivo o por el inquisitivo.
- c) Su contenido versa sobre dos puntos claves, primero, en la regla que permite que el juez decida y regule la falta de prueba o certeza sobre los hechos y, segundo, en la

---

<sup>5</sup> MIDÓN, Marcelo Sebastián, “Derecho Probatorio: Parte General”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2007, pág. 128.

<sup>6</sup> ROSEMBERG, Leo, “La Carga de la Prueba”, Ed. Egea, Buenos Aires, 1956. pág. 11.

distribución de la carga probatoria en busca de la oportunidad de exposición y defensa de las partes.

- d) No se limita a determinar quién debe soportar la prueba, sino a quién le ha de corresponder el riesgo y el perjuicio de que no se la practique con la debida oportunidad.
- e) Su influencia es tal que su adecuado o inapropiado manejo se aprecia de forma evidente a lo largo de todo el proceso, principalmente, en el momento en el que el juez emite su fallo “porque su fin primordial es permitirle al juez resolver sobre la litis cuando la prueba no otorga la necesaria certeza”<sup>7</sup>.
- f) La carga adquiere las cualidades de actual y efectiva sólo si la verdad de los hechos aseverada por una de las partes es impugnada, ya que, caso contrario, el admitir o no impugnar las pruebas presentadas por la contraparte la conducirían a un relevo de la carga de la prueba a favor del actor.
- g) El distribuir los puntos a probarse dentro del juicio es una circunstancia que trasciende más allá de la actividad probatoria de las partes ya que afecta directamente al convencimiento y a la sana crítica del juez encargado de resolver el litigio.

Tomando como base a las teorías de numerosos doctrinarios del tema, es posible concluir que los principales métodos y criterios de distribución de la carga de la prueba al momento de iniciarse la etapa probatoria son:

- 1) Tesis que impone al actor la carga de probar

El origen de esta tesis se remonta al Derecho Romano y a lo que conocemos como las máximas romanas que son: *onus probandi incumbit actori, necessitas probandi incumbit ei qui agit, actore non probante reus est absolvendus, reus in excipiendo*

---

<sup>7</sup> CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto, “Teoría General del Proceso y de la Prueba”, obra citada, pág. 370.

*actor est*, preceptos que en definitiva, no hacen más que sostener que cada parte debe acreditar su propia *intentio*, pero incurre en un grave error al exigir del demandante la prueba de todos los hechos positivos y negativos en los que basa su pretensión ya que, implícitamente se le estaría exigiendo también que pruebe la ausencia de hechos extintivos e impeditivos, atacando así, la apropiada y justa distribución de la carga de la prueba entre demandante y demandado. Por otro lado, la misma la doctrina la ha desvirtuado considerando que “son reglas particulares cuya función era la de resolver casos concretos en los que las pruebas decisivas habían arrojado un resultado insatisfactorio; quizás por tratarse de reglas destinadas a resolver casos particulares, sin vocación alguna de generalidad, su aplicación con este carácter plantea importantes problemas”<sup>8</sup>.

## 2) Imposición de la prueba a quien afirma y que exime de ella a quien la niega

Esta teoría, también surgida de una máxima romana: *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat, affirmanti non neganti incumbit probatio* o *negativa non sunt probanda*, alega que la distribución debe basarse en el objeto de la prueba que la niegue o afirme, sin tomar en cuenta que es posible negar la existencia de un hecho así como afirmar su inexistencia, es decir que estamos ante una circunstancia que versa exclusivamente sobre una forma de redacción. Por otro lado, olvida que no todo hecho afirmado debe necesariamente ser probado, tal como sucede con los hechos que se presumen, los notorios y los indefinidos.

En palabras de Mercedes López, respecto a los hechos negativos, “la doctrina sostenía que éstos no podían ser probados, de modo que atribuir la carga de su prueba a una de las partes suponía situarle ante una *probatio diabólica* a la que no podría hacer frente”<sup>9</sup>. No obstante, parte de dicha doctrina ha puesto de manifiesto que, en realidad, algunos hechos negativos son la contrapartida de un hecho positivo: no hace falta más que transformar la negación en una afirmación para ver

---

<sup>8</sup> LÓPEZ F., Mercedes, “La Carga de la Prueba en la Práctica Judicial Civil”, Editorial La Ley, 2006, pág. 88.

<sup>9</sup> LÓPEZ F., Mercedes, “La Carga de la Prueba en la Práctica Judicial Civil”, obra citada, pág. 90.

que, efectivamente, los hechos negativos pueden ser probados en su vertiente positiva.

Es por esto que la gran mayoría de expertos en la materia como Lessona, Bethman y Carnelutti dejan a un lado a la teoría de afirmación o negación y optan por inclinarse a otras condiciones del hecho para determinar los criterios a los que se sujetará la repartición de la actividad probatoria.

- 3) Teoría que exige al demandante probar los hechos en que se basan sus pretensiones y al demandado los fundamentos de sus excepciones

Francisco Ricci, mediante su obra Tratado de las Pruebas, es uno de los principales defensores de esta teoría en la que explica: “quien quiera que sienta como base de su demanda o excepción la afirmación o la negación de un hecho, está obligado a suministrar la prueba de la existencia o la no existencia del hecho, toda vez que, sin esta demostración, la demanda o la excepción no resulta fundada y el juez no puede admitir demandas o excepciones infundadas”<sup>10</sup>

La doctrina caracteriza a esta teoría por ser un tanto repetitiva y hasta débil, dado que no especifica ni aporta materia alguna que aclare las cualidades de los hechos, ni tampoco determina quién posee la obligación de probarlos.

- 4) Teoría de lo normal y de lo anormal

Corriente defendida por Lessona y Fitting quienes sostienen que la carga recae sobre quien alega un hecho anormal, dado que los hechos normales se presumen; sin embargo, el tema de la normalidad posee tintes subjetivos cuyos efectos desembocan en una continua situación de múltiples variaciones de índole política, económica y social. A pesar de no representar una teoría constante y de aplicación general, en la práctica significó un avance bastante considerable al afirmar que

---

<sup>10</sup> RICCI, Francisco, “Tratado de las Pruebas”, Tomo I, Edit. La España Moderna, Madrid, pág. 88.

existen hechos exentos de prueba, desvirtuando así a la tesis medular de los hechos afirmativos y negativos.

5) Imposición de la carga probatoria a quien pretenda innovar

Doctrinarios como Claro Solar<sup>11</sup>, Alizante Noreña<sup>12</sup>, Rodríguez y Peña<sup>13</sup>, determinan que el acto de innovar implica la modificación o alteración de la normalidad, es decir que la carga de la prueba será atribuida a quien afirme una situación que innove o niegue el hecho que se tiene como existente. En pocas palabras, el alegar un hecho nuevo, contrario a la pretensión de la contraparte, conlleva la carga de probarlo.

Esta es una doctrina criticada por su semejanza con la teoría de lo normal y lo anormal y más aún por no exponer un criterio cuya aplicabilidad sea eminentemente general.

6) La carga según la naturaleza constitutiva, extintiva o impeditiva de los hechos

Tesis defendida por Chiovenda<sup>14</sup> que busca determinar qué hechos debe probar cada parte, estableciendo que al actor le compete probar todo hecho constitutivo, es decir, aquellos que producen efectos jurídicos específicos, y al demandado los impeditivos y extintivos ya descritos con anterioridad.

Al respecto de esta teoría, vale la pena mencionar que, a pesar de proveer mayor facilidad al momento de distribuir la carga probatoria, no es posible darle la característica de general en razón de que no contempla ni resuelve la gran cantidad de situaciones aleatorias que no encajan en el rígido esquema planteado.

---

<sup>11</sup> CLARO S., Luis, “Explicaciones de Derecho Civil”, Santiago de Chile, 1939, pág. 660.

<sup>12</sup> ALZATE NOREÑA, “Pruebas Judiciales”, Librería Siglo XX, Bogotá, 1944, pág. 100.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ y PEÑA, “Derecho Procesal Civil”, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1956, pág. 64.

<sup>14</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, “Instituciones del Derecho Procesal”, Tomo III, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, págs. 457-458.

Para fundamentarlo con más claridad, el asignar como un principio general la carga de la prueba de los hechos constitutivos exclusivamente al actor y los impositivos y extintivos al demandado, es un gravísimo error que obviamente se desvía de su objetivo esencial, la generalidad, y al contrario incurre en una seria limitación a la prueba de las pretensiones de las partes.

- 7) Tesis que impone a cada parte la obligación de probar los hechos de la norma jurídica que les sea favorable

Esta teoría defendida por Leo Rosenberg<sup>15</sup> explica que es indispensable considerar la posición que el hecho ocupa en relación con el fin jurídico perseguido por cada parte, es decir, con la norma legal que lo contempla como presupuesto de su aplicación, entendiéndose a manera de regla general que quien resulte favorecido por la norma que consagra el fin jurídico que persigue, es quien deberá probar tal hecho; no obstante es objeto de varias críticas, sobre todo por su falta de exactitud, dado que la carga no puede ni debe basarse solamente en una serie infinita de preceptos jurídicos; sería mucho más apropiado referirse a la posición de las partes respecto del efecto jurídico que la norma produciría.

- 8) Distribución de acuerdo a la posición de las partes respecto del efecto jurídico perseguido

Esta teoría de Gian Antonio Micheli, bastante similar a la expuesta anteriormente, pretende distribuir la carga de la prueba basándose en la posición ocupada por la parte respecto del efecto jurídico perseguido, entendiéndose que, el recurrir a la norma sustancial es indispensable para efectos de entender y asumir la carga de la prueba.

De acuerdo al autor, la distribución de la carga implica que ésta será impuesta a quien pretenda deducir del hecho un efecto jurídico; en sus propias palabras: “las consecuencias de la falta de prueba serán distribuidas teniendo en cuenta el

---

<sup>15</sup> ROSENBERG, Leo, “Tratado de Derecho Procesal Civil”, Tomo II, Edit. Ejea, Buenos Aires, 1955, pág. 228.

interés en demostrar determinados hechos, que son presupuestos para la aplicación de la norma invocada, a fin de conseguir cierto efecto”.<sup>16</sup>

Tras este corto análisis es necesario, por un lado, desvirtuar posturas que, como hemos podido apreciar, obstruyen la apropiada defensa de las partes durante el transcurso del proceso y dificultan la labor del juez al momento de valorar su desenvolvimiento probatorio, y por otro, establecer un concepto completo que abarque la unión de teorías justas que propendan al bienestar jurídico de todas las partes que participen y tengan interés en el pleito.

Los puntos a considerarse para consagrar una regla general sobre la materia analizada son:

- El origen de la problemática que rodea a la carga de la prueba surge frente a la ausencia de elementos de juicio susceptibles de fundar la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes. “Si no existiera esta regla de juicio que faculta al juez para evitar el *non liquet* cuando falte la prueba, sería muy frecuente el fracaso del proceso y la consiguiente pérdida de tiempo y dinero”<sup>17</sup>.
- Se debe tomar en cuenta no sólo la posición procesal de las partes y al hecho objeto de la prueba, sino también al efecto jurídico perseguido relacionado con la norma jurídica que debe aplicarse.
- Se requiere la alegación del hecho para que se transforme en fundamento de la sentencia, en caso de ser probado adecuadamente, pero no determina a quien le corresponde probarlo.
- Tanto al demandante como al demandado les corresponde probar las pretensiones o hechos previstos en la norma que invoquen o que les favorezca.

---

<sup>16</sup> MICHELI, Gian Antonio, “La carga de la prueba”, Edit. Ejea, Buenos Aires, 1961, pág. 71.

<sup>17</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Teoría General de la Prueba Judicial”, Tomo I, 3ra edición, Edit. Fidenter, 1974. pág. 450.

- Bajo ningún concepto la distribución de la carga de la prueba puede causar la indefensión de una de las partes.
- Las reglas de distribución a seguirse deben adaptarse a cada caso concreto y a los intereses que están en juego en el proceso.
- El rol del juez es determinante dado que, al no contar con un debido aporte probatorio de las partes, será él el encargado de dividir responsabilidades y obligaciones probatorias entre ellas.

Ahora si es posible afirmar que la carga procesal debe entenderse en primer lugar, “como una situación jurídica instituida en la Ley que consiste en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia perjudicial para él”<sup>18</sup>; y, excepcionalmente, como la potestad y deber del juez para esclarecer oficiosamente la realidad fáctica en litigio, para garantizar de esa manera que sus decisiones de fondo sean adoptadas en forma justa; resultando así que la labor del juez no puede limitarse a la simple aplicación de leyes ante un material probatorio carente de sustento, sin posibilidad alguna de buscar formas alternativas, contempladas en la Ley, que lo provean de pruebas oportunas para adquirir el grado de convicción necesario para resolver el litigio.

El énfasis realizado en la frase: contempladas en la Ley, es consecuencia de uno de los preceptos más importantes del Derecho Procesal: lo que no está en el proceso no está en el mundo; por ende, cualquier método o propuesta alternativa, en caso de surgir insuficiencia probatoria, debe encontrarse vigente, aceptada y sustentada en la legislación.

Al hablar del esclarecimiento de oficio de la realidad fáctica en litigio es necesario mencionar que nuestra legislación permite y respalda dicha intervención del juez, excepto en el ámbito de la declaración de testigos, a través del artículo 118 del Código de Procedimiento Civil que señala: “Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que

---

<sup>18</sup> COUTURE, Eduardo, “Estudios de Derecho Procesal Civil”, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1948-1950, págs. 208 y 209.



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”; artículo del que se realizará un análisis posteriormente.

El juez tiene pues, que precautelar la realización de la Justicia como fin esencial del Derecho.

En conclusión, la carga de la prueba es, en otras palabras, la obligación que tienen los actores procesales para que, a lo largo del juicio, el juez se nutra de elementos que lo lleven a formar su convicción.

### 1.1.1 REGLAS SOBRE EL ONUS PROBANDI EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Una vez que hemos ahondado en la evolución doctrinal del *onus probandi*, debemos situarnos en el marco legal que la legislación ecuatoriana le brinda a la distribución de la carga procesal, iniciando por señalar que nuestra legislación se caracteriza por ser bastante determinante y privativa en la regulación del tema planteado, considerando, como ya se acotó previamente, que la normativa y explicaciones dedicadas al tema son sólo una recopilación de una doctrina antigua que actualmente, tras años de esfuerzo y el surgimiento de nuevas teorías junto con el importantísimo tema de la aplicación de la oralidad a los procesos, ha consagrado nuevas y más eficaces formas de distribuir la carga probatoria en beneficio de las partes procesales; nuevos fundamentos que buscan descongestionar al mundo del Derecho cuyo objeto es la desformalización de un procedimiento que se estanca en meros trámites que no hacen más que obstruir la celeridad y economía procesal tanto de las partes como del litigio en sí.

Es posible afirmar que son tres los principios que nuestra legislación ha adoptado de la doctrina general, principios, vale la pena decir, en torno a los que gira la actividad probatoria de las partes, estos son:

#### ***ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI***

Principio que sostiene que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en los que funda su acción; esto concuerda perfectamente con lo señalado por el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil al sostener que “es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio...”; quedando claro así que la actuación del actor o demandante dentro del proceso constituye el primer peldaño que da inicio a la etapa probatoria toda vez que sus afirmaciones son el instrumento en el que tanto él como el resto de partes procesales basarán sus excepciones, futuras pruebas y resoluciones.

### ***REUS, IN EXCIPIENDO, FIT ACTOR***

Principio que establece que el momento en el que el demandado se excepciona o se defiende, se convierte en demandante al tener que probar los hechos, afirmaciones o negaciones en los que fundamenta su defensa; principio que claramente coincide con lo dispuesto por el artículo 114 del cuerpo legal citado, norma que determina que “cada parte está obligada a probar los hechos que alega...”; y también con el artículo 113 toda vez que se establece que “el reo deberá probar su negativa si contiene afirmación implícita o explícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada”.

Entendiéndose en consecuencia que la respuesta que el demandado exponga ante los fundamentos de la demanda entablada en su contra, será el factor que decidirá si adquiere la obligación de probar o no, y más allá, sobre qué hechos le corresponde la carga probatoria.

### ***ACTORE NON PROBANTE, REUS ABSOLVITUR***

De acuerdo a este principio, el demandado será absuelto de los cargos o de la acción del demandante si éste no logra probar los hechos constitutivos de su demanda. El artículo 113 contempla la posibilidad de que “el demandado no estará obligado a producir pruebas en caso de que su contestación sea simple o absolutamente negativa”, de darse esta circunstancia, la carga probatoria recaerá única y exclusivamente sobre el demandante, quien, de no poder proporcionar oportunamente las pruebas suficientes y necesarias para el pleno convencimiento del juez, sufrirá las consecuencias pertinentes de una demanda sin fundamentos.

Una vez examinados los más sobresalientes principios sobre los que nuestra legislación propone la distribución de la carga de la prueba, es pertinente resumir el contenido normativo que el Derecho Procesal Civil ecuatoriano emplea de forma concreta. Como ya ha sido enunciado, el actor está obligado a probar todo hecho que haya propuesto de forma afirmativa en la demanda siempre que el demandado lo haya negado en su contestación, sin que éste último, en ningún momento haya realizado una afirmación sobre las pretensiones primeramente expuestas; de lo contrario el demandado se verá en la

obligación, que más allá de ser una obligación, es la facultad concedida por la Ley para desvirtuar, restar trascendencia e impedir los efectos negativos que le puedan producir las exposiciones del actor.

Claramente se distingue que la actuación inicial de las partes se basa en el derecho de réplica y en el exhaustivo ejercicio de la contradicción que estipula que “para que una prueba sea válida se requiere que haya sido producida con una audiencia o intervención de la parte contraria, de modo que ésta haya tenido la posibilidad de controlarla y ofrecer su consecuente descargo”<sup>19</sup>.

Tal como lo estipula el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, “la prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la Ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El juez tendrá la obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas”. Esta normativa se hace presente en varios fallos y resoluciones como el que se agrega a continuación:

- 25-I-1995 (Res. 208-94, R.O. 635, 16-II-1995)

*"CUARTO: ... De acuerdo con el principio de la sana crítica para la apreciación de las pruebas que contiene el Art. 115 del C.P.C, el juez tiene la facultad para desestimar una prueba por falta de convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, son reglas del correcto entendimiento humano. De lo dicho se concluye que la Sala de Instancia al rechazar la prueba testimonial por considerarla vaga, imprecisa y referencial, lo único que hizo es justamente aplicar las reglas de la sana crítica en la apreciación de las pruebas según la facultad otorgada a los jueces por nuestra legislación procesal.*

De la misma manera, el artículo 116 ibídem señala que “las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio”. En opinión de Devis Echandía “la pertinencia, idoneidad o conducencia de la prueba representa una limitación al principio de la libertad de la prueba, pero es igualmente necesario, pues significa que el tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y de las partes en esta etapa del proceso no debe

---

<sup>19</sup> MIDÓN, Marcelo Sebastián, obra citada, pág. 57.

perderse en la práctica de medios que por sí mismos o por su contenido no sirvan en absoluto para los fines propuestos y aparezcan claramente improcedentes”<sup>20</sup>.

Siguiendo con el orden secuencial del cuerpo legal, a continuación tenemos al artículo 117 ibídem que determina que “sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio”. Un ejemplo de su aplicación se aprecia en el siguiente fallo:

*-16-VIII-1995 (Res. 44-95, R.O. 799, 11-X-1995)*

*"TERCERO: ... si los testigos que presentó el actor declararon por comisión concediendo el juez término extraordinario de prueba, ante el Comisario de Policía de Playas el 31 de diciembre de 1991, esto es, en tiempo de vacancia judicial, dichas declaraciones están en contra de lo dispuesto en el Art.117 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual, resulta que no hay prueba válida...*

En definitiva, tanto la normativa enunciada como los principios y conceptos de valoración, pertinencia, oportunidad y publicidad de la prueba son los encargados de guiar y regular el tiempo, la forma y el espacio en que se proporcionará al juez las pruebas que interesan a las partes.

---

<sup>20</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Teoría General de la Prueba Judicial”, Tomo I, 4ta ed., Edit. Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín, 1993, Págs. 133 y 134.

## 1.2 LA OBLIGACIÓN DE PROBAR

La mayoría de autores tradicionales defienden, casi de forma unánime, el precepto normativo de que la carga de la prueba es una situación jurídica que versa esencialmente sobre las partes, lo cual resulta bastante lógico dado que tanto la legislación nacional como el principio dispositivo y el de inmediación así lo determinan, siendo las partes aquellas obligadas a solicitar, practicar y evacuar los medios de prueba pertinentes que permitan dar al juez una base razonable para emitir su decisión final.

Tomando conceptos como el de Guasp que sostiene que “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”<sup>21</sup>; o como el de Devis Echandía en el que encontramos que “la prueba es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimiento aceptados por la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza de los hechos”<sup>22</sup>, podemos apreciar que en efecto el actor y el demandado tienen en sus manos la facultad u obligación, desde el punto de vista doctrinario que quiera tomarse, de reunir y dirigir todo medio probatorio relevante hacia la persona del juzgador.

El esfuerzo que las partes realizan con la presentación de la prueba tiende a producir en el juez la convicción de la verdad de sus afirmaciones, y por su parte el juez va adquiriendo el conocimiento de los hechos a medida que aquéllas aportan su prueba. “Es así que de un primer estado de ignorancia que supone la ausencia absoluta de conocimiento, el juez alcanzará un grado de certidumbre respecto a los hechos afirmados por las partes a través de los medios probatorios que se vayan produciendo hasta alcanzar un grado de convicción necesario para fundar su sentencia”<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> GUASP, Jaime, “Derecho Procesal Civil”, Tomo I, 6ta ed., Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pág. 320.

<sup>22</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Tomo II, obra citada, pág. 8.

<sup>23</sup> CABRERA ACOSTA, Benigno, obra citada, págs. 349-350.

Es en este preciso momento que el juez, al considerar que las pruebas aportadas no lograron la verificación pretendida de los hechos, debe aplicar las reglas de distribución de la carga probatoria, lo que se traduce en una nueva oportunidad para que las partes proporcionen piezas probatorias claves dirigidas a una resolución favorable.

Es más, como ya se ha mencionado, el mismo juez, basándose en el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, podrá ordenar pruebas de oficio cuando la pasividad de las partes así lo requiera.

En definitiva, no podemos hablar de un dueño absoluto o de un personaje principal en el evento de la distribución de la carga de la prueba, y menos aún podemos excluir al rol del juez ni restarle importancia a su labor cuando en realidad es él quien maneja, distribuye, valora y resuelve las aportaciones probatorias recibidas.

Tampoco podemos hablar propiamente de una carga probatoria del juez, dado que su carga trasciende los parámetros del proceso y se extiende hacia un deber público y social, pero sí podemos hablar de una responsabilidad probatoria, de una ampliación en las facultades participativas del juez a lo largo del proceso sometido a su resolución, que cada vez se ve más respaldada por el apoyo de nuevas corrientes doctrinarias y de aportes normativos que promueven la continua y personalísima actuación del juez dentro de este tan importante momento procesal.

## CAPÍTULO II

### PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA

#### 2.1 INICIO DE LA ETAPA PROBATORIA

Partiendo de la esencia del principio dispositivo en el que las partes son las encargadas del desarrollo e impulso de todo acto procesal a lo largo del juicio, el inicio de la etapa probatoria en nuestro sistema no es la excepción; la proposición de la prueba nace a raíz de una solicitud escrita de todos los litigantes o al menos uno de ellos para que efectivamente se de inicio al momento probatorio.

Concordando con la opinión de Bonet Navarro, “no puede dejarse la suerte de que se desarrolle la actividad probatoria, sólo dependiendo de una petición concreta de puro carácter formulatorio”<sup>24</sup>. Sin desviarnos del tema, resulta necesario precisar una de las tantas desventajas del sistema escrito que aún empleamos; el hecho de que aún prevalezca y peor aún, se exija la presentación de escritos para llevar adelante la resolución de la causa, es uno más de los ejemplos de por qué nuestro sistema judicial carece de economía procesal y celeridad.

De acuerdo a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, la iniciación de la actividad probatoria no precisa de una petición concreta de las partes, ni por lo tanto, de una resolución del Tribunal en que se otorgue la causa a prueba. Dicho avance procesal se aprecia en el artículo 429.1 *ibídem* que dispone que, “de no haber acuerdo entre las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de pruebas”.

---

<sup>24</sup> NAVARRO, Bonet, “Consideraciones sobre la Fase de Prueba de los Procesos Civiles, en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Ed. Ponencias, Murcia, 1997, pág. 234.



Entendiéndose que el inicio de la actividad probatoria surge de la inexistencia de conformidad de las partes sobre los hechos, desaparece la figura de recibimiento del pleito o causa a prueba, acto procesal que ha sido calificado como un acierto por parte de la doctrina; y en el mismo momento de la audiencia (pilar del sistema procesal oral español) se proponen las pruebas pertinentes. Modelo procesal que definitivamente deberíamos adoptar considerando las similitudes entre nuestra legislación y la española.

En este momento, resulta pertinente mencionar y hacer distinción entre los hechos que efectivamente requieren prueba y aquellos que no, como los hechos presumidos por la Ley, los no litigiosos o no alegados por las partes en el proceso, los confesados o admitidos por la contraparte, los notorios, los evidentes, entre otros.

Partiendo de la definición de Lino Palacio en la que encontramos que, “en principio, sólo los hechos afirmados por los litigantes pueden constituir objeto de prueba”<sup>25</sup>, debemos agregar que tales hechos deben poseer ciertas características esenciales para consolidarse como hechos objeto de prueba, estas características son: que sean controvertidos; es decir, hechos que han sido afirmados por una de las partes y negados o desconocidos por la otra y, que sean conducentes para la decisión de la causa.

Por otro lado, en el tema referente a los hechos exentos de prueba, analizaremos a aquellos cuya utilización es más frecuente, iniciando por los hechos admitidos o confesados que versan sobre la afirmación bilateral de las partes sobre su existencia. “Se trata de una forma especial de confesión judicial espontánea, sin juramento ni coerción alguna en la que no se necesita prueba distinta porque la admisión es suficiente cuando la ley le reconoce ese valor”<sup>26</sup>.

Otro hecho exento de prueba es aquel que constituye materia de cosa juzgada, es decir que los hechos gozan del mismo carácter de definitivo e inmutable de las sentencias ejecutoriadas.

---

<sup>25</sup> PALACIO, Lino Enrique, “Manual de Derecho Procesal Civil”, Tomo I, 4ta ed. actualizada, Edit. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, pág. 428.

<sup>26</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Teoría General de la Prueba”, obra citada, pág. 203.

Finalmente, en lo que concierne a los hechos presumidos debemos señalar que, “cuando un hecho goza de presunción legal, sea que admita o no prueba en contrario, está exento de prueba; distinguiendo que la presunción no es una prueba, sino una dispensa de la misma”<sup>27</sup>. Entendiéndose por lo tanto que el sujeto beneficiado por la presunción legal está dispensado de probar la consecuencia fáctica, es decir, lo que la propia Ley presume cierto.

---

<sup>27</sup> CABRERA ACOSTA, Benigno, obra citada, pág. 362.

## 2.2 MOMENTO PROCESAL Y FORMA PARA LA PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA

Partiendo del hecho de que la finalidad de la prueba es producir convicción en el juez, su forma de proposición requiere la debida aplicación de una estructura concreta y ordenada de las pruebas a solicitarse. De acuerdo a nuestro Código de Procedimiento Civil “las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio”; y, “sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio”.

En palabras de Benigno Cabrera, “proponen la prueba el juez y las partes. Se habla de presentación de la prueba cuando la parte interesada aduce al medio y el juez se limita a admitirlo. La proposición o presentación de la prueba está sujeta a la oportunidad, conducencia del medio y legitimidad del sujeto proponente”<sup>28</sup>.

A lo largo de esta fase rige el principio de aportación de las partes, que son las que otorgan al juzgador el material de hecho necesario para llegar a la sentencia definitiva. Principio que se materializa en el sentido de que las partes no sólo fijan cuáles van a ser las cuestiones sobre las que se solicita se abra la causa a prueba, sino también los medios a utilizar para ello, señalándose el contenido del objeto de la actividad probatoria y los medios concretos para la prueba.

Ahora bien, como conocemos, nuestra legislación estipula términos diferentes para la presentación de pruebas de acuerdo a la índole del juicio que se esté desarrollando, por lo tanto, al hallarse claramente tipificados los términos probatorios a cumplirse, no existe excusa para su falta de presentación una vez fenecido dicho período de tiempo.

---

<sup>28</sup> CABRERA ACOSTA, Benigno, obra citada, pág. 377.

En lo concerniente al tema de la confesión judicial, definida por el artículo 122 del Código de Procedimiento Civil como “la declaración o reconocimiento que hace una persona, contra sí misma, de la verdad de un hecho o de la existencia de un derecho”, debemos mencionar que dada la trascendencia de este medio probatorio, el artículo 126 ibídem estipula que “la confesión sólo podrá pedirse como diligencia preparatoria o, dentro de primera o segunda instancia, antes de vencerse el término de pronunciar sentencia o auto definitivo”; precepto cuya aplicación se aprecia en el siguiente fallo de casación:

- 11-IX-1997 (Res. 538, R.O. 222-S, 24-XII-1997)

*"QUINTO: ... Según el artículo 126 del Código de Procedimiento Civil la confesión sólo podrá pedirse como diligencia preparatoria o, dentro de primera y segunda instancia, antes de vencerse el término de pronunciar sentencia o auto definitivo. A su vez, en el juicio verbal sumario, el Art. 837 ibídem dispone que, concluido el término de prueba, el Juez dictará sentencia dentro de cinco días. Examinados los autos se encuentra que en la audiencia de conciliación diligenciada el 22 de noviembre de 1993, se recibió la causa a prueba por el término de seis días que concluyó el día 30 del mismo mes y año, por lo cual el término para dictar sentencia y solicitar confesión judicial feneció el día 8 de diciembre del mismo año. La solicitud de confesión con el sobre cerrado dentro del cual el solicitante declaró que se contienen las preguntas o posiciones para ser absueltas, fue presentada el 10 de marzo de 1994, y, por consiguiente, extemporáneamente."*

Adentrándonos en un aspecto más práctico de esta etapa procesal, debemos mencionar que uno de los métodos más utilizados para perjudicar a la contraparte al momento de proponer la prueba es la presentación y solicitud de medios probatorios al último momento, en otros términos, **salvar la prueba**, que no es más que un intento por evitar la debida contradicción de la contraparte respecto a la prueba presentada. Acto que, en todo caso, deberá ser juzgado por la sana crítica del juzgador y sobre todo, descartado gracias a la garantía del debido proceso y al principio de contradicción.

Una vez finalizada la fase de proposición de las pruebas, se lleva a cabo lo que es la admisión o, en su defecto, la inadmisión de los medios propuestos, así como el examen de la pertinencia del medio probatorio aportado.

La admisibilidad de la prueba debe ser examinada por el juez en el momento inicial de la actividad probatoria, esto es, cuando provee, ordenando o repeliendo las fuentes

propuestas. “Y se refiere a las condiciones que debe reunir la probanza para que sea posible su ingreso al proceso, cuales son el ofrecimiento oportuno, y la licitud tanto de la prueba en sí como del modo en que ha sido adquirida u obtenida”<sup>29</sup>.

La pertinencia en materia de prueba equivale a lo que la congruencia representa como exigencia de correspondencia entre la pretensión y la decisión: “las pruebas deben guardar relación con la cuestión sometida a proceso, vale decir, debe ceñirse a las afirmaciones contradichas por las partes, y a los hechos sobrevinientes que consoliden o extingan la relación procesal”<sup>30</sup>.

De esta manera la fase probatoria empieza a desarrollarse, pudiendo el juez aportar pruebas de oficio o inadmitir pruebas irrelevantes a la causa, con el fin de, posteriormente, elaborar una valoración adecuada de las pruebas aportadas, que se traduce, en palabras de Devis Echandía, “en que la valoración o apreciación de la prueba judicial es aquella operación que tiene como fin conocer el mérito o valor conviccional que pueda deducirse de su contenido. Se trata de una actividad procesal exclusiva del juez. Es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria”<sup>31</sup>.

Para complementar este concepto, contamos con la opinión de Fenech, quien sostiene que “la valoración de la prueba determina el resultado que se infiere de la práctica de un determinado medio de prueba, es decir, el grado de convicción o persuasión de la prueba practicada, que puede ser positivo, en cuyo caso se habrá logrado el fin de la prueba (la convicción judicial), o negativo, al no alcanzarse dicho fin”<sup>32</sup>.

Finalmente, conviene hacer un breve análisis del concepto de las **acciones positivas**, también conocidas como discriminación positiva o discriminación inversa y tratar su influencia en el tema de la valoración de la prueba.

---

<sup>29</sup> MIDÓN, Marcelo S. obra citada, pág. 38.

<sup>30</sup> MIDÓN, Marcelo S. obra citada, pág. 38-39.

<sup>31</sup> DEVIS E., Hernando, obra citada.

<sup>32</sup> FENECH, Miguel, “El Proceso Penal”, 4ta ed., Ed. AGESA, Madrid, 1982.

La acción positiva surge de la traducción del término *affirmative action*, que “son todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre hombres y mujeres, sobre todo, mediante la eliminación de las desigualdades de hecho”<sup>33</sup>. En otras palabras, son aquellas normas que diferencian entre colectivos socialmente beneficiados y desfavorecidos y que tienen como finalidad luchar contra la situación de desigualdad material de estos últimos.

El principio de igualdad es parte esencial de la Constitución de la República, por ende, estas acciones positivas aplicadas en el ámbito legal, gozan de legitimidad constitucional. Sin embargo, el tema trasciende a la paridad de los sexos y, como ya lo han venido haciendo varias otras legislaciones, se dirige hacia el campo del más desfavorecido, del indefenso; como resultan ser el menor de edad o el empleado perjudicado.

Es por estos motivos que las acciones positivas pueden llegar a desempeñar un rol fundamental al momento de la valoración de la prueba, momento en el que el juzgador, considerando la desigualdad, el status o la subordinación del individuo, deberá emplear su sana crítica y valorar el caso concreto.

---

<sup>33</sup> GIMÉNEZ GLUCK, David, “Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional, Edit. Bosch, Madrid, 2004, pág. 316.

## CAPITULO III

### INICIATIVA DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

#### 3.1 RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA ACTIVIDAD PROCESAL PROBATORIA

Siendo la Constitución de la República la norma Suprema de nuestro sistema jurídico, debemos analizar los preceptos y garantías que dicha norma dispone en el tema referente a la actividad probatoria; iniciando por el concepto de la motivación y desglosando los aspectos más trascendentales de la garantía del debido proceso.

El ejercicio de la función de juzgar impone como deber trascendental el de fallar, ajustándose a los mandatos constitucionales que imponen como garantía fundamental la debida motivación del fallo. Tal deber se encuentra consagrado en la Constitución de la República vigente en el artículo 76, numeral 7, literal 1): “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 considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.**”

Debemos mencionar que la Constitución anterior, en lo referente al tema señalaba que: “Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente.”

De la lectura y comparación de ambos preceptos se puede inferir que a nivel conceptual la motivación de los fallos no presenta mayor alteración, sin embargo, existen diferencias sustanciales respecto a las consecuencias de su falta de aplicación; éstas son:

**Inclusión del tema de la nulidad del proceso como una consecuencia de la falta de motivación.** Inclusión que, desde mi punto de vista, es un acontecimiento jurídico novedoso cuyos perjuicios o beneficios serán apreciados a medida que estas nuevas normas sean invocadas.

**Tipificación de una sanción hacia el servidor responsable de la ausencia de motivación** Hecho que debería ampliarse y especificarse dado que no se describe la sanción a aplicarse.

Este deber de motivar la sentencia guarda estrecha relación no sólo con la mención que se haga de la norma jurídica, sino además con el material fáctico, debiéndose indicar en el fallo o sentencia los medios probatorios en virtud de los cuales se determinó la existencia, inexistencia o circunstancias de los hechos invocados en la demanda, o por la defensa dentro del proceso.

Etimológicamente, “el vocablo prueba, deriva del latín *probus*, que significa bueno, honrado, de tal manera que lo que resulta probado es bueno, es correcto, es auténtico”<sup>34</sup>.

Sin embargo, en sentido procesal, la prueba es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan durante el juicio, dada la necesidad procesal del juez de comprobar la verdad o falsedad de ellas, con el objeto de formar su convicción o convencimiento.

Eduardo Couture, define al debido proceso como “la posibilidad de argumentar, probar y recurrir”<sup>35</sup>, por lo que, es evidente que la sentencia debe poner de manifiesto el

---

<sup>34</sup> SENTÍS MELENDO, Santiago, “La Prueba”, Buenos Aires, 1978, pág. 35.

<sup>35</sup> COUTURE, Eduardo, “Estudios de Derecho Procesal Civil”, obra citada.



razonamiento judicial, en virtud del cual fue posible arribar a la conclusión, es decir al fallo.

La actividad probatoria inicia o se pone en marcha, de manera automática, al existir inconformidad en los hechos señalados por cada una de las partes procesales dentro del juicio; dando a la etapa probatoria por su esencia, la calidad de garantía constitucional del debido proceso; el mismo que está consagrado como derecho fundamental en nuestra Constitución actual en el Art. 76, sin que existan mayores diferencias respecto a la Constitución anterior.

Adicionalmente, el Art. 76 ibídem, enumera las garantías básicas para la aplicación y observancia del debido proceso y, el numeral 7, literal a) de este artículo determina que: “nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento..”, reconociendo que la etapa probatoria al tratar de lograr una certeza razonada y objetiva en el juez al momento de dictar sentencia, constituye una actividad y un medio fundamental no sólo para la aplicación del debido proceso como principio constitucional, sino también para la realización de la Justicia.

Finalmente, la relevancia constitucional de la actividad procesal probatoria también se hallaba determinada en el texto constitucional de 1998 a través de la siguiente disposición: “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.”

Actualmente, el Art. 168 numeral 6 de la Constitución de la República señala que: “La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”.

A pesar de que el sistema oral no se aplica actualmente en nuestro Sistema Procesal Civil, la importancia de la actividad probatoria nace de la incertidumbre del juez con respecto a los hechos afirmados tanto en la demanda por parte del actor, como aquellos invocados y negados por el defendido en su contestación; siendo una necesidad el probar los hechos

que constituirán la base del pronunciamiento judicial, a través de la regulación y debida utilización de los distintos medios de prueba, delimitando las situaciones jurídicas de las partes, lo cual constituye un interés público y general del Estado, cuyo fin último será el garantizar el debido proceso y velar por el cumplimiento de los principios de celeridad y eficiencia, entre otros.

Una vez analizada la importancia constitucional de la actividad probatoria, es preciso señalar que la relevancia de dicha actividad procesal también se encuentra consagrada en instrumentos de carácter internacional y que, de conformidad con la nueva Constitución de la República, las directrices a tomarse en el tema referente Tratados e Instrumentos Internacionales son los siguientes:

- “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución”.
- “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico... La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.
- “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales...”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 23 de mayo de 1976, Art. 14, numeral 1°.

Así mismo, el instrumento antes referido, determina lo siguiente: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:...d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección...”<sup>37</sup>.

Queda demostrado que sin la etapa probatoria no sería posible llegar a una sentencia final debidamente fundamentada y justa. Si bien las partes y el juez desarrollan una actividad procesal libre, de conformidad con el principio dispositivo, no es menos cierto que la prueba debe ser, y de hecho es una etapa del proceso que se encuentra debidamente reglamentada y consagrada, con el propósito de dar valor y eficacia probatoria a aquellos elementos de convicción que sean aportados al juicio acatando el procedimiento establecido en la Ley.

---

<sup>37</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 23 mayo de 1976, Art. 14, numeral 3º, literal d).

### 3.2 PRUEBA PROPUESTA POR LAS PARTES PROCESALES

La legislación procesal, sea cual fuere su orientación y forma de aplicación, se encuentra en la obligación de conceder a las partes oportunidades y medios adecuados para afirmar o alegar un hecho dentro del proceso así como para comprobarlo y acreditarlo, tomando en cuenta que el juez es ajeno al conflicto y por lo tanto no conoce los hechos alegados por las partes, tornándose básico el desarrollo de una actividad probatoria dirigida a la verificación de las afirmaciones realizadas; finalidad que se halla estrictamente regida por el principio del debido proceso, que se traduce en una de las principales garantías procesales contempladas en el ámbito constitucional. Dicha garantía se manifiesta en la Constitución vigente de la siguiente manera:

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, aún 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 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 considerarán 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.

El artículo 9 del mismo cuerpo legal complementa la magnitud del concepto del debido proceso con el siguiente precepto: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. **El Estado será responsable** por detención arbitraria, error judicial, 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**”.

Encontramos también al artículo 169 *ibídem* que dispone: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y **harán efectivas las garantías del debido proceso**. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

El Código de Procedimiento Civil vigente en su Art. 9 determina que: “Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley. Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario”.

Los hechos sobre los cuales se juzgará dentro de un proceso y que son la base fundamental de la petición, son hechos pasados e ignorados por el juez, que por la naturaleza de su función debe ser ajeno a los mismos, siendo una obligación de las partes el proporcionar al juez el material de comprobación de los hechos en que basan sus peticiones, debiendo además convencerlo acerca de su existencia y veracidad; es decir que, aquel que quiera hacer valer un derecho en juicio, debe probar los hechos que constituyen su fundamento; quien excepcione la ineficacia de tales hechos, o excepcione que el derecho se ha modificado, o extinguido, debe probar los hechos en que funda su excepción.

Tal como claramente lo señala el Art. 113 del Código de Procedimiento Civil, “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. Impugnados en juicio una letra de cambio o un pagaré a la orden, por vía de falsedad, la prueba de ésta corresponderá a quien la hubiere alegado.”

La carga de la prueba se encuentra ligada a la aplicación del principio de aportación de parte, el mismo que constituye la iniciativa de las partes en orden a la introducción de pruebas en el proceso y a la comprobación de las mismas durante la etapa pertinente.

En sentido procesal, la prueba es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan durante el juicio, el rol del juez, que ignora los hechos del litigio, que apenas conoce los relatos efectuados por las partes, se ve regularmente impedido de saber cuál de las versiones que le ofrecen los litigantes es verdadera. Para ello se sirve de la prueba, que en cierto modo implica una confrontación o cotejo: “la comparación entre las afirmaciones formuladas por las partes con los elementos de juicio de que se sirven para acreditar o invalidar dichas articulaciones”<sup>38</sup>; sin que en ningún momento su tarea se transforme de verificación en averiguación; “se averigua lo desconocido, se verifica lo conocido y previamente afirmado”<sup>39</sup>.

En este punto es preciso determinar que, el juez civil no conoce otra prueba que aquella suministrada por las partes durante el proceso; no se le ha otorgado la facultad de averiguación o investigación de la verdad, a diferencia de lo que sucede con el juez penal; el mismo que, además de ser un juez garantista durante el desarrollo del proceso, tiene en sus manos la investigación de los hechos y el impulso del mismo.

En consecuencia, podemos establecer que en el proceso civil predomina el sistema dispositivo y la actuación primordial de las partes, cuyo fin es se dicte una sentencia que ponga fin a un conflicto de intereses del modo más justo posible.

Siendo la etapa probatoria, aquella fase del proceso destinada a la demostración de las alegaciones fácticas, es preciso tomar en cuenta que la iniciativa de las partes se subordina a la admisibilidad de los diversos medios probatorios, correspondiendo al órgano jurisdiccional decidir sobre la admisión de los mismos, lo cual constituye un enjuiciamiento con relación a la pertinencia y utilidad del medio de prueba solicitado.

El Código de Procedimiento Civil establece que: “Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio”. Es decir que, una vez propuestos por las partes los distintos medios de prueba, éstos deben ser sometidos a un enjuiciamiento por parte del juez con el fin de determinar si los mismos cumplen con los requisitos de

---

<sup>38</sup> MIDÓN, Marcelo S., “Derecho Probatorio: Parte General”, obra citada, pág. 29.

<sup>39</sup> MIDÓN, Marcelo S., obra citada, pág. 30.



pertinencia, utilidad e incluso legalidad y, una vez analizados dichos presupuestos, resolver sobre la admisión de cada uno de medios probatorios propuestos y solicitados.

El hecho de someter los medios probatorios a la opinión y criterio del juez respecto a su pertinencia, admisibilidad, oportunidad, etc., implica que el juez se halle en la facultad de no admitirlos o desecharlos; situación muy cuestionada por la doctrina tomando en cuenta la vulnerabilidad, favoritismo o tantas otras circunstancias que pueden afectar la actuación pura y desinteresada del juzgador.

Sin embargo, la otra cara de esta facultad se aprecia en la economía procesal, principio que busca obtener el mejor resultado posible, con el mínimo de actividad jurisdiccional y de gastos para las partes. A través de la aplicación de este principio, el juez desechará toda prueba ilegal, innecesaria o inoportuna cuyo único fin sea el obstaculizar y dificultar la realización óptima de la justicia; hallándonos nuevamente ante la decisión de acelerar y facilitar el proceso a cambio de un completo depósito de confianza en la labor y razonamiento del juez de la causa.

Todo hecho objeto de prueba, cuya acreditación constituye la máxima aspiración de las partes, debe cumplir con algunas características concretas para que el juzgador pueda decretar la admisibilidad de la prueba propuesta al respecto. En la medida de lo posible conviene distinguir cada uno de éstas características, evitando la inercia que nos lleva a convertir la expresión: impertinencia e inutilidad en un concepto excesivamente amplio que lleve a englobar incorrectamente la calidad de las pruebas y todos los vicios del objeto probatorio.

Las nociones de pertinencia y utilidad contienen algunos de los requisitos que han de reunir tanto el objeto, como el medio de prueba para que el juez pueda emitir un pronunciamiento de admisibilidad. Sin embargo, la ley no señala qué debemos entender por prueba impertinente y por prueba inútil y la jurisprudencia tampoco es unánime al respecto, manejando a menudo como equivalentes o sinónimos las nociones de pertinencia, necesidad y utilidad.

La falta de propiedad en el uso de dichos términos no procura mucha ayuda al respecto; lo cual da la impresión de que una vez formada la convicción judicial acerca de la denegación de la prueba propuesta, la calificación del motivo por el que se ha denegado la prueba carece de excesiva importancia.

La aplicación de la pertinencia y admisibilidad de la prueba dentro del proceso, deben considerarse inherentes a la disciplina judicial de las partes, cuyo fin es el de evitar los excesos de los litigantes, que resultan la mayoría de veces maliciosos.

Las partes intervinientes en un proceso, al momento de definir sus afirmaciones y los hechos controvertidos, asumen la facultad de desarrollar una actividad probatoria a través de la cual practicarán las pruebas pertinentes y, que serán admitidas de conformidad con los preceptos antes referidos, asumiendo estas partes una posición de asistencia hacia el juez en la búsqueda de la veracidad y eficacia de las pruebas practicadas, debiendo cada sujeto cumplir con una determinada actividad durante la etapa probatoria con el fin de conseguir un resultado favorable.

Tanto el interés en realizar afirmaciones, como el interés en poder probarlas, demuestra el poder dispositivo del que gozan las partes dentro del proceso, siendo éstas las que verdaderamente construyen la prueba o deciden no practicarla, tomando en cuenta además que ambas partes deberán hallarse en iguales condiciones, existiendo un equilibrio permanente durante la etapa probatoria; siendo el arco delimitador de esta etapa el principio dispositivo, antes mencionado.

Sin embargo, es preciso anotar que la averiguación de la verdad acerca de los hechos alegados por las partes constituye un poder – deber del juez o tribunal, que es ejercido dentro del proceso y que el incumplimiento de dicho deber determina su responsabilidad. Cabe recalcar además que la imparcialidad no significa indiferencia del juez respecto al resultado del proceso; el juez, no puede dejar de tener interés en que su sentencia sea justa y en que le sean suministrados los medios necesarios para decidir correctamente.

Es preciso mencionar que en el ámbito de los actos procesales, éstos deberán ser realizados con veracidad y buena fe, y tener por causa un interés legítimo. Por lo que, la libertad de la

conducta otorgada a las partes, particularmente en el derecho procesal civil, no puede extralimitarse en el sentido de llegar a permitir la violación de la buena fe y la ética dentro del proceso.

Con respecto a los principios antes mencionados, es preciso destacar que se han establecido para las partes, cargas simétricas que guardan relación con la elaboración de sus actos de proposición, las mismas que han sido descritas anteriormente haciendo referencia a la norma procesal pertinente. Sin embargo, es necesario que las reglas de la carga de la prueba sean aplicadas en función del asunto sometido a la decisión del órgano judicial, dando relevancia a la verdad jurídica objetiva.

CAPÍTULO IV  
ASPECTOS RELEVANTES DERIVADOS DE LA  
APLICACION DEL ARTÍCULO 118 DEL CÓDIGO DE  
PROCEDIMIENTO CIVIL

4.1 SUGERENCIA PROBATORIA DE OFICIO

En lo referente a la potestad de los jueces para ordenar pruebas de oficio a excepción de la prueba de testigos, el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil estipula lo siguiente: “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. Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de la sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa”.

La norma antes citada hace una clara referencia a la actividad de dirección del proceso por parte del juez, a quien se le otorga la facultad para exigir que la prueba se produzca de oficio, por medios probatorios determinados por el mismo juzgador. Sin embargo, su iniciativa probatoria debe estar condicionada a un adecuado manejo del concepto de prueba y lo que ella significa dentro del proceso, a fin de no abusar de las medidas y facultades que la ley ha puesto en sus manos.

Un aspecto muy importante dentro de este adecuado manejo de la iniciativa probatoria otorgada al juez, es aquel de aclarar que dicha facultad debe estar dirigida a la verificación de las afirmaciones realizadas por las partes y no a la averiguación por cuenta propia de hechos que no hayan sido alegados por éstas; tomando en cuenta que las partes han fijado a través de su demanda y contestación los hechos controvertidos, sin que el juez pueda ir

más allá de esos hechos o afirmaciones, es decir, sin que de ninguna manera incurra en lo conocido como extra y ultra petita al momento de configurar su criterio.

Debe aclararse que esta facultad del juez de solicitar pruebas de oficio se da principalmente al momento en el que, previo a emitir sentencia, valora la prueba aportada por las partes y obtiene un resultado poco convincente. De ninguna manera y bajo ninguna circunstancia el juez ordenará pruebas de oficio sin antes haber valorado cada una de las pruebas presentadas.

Si bien las partes desarrollan una actividad procesal libre, de conformidad con el principio dispositivo, no es menos cierto que la prueba debe ser y, de hecho es, una etapa del proceso que se encuentra debidamente reglamentada con el propósito de dar valor y eficacia probatoria a aquellos elementos de convicción que sean aportados al juicio acatando el procedimiento establecido en la Ley.

Como se aprecia, nuestra ley respalda y motiva la participación directa del juez a lo largo de la etapa probatoria a través de diversos mecanismos que le permiten esclarecer cualquier situación oscura o contradictoria, considerando que las pruebas aportadas deben satisfacer plenamente la convicción y sana crítica del juez que maneja la causa. Un claro ejemplo de este criterio se aprecia en la facultad concedida al juez para formular repreguntas o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente, que, como ya mencionamos, se halla contemplada en el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil.

El poseer la libertad para ordenar pruebas de oficio el número de veces que sean necesarias es un acontecimiento visto por muchos como un motivo de retraso procesal, sin embargo, no podemos olvidar que una sentencia justa para todas las partes intervinientes, no es sino el resultado de la total y completa seguridad y convencimiento del juez.

Por otro lado, se debe mencionar también que a pesar de la negativa expuesta respecto al hecho de que la prueba de testigos no puede ordenarse de oficio, el legislador hace énfasis en la facultad conferida al juez a manera de una alternativa legal cuando un testimonio ya

rendido no haya satisfecho sus expectativas o peor aún, haya arrojado la clara intención del testigo de distorsionar hechos o causar confusión.

Con tales antecedentes podemos afirmar que la sugerencia probatoria de oficio constituye la libertad, tanto laboral como ideológica del juez, para intervenir en la etapa probatoria y solicitar las pruebas que a su criterio sean pertinentes para la óptima resolución de la causa, sin que en ningún momento el principio de imparcialidad respecto a las partes se vea afectado y toda vez que su objetivo esté encaminado a la aclaración de inconsistencias y dudas y no a la demora innecesaria de la sentencia final.

Sin apartarnos mucho del tema, resulta conveniente ejemplificar cómo nuestra legislación utiliza y dota de legitimidad a la sugerencia de pruebas de oficio en otras ramas y materias del Derecho ecuatoriano.

#### CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

- Art. 180.- Si se demandare la falsedad de un instrumento público, el juez procederá a comparar la copia con el original y a recibir las declaraciones de los testigos instrumentales. Practicadas estas diligencias y *cualesquiera otras que el juez estime convenientes para el esclarecimiento de la verdad*, se correrá traslado de la demanda...”
- Art. 236.- Siempre que el juez encontrare que las declaraciones de dos o más testigos son recíprocamente contradictorias o esencialmente divergentes sobre un mismo hecho, y en cuantos otros casos lo creyere necesario, *puede disponer el careo de tales testigos. Queda a juicio del juez la forma de conducir la diligencia, para el completo esclarecimiento de la verdad.*
- Art. 249.- *Puede el juez no apreciar el dictamen del perito o peritos, contrario a lo que él mismo percibió por sus sentidos en el reconocimiento, y ordenar que se practique una nueva inspección con otro u otros peritos.*

- Art. 258.- Si el dictamen pericial adoleciera de error esencial, probado este sumariamente, *deberá el juez, a petición de parte o de oficio, ordenar que se corrija por otro u otros peritos*, sin perjuicio de la responsabilidad en que los anteriores hubieren incurrido por dolo o mala fe.
  
- Art. 259.- En caso de discordia en los informes periciales, *el juez de considerarlo necesario para formar su criterio, nombrará otro perito*.
  
- Art. 262.- Si el juez no encontrara suficiente claridad en el informe en el informe del perito o peritos, *podrá de oficio nombrar otro u otros que practiquen nueva operación. Podrá, asimismo pedir a los peritos anteriores los datos que estime necesarios. No es obligación del juez atenerse, contra su convicción, al juicio de los peritos*.
  
- Art. 981.- *El juez podrá disponer la práctica de las pruebas que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad*.

### CÓDIGO DE COMERCIO

- Art. 55.- En el curso de una causa *podrá el juez ordenar, aún de oficio, la presentación de los libros de comercio sólo para el examen y compulsas de lo que tenga relación con el asunto que se ventila; lo cual deberá designarse previa y determinadamente*.

### CÓDIGO DEL TRABAJO

- Art. 603.- *Los tribunales de última instancia podrán ordenar, de oficio, las diligencias que creyeran necesarias para esclarecer los puntos controvertidos, inclusive llamando a declarar a los testigos nominados por las partes en primera instancia, y que no hubieren declarado antes*.

- Art. 612.- La Corte fallará por los méritos de lo actuado pero, *de oficio, podrá ordenar la práctica de las diligencias que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos.*

### CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

- Art. 301.- *El presidente tendrá la facultad de llamar a cualquier persona para interrogarla y de ordenar que se exhiban ante el tribunal los objetos o documentos que considere necesarios para esclarecer el hecho o alguna circunstancia alegada por las partes.*

De esta manera queda demostrado cómo y gracias a qué instrumentos la facultad del juez, tanto como para solicitar pruebas buscando el esclarecimiento de la verdad, como para actuar de oficio cuando así la ley lo permita, se halla prevista en varios de los cuerpos normativos de nuestra legislación.



## 4.2 INTENCIÓN JUDICIAL EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA

La sentencia, sin duda, constituye el más importante de los actos procesales de gobierno del juez o tribunal, la misma que aparece estructurada como un silogismo o como varios silogismos encadenados, cuya premisa mayor es la Ley o el Derecho aplicable, la premisa menor son los hechos, y cuya conclusión es el fallo a dictar, consistente en la aplicación de la norma jurídica.

La sentencia será el reflejo de la actuación de las partes bajo la supervisión del juez dentro de los límites fijados por la ley; y, cuyo contenido consistirá en la exposición de los hechos, la aplicación del derecho y la decisión final, con el propósito de poner fin al proceso y producir efectos jurídicos válidos, en especial de cosa juzgada.

Al dictar una sentencia, el juez debe formar una serie eslabonada de argumentos, razonamientos y decisiones que culminan con la conclusión final, conclusión mediante la cual se expresa el mandato jurisdiccional. Es por esto que el proceso de incorporación del material fáctico a la sentencia debe realizarse de conformidad con las reglas que rigen a la actividad probatoria en todas sus etapas, tomando en cuenta que la forma de la sentencia garantiza su contenido, de manera tal, que permita el adecuado control realizado por las partes y su eventual revisión por otros tribunales mediante la interposición de recursos.

La delimitación de los poderes procesales del juez en relación a cada una de las partes, se refleja durante la etapa de prueba, la misma que se regirá por el carácter contradictorio del proceso y del principio dispositivo que lo engloba, haciendo referencia a que dicho principio se aplica como consecuencia del impulso procesal, que puede corresponder también en mayor o menor medida, al juez.

Ahora, entendiendo que la sentencia es el resultado directo de la actuación de las partes procesales en la fase probatoria, es conveniente mencionar algunos de los principios empleados por el juez a lo largo de la aportación de pruebas, es decir, explicar en qué

consiste la intención judicial y cómo se rige, los principales son:

### **PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE LA PRUEBA**

Principio que establece que el conjunto probatorio del proceso forma una unidad, y como tal “debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar diversos medios, puntualizar su conducencia o discordancia y concluir con el convencimiento que de ellos se forme”<sup>40</sup>.

### **PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN**

Rige, o por lo menos, debería regir permanentemente el principio de inmediación, es decir, la presencia y vínculo directo del juez en todo momento de la litis, en especial, durante el momento probatorio para garantizar su total e imparcial conocimiento de la causa.

### **PRINCIPIO DE NATURALIDAD DE LA PRUEBA**

Otro principio que no debe descuidarse mientras se aporten las pruebas pertinentes es el de la naturalidad o espontaneidad en la práctica de pruebas, entendiéndose por éste a la completa oposición respecto a la práctica de procedimientos ilícitos para la obtención de la prueba, principio que se verá garantizado mientras la inmediación del juez le permita apreciar directamente las características de cada prueba aportada.

### **PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN**

Finalmente tenemos al principio de contradicción de las partes que, como no puede darse de otra manera dentro de un sistema dispositivo, es consecuencia de la audiencia bilateral de las partes en la que se consagra el respaldo procesal de conocer, discutir y oponerse a una prueba.

---

<sup>40</sup> CABRERA A., Benigno H., obra citada, pág. 364.

CAPÍTULO V  
LA ORALIDAD EN LOS JUICIOS CIVILES JUNTO CON  
NUEVAS TEORÍAS APLICABLES AL MOMENTO  
PROBATORIO

5.1 RELEVANCIA DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA ORAL

Nuestros legisladores, aunque de forma tardía, empezaron a considerar la idea de un proceso rápido, justo y sin dilaciones que, a simple vista parecía inalcanzable dada la vastedad de problemas jurídicos y sociales que afectan a nuestro entorno; sin embargo, sus esfuerzos se vieron cristalizados al optar por la implementación de un sistema oral aplicable a todas las ramas del derecho ecuatoriano.

Es así que la anterior Constitución Política de la República de 1998, introdujo mediante la Transitoria Vigésima Séptima el Plan de Aplicación del Sistema Oral, para cuyos efectos se fijó un plazo de cuatro años, plazo durante el que, por un lado, el ya desaparecido Congreso Nacional llevaría a cabo las reformas legales pertinentes a la normativa, y por otro, la Función Judicial se encargaría de la adecuación de las instalaciones y dependencias con el propósito de adaptarlas a las necesidades del nuevo sistema. Sin embargo, sólo contadas ramas del derecho como los procesos laborales, penales y de menores han dado sus primeros pasos tendientes a una transformación que, a pesar de que aún no ha sido completada, ha traído varios beneficios que ya han empezado a ser apreciados por la sociedad actual.

Contamos en primer lugar, con la expedición del Código de Procedimiento Penal en enero del año 2000, continuamos con la promulgación del Código de la Niñez y Adolescencia el 3 de enero de 2003 y, finalmente, con la Ley Reformatoria al Código del Trabajo publicada

en el año 2003, referente a los procesos laborales, introduciendo el concepto de juicios orales por audiencias.

En lo concerniente a la reforma oral del derecho procesal civil ecuatoriano, es posible advertir la poca atención destinada a esta rama del Derecho por parte de los legisladores de aquel entonces y por los actuales Asambleístas, debiendo haber sido, desde mi punto de vista, el primer objetivo de la reforma oral; tanto más que el Código de Procedimiento Civil es el cuerpo legal que suple los vacíos de las otras materias.

Actualmente, como consecuencia de la institución de plenos poderes a una Asamblea Nacional, varios organismos técnicos y grupos colegiados han puesto a consideración de esta nueva función legisladora, proyectos sumamente interesantes que merecen ser estudiados y evaluados en búsqueda de una nueva y más moderna normativa civil.

Uno de los ejemplos más sobresalientes es el Proyecto del Código de Procedimiento Civil elaborado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal (IEDP), mismo que logra capturar la esencia del concepto de oralidad y propone nuevos mecanismos y alternativas para un más eficiente proveer y proceder.

Como acertadamente manifiesta Hernando Devis Echandía: "...en lo oral la concentración e intermediación operan de manera perfecta, el juez adquiere una mayor capacidad para juzgar, en razón del conocimiento y apreciación directa que hace de las personas y hechos sometidos a su examen, y dispone, de una mayor actividad y más amplias facultades..."<sup>41</sup>.

Impulsar la adopción de un nuevo Código en esta materia, que introduce un sistema radicalmente diferente, no es una tarea sencilla. La primera dificultad se produce frente a la cultura jurídica que ha predominado en el Ecuador entre jueces, profesionales del Derecho y catedráticos. Pasar del tradicional sistema escrito, con papeles que van y vienen, a otro sistema en el que las audiencias cumplen una función central, implica vencer una resistencia casi instintiva a un cambio, que exige muy diferentes actitudes y modalidades de actuación profesional. En todo caso, este cambio resulta indispensable y no solamente

---

<sup>41</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, "Teoría General del Proceso", Buenos Aires, Ed. Universidad, 1997, pág. 69.

porque así lo dispone la Constitución Política, sino más bien porque con el nuevo procedimiento se puede alcanzar, de una manera más eficaz lo que finalmente se pretende: la realización de la Justicia.

En efecto, las audiencias se realizan con la participación de todos los sujetos procesales: el juez y las partes; y con esta presencia, y en igualdad de condiciones, se proponen pretensiones y excepciones, se examinan las pruebas, se interroga y contra interroga a los testigos y peritos, se formulan alegatos, con réplicas y contrarréplicas.

Resulta trascendental establecer que, dada la complejidad de las relaciones patrimoniales entre los particulares y éstos con el Estado, así como de la naturaleza técnica de los procedimientos actuales, no es posible concebir un proceso exclusivamente oral o escrito, toda controversia judicial debería tener el carácter de mixta, dependiendo su naturaleza de la prevalencia que tenga en el proceso un elemento sobre el otro.

Siempre existirán ciertos casos en los que la documentación resulte ser la clave del éxito del proceso, pero de la misma manera encontraremos otros casos en los que la oralidad, las audiencias, la intervención directa de las partes y su inmediación con el juez de la causa, son las pautas que marcan la resolución final.

Podemos decir entonces que la oralidad viene a ser un concepto que reúne una serie de principios que son su esencia y complemento; el sistema oral va más allá de someter al método de audiencias orales a discusión, sino que además propone la idea de un debate oral a lo largo del proceso, sin que de ninguna manera se excluya a la escritura como la forma esencial de preparación y documentación del pleito.

Las principales directrices o postulados que rigen a la oralidad dentro del proceso son:

- Concentración de la sustanciación del pleito, de ser posible en un único período que vendría a ser el debate propiamente tal, junto con la celebración de una o unas pocas audiencias que abarquen a los incidentes que deben ser resueltos conjuntamente con la cuestión principal.

- Identidad física del órgano jurisdiccional, es decir que el juez debe ser la misma persona desde la iniciación del juicio hasta el pronunciamiento de la sentencia, procurando evitar que su ausencia sea una causa de dilación del fallo.
- Inmediatividad en la relación entre el juzgador y las personas cuyos testimonios tiene que apreciar y valorar, lo que significa que las pruebas, sin excepción alguna, jamás deberán rendirse ante un juez delegado o suplente que obstruya la objetividad del criterio del juez principal de la causa.

El concepto de la inmediación ha sido objeto de grandes debates y discusiones doctrinarias dado que muchos autores lo critican por ser un criterio contrario al principio dispositivo de las partes, que deja en completa libertad al juez para actuar de oficio cuando así lo considere en cualquier momento procesal.

Desde mi punto de vista, este profundo temor de las partes y de la legislación de entregar facultades extraordinarias al juez durante el proceso, tiene su origen en la ineficiencia, falta de ética y corrupción que la sociedad ha presenciado en ciertos representantes del órgano judicial, opinión que lastimosamente se ha generalizado hacia toda la administración de justicia. Es ante esta tan severa problemática que se ha dado inicio a una nueva forma de proveer una mejor y más práctica justicia a través de la oralidad, sistema íntimamente ligado a la inmediación, que a final de cuentas significaría una reestructuración del sistema judicial que tendría por objetivo recobrar la confianza social perdida. Aparte, es necesario tomar en cuenta que el Proceso Civil no es un debate enteramente privado, pues la resolución del conflicto es de interés social, de tal manera que si el juez no se halla facultado para no sólo dirigir sino inmiscuirse y adentrarse por completo en la causa sometida a su juicio, tampoco podrá erradicar la exagerada lentitud que caracteriza a los juicios civiles ni impedir que aparezcan incidentes que confundan y atenten contra personas, hechos o pruebas.

En conclusión, para evitar que exista este contraste entre la inmediación procesal y el principio dispositivo basta con aclarar que los jueces y tribunales aplicarán el derecho rigiéndose y limitándose estrictamente a la *causa petendi*, es decir, a lo solicitado por las

partes de forma concreta, consiguiéndose así una tutela judicial efectiva de los derechos de las partes intervinientes.

No podemos dejar de mencionar que uno de los factores sobre los que recae el perfecto funcionamiento del sistema oral es la creación inmediata de juzgados, es decir, la adaptación física de nuevos espacios para tales fines. Tomando como ejemplo a la implementación del sistema oral que suprimió al trámite verbal sumario en las causas laborales es posible apreciar, como hemos venido mencionando, los amplios beneficios que la oralidad ha aportado para la pronta y elocuente resolución de dichas causas, sin embargo, el no contar con espacios suficientes y apropiados, así como la falta de personal capacitado, resulta ser uno de los principales obstáculos para la efectiva realización de los fines de la oralidad en el proceso.

- Autoridad suficiente del juez en la dirección del proceso, mismo que no sólo se encamina a la satisfacción de intereses particulares, sino también al aseguramiento de los fines estatales que, en toda democracia, deben aspirar a la realización de una justicia social.
- Completa apertura y publicidad de las audiencias, obviamente menos de aquellas excluidas por mandato de la ley, como son aquellas en las que intervienen menores o las que versan sobre asuntos de seguridad estatal. Al hablar de la publicidad estamos hablando de un principio básico del derecho de cuya adecuada aplicación se deriva la garantía a las partes de la contradicción y a su legítimo ejercicio a la defensa. A raíz de la aplicación de estos preceptos, según lo ha demostrado la práctica y experiencia en nuestra y otras legislaciones, las ventajas de la oralidad son múltiples, empezando por el hecho de que se asegura el principio contradictorio tanto para las partes como para los testigos y peritos a través de confrontaciones que sólo operan eficazmente en el proceso oral, pues se ha demostrado que en el sistema escrito la contradicción pierde casi todo su valor.

Así mismo, podemos establecer que la implementación del sistema oral permitirá una mejor apreciación y valoración de las pruebas, considerando que el juez siempre las

recibirá de forma directa, obteniendo un mayor número de elementos de convicción sin que exista la obstrucción producida por trámites innecesarios y la intervención de terceros ajenos al proceso, logrando contribuir a una mayor efectividad del proceso.

Contamos también con la eliminación de solemnidades y formalismos que no desempeñan ningún papel importante en el desarrollo de la causa, acarreando una economía procesal que logra que las partes confíen aún más en la oportuna y razonada resolución de la controversia al no verse detenidas por el tan característico papeleo de toda burocracia.

Desde otro punto de vista, surgen también varios logros a los que podríamos calificar de subjetivos, tales como el mayor control que adquiere la administración de justicia, a través de la observación directa y continua por parte del juez, buscando siempre el mejoramiento del servicio público y la estimulación al espíritu cívico y a la fe en la justicia por parte de una sociedad que recobraría las tantas veces perdida confianza en la administración de justicia.

Es necesario tan sólo un breve análisis de nuestro sistema judicial para apreciar que, específicamente, en el campo Procesal Civil vigente, estos principios no llegan a cumplirse bajo el modelo del proceso escrito. Ya es un hecho común que sólo momentos antes de dictar sentencia el juez se encuentre ante un expediente, un amplio conjunto de documentos cuya veracidad no puede asegurar y de los que no fue partícipe efectivo; surgiendo por ende, grandes frustraciones y confusiones al emitir una sentencia que muchas veces ni siquiera guarda relación con lo sucedido en el debate inicial entre las partes. Es por estas razones que, como se estableció anteriormente, la médula del proceso oral se centra en la inmediación del juez en el proceso, de forma especial al momento de darse la audiencia o debate oral.



### 5.1.1 ANÁLISIS DEL PROYECTO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

La Comisión Redactora del Proyecto del Código de Procedimiento Civil se inspiró tanto en la ineludible necesidad que experimenta nuestra normativa de actualizarse en varios campos procesales, como en una serie de pautas y principios que, a pesar de no ser ajenos a nuestra legislación, aún no han sido incorporados ni perfeccionados por el legislador. Una cosa es la doctrina redactada en cada uno de nuestros Códigos, otra, la obligación de plasmar tal doctrina en hechos jurídicos.

De esta manera, la Comisión propone una alternativa muy puntual y completa sobre la verdadera implementación de la oralidad en los Procedimientos Civiles basándose en los siguientes conceptos y directrices:

1. La oralidad, el desarrollo del proceso a través de audiencias, principios de verdadera intermediación, celeridad y publicidad

Tras haberse intentado manejar a los Procesos Civiles bajo la modalidad del sistema escrito, modalidad que como se aprecia no supo satisfacer las expectativas de ninguna de las partes; las críticas más sonadas respecto a este sistema son: la ineficiencia de los principios que regulan al Proceso Civil, iniciando por la mínima participación de jueces y tribunales en actuaciones judiciales que resultan esenciales para la consecución de un resultado óptimo y sobre todo justo; continuando con un proceso que se desarrolla de una forma totalmente desconcentrada y en fases extremadamente distanciadas en las que cada acto procesal es independiente y el tiempo que transcurre entre uno y otro es excesivo; para terminar en plasmar a la publicidad como un principio bastante irreal, tomando en cuenta el sin número de obstáculos que los mismos empleados judiciales crean para impedir que la sociedad vigile la actuación de los jueces.

Con esto no queremos decir que el sistema oral se convierta en la solución automática e instantánea del sistema judicial, pero su gran utilidad se demuestra en los varios beneficios de un acto tan simple como la realización de audiencias que exaltan el concepto de la inmediación y funden a las partes en un todo en el que la malicia, las pruebas mal intencionadas y hasta la corrupción de las partes se ven arrojadas fuera de este todo mediante el otorgamiento de facultades sumamente interesantes al juez, facultades que serán analizadas con posterioridad.

Ya son varios los países los que pueden afirmar que la implementación de la oralidad dentro del Sistema Procesal Civil tuvo como resultado un verdadero, constante y efectivo acceso a la justicia. Tampoco estamos hablando de un sistema estrictamente oral que expulsa y elimina a la escritura, de ninguna manera, pero sí estamos hablando de un sistema oral que incorpora, destaca y no descuida a los principios de inmediación y celeridad, cosa que el sistema escrito no llegó a hacer. Desde el punto de vista de la oralidad, la mejor manera de garantizar la inmediación es mediante la celebración de debates orales que supongan el constante contacto y vínculo entre el juzgador y los justiciables.

## 2. Clasificación de los juicios, eficiencia, buena fe y lealtad procesal

Uno de los cambios más impactantes que proponen estas posibles reformas al Código de Procedimiento Civil es aquel de simplificación, reducción y reestructuración de los juicios contemplados en la legislación vigente que, vale la pena acotar, actualmente tiene alrededor de treinta distintas clasificaciones. Los tres juicios principales que vendrían a reemplazar a este poco práctico número de procesos son los ordinarios, los abreviados y los sumarísimos, contando además con otras tres formas de procesos accesorios que son el monitorio, el ejecutivo y el concursal; logrando eliminar trámites y peculiaridades innecesarias que solamente demoran, causan mal interpretaciones y confunden a las partes involucradas.

En el tema referente a la eficiencia, buena fe y lealtad procesal, el proyecto deja claro que se trata de un proceso de colaboración continua en el que todas las partes que conforman la causa, incluidos abogados y litigantes, deben luchar por impedir

el estancamiento, las irregularidades, la extrema lentitud, la falta de profesionalismo; y, en general, todas aquellas deficiencias legales y hasta artimañas que, comúnmente, surgen en búsqueda del beneficio propio inescrupuloso.

### 3. Esquema resumido de las etapas del juicio civil

Para no desviarnos del tema que nos compete (el *onus probandi*), considero pertinente y suficiente hacer un mínimo desglose de las principales etapas del proceso, de acuerdo al criterio de la Comisión de Redacción del Proyecto del Código de Procedimiento Civil, es decir, esbozar en cortos puntos la idealización de la estructura del juicio civil.

La propuesta de la comisión versa sobre tres etapas, la primera se basa en la presentación de la demanda en la que, además de cumplirse con los requisitos de fondo y forma, de forma obligatoria, deben adjuntarse todos los medios probatorios destinados a sustentar la pretensión con el objetivo de evitar la proliferación y por ende la acumulación de procesos carentes de todo sustento probatorio.

La segunda etapa o momento del proceso se centra en el desempeño probatorio de las partes a través de audiencias, método mediante el que, el examen inmediato y concentrado de las pruebas aportadas; acompañado de la facultad del juez para rechazar de oficio a aquellas pruebas inconducentes, inútiles y repetitivas; se controlará e impedirán las actuaciones desleales como la prueba sorpresa o el alargamiento innecesario del juicio.

Por último, la tercera etapa versa, en primer lugar sobre la emisión de la sentencia, y en segundo lugar, sobre el endurecimiento del recurso de apelación a través de la exigencia de su fundamentación, logrando que el ejercicio de la segunda instancia sea una verdadera revisión para las causas que real y efectivamente lo ameriten.

En este punto conviene hacer una pequeña conclusión en el sentido de que, a medida que más intervenga y se apersona un juez sobre sus causas, serán menos las labores tediosas e inconducentes, ahorrándose a sí mismo y a los jueces y

magistrados de instancias superiores grandes cantidades de tiempo que deben ser invertidas en causas reales.

#### 4. Regulación del *onus probandi* y el tema de la carga de la prueba

Siendo este el tema que más nos concierne, y que en definitiva más complementa al trabajo de investigación, es fundamental iniciar destacando que, como no podría ser de otra manera, el proyecto propone un cambio radical en la concepción del personaje del juez, empezando por investirlo con la facultad de rechazar y calificar de inadmisibles a aquellas pruebas que se manifiesten inconducentes, impertinentes, repetitivas e inútiles; haciéndose presente parte del concepto de esta nueva obligación probatoria conocida como anuncio de prueba.

Con el presupuesto legal de que toda prueba debe ser practicada en las audiencias, excepto en los casos puntualizados en la Ley, sumando la ampliación de los medios probatorios que, de acuerdo al proyecto ahora serían: “ la declaración de parte, la de testigos, los documentos, las pericias, la inspección judicial; los mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y los certificados electrónicos nacionales o extranjeros emitidos de conformidad con la Ley de Comercio Electrónico; los indicios, cuando conduzcan a establecer una presunción judicial; y cualquier otro medio que sea útil para la formación del convencimiento del juez”. Junto con el respaldo legal otorgado a las pruebas para mejor proveer que consisten en la facultad del juez, mediante resolución motivada e inimpugnable, de disponer la realización de cualquier prueba que considere indispensable para mejor proveer, es decir, para resolver un fallo con todos los elementos de convicción necesarios, sin alterar el principio de igualdad de las partes y sin que exista la posibilidad de que el juez pueda ser acusado de prevaricato ni de la comisión de otra infracción penal o de falta disciplinaria. Es decir que se elimina la disposición del Art. 118 del Código de Procedimiento Civil en la que el la que se exceptúa a la prueba de testigos del conjunto de pruebas que pueden ser ordenadas de oficio.

Con las características señaladas es posible afirmar, desde mi punto de vista, que nos hallamos ante un esquema procesal sumamente eficiente y sobre todo justo que

busca garantizar a toda costa la emisión de una sentencia motivada, probada y dotada de legitimidad.

Ahora, en el tema correspondiente a la carga de la prueba tenemos que, como veremos con posterioridad, la gran mayoría de legislaciones que han adaptado su legislación a las nuevas tesis y doctrinas del *onus probandi*, mantienen a aquellos preceptos básicos y esenciales referentes a la distribución de la carga probatoria, pero no por eso temen incluir a aquellas novedades jurídicas que desde todo punto de vista brindan opciones a las partes y equilibran la balanza entre lo antiguo y lo nuevo del Derecho; hecho que se manifiesta de la misma manera en el Proyecto analizado de la siguiente manera:

- Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado el reo.
- El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa, pero sí deberá hacerlo si su negativa contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.
- **Sin embargo, la prueba correrá a cargo de la parte que tenga en su poder los medios probatorios necesarios para acreditar los hechos alegados.** Su reticencia, previo apercibimiento, determinará que el juez tenga por cierto el hecho alegado y no probado. (Fundamento esencial de la doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas).

## 5.2 CARGA DE LA PRUEBA DINÁMICA

Goldschmidt, uno de los principales expositores y padres del concepto de la carga probatoria expone y limita con claridad la definición de dicho elemento procesal argumentando que: “Los vínculos jurídicos que nacen de aquí (alude al proceso) entre las partes, no son propiamente relaciones jurídicas (consideración estática del derecho); esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino situaciones jurídicas (consideración dinámica del derecho); es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse, y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas. Sólo aquellas son derechos en sentido procesal y las últimas, las cargas imperativas del propio interés, ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones”.<sup>42</sup>

Del criterio del autor podemos inferir su intención de destacar que el término dinámico, en movimiento, cambiante, busca aislarse de todo precepto y norma rígida que lo estigmatice pretendiendo al contrario, tener completa y total dependencia de las circunstancias del caso concreto.

Para definir el ámbito de aplicación de las cargas probatorias dinámicas resulta conveniente referirnos a las Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático celebradas de Junín en 1992, en las que la Comisión de Derecho Procesal declaró que “las cargas probatorias dinámicas pueden, y en realidad, deben ser utilizadas por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las que no funcionan adecuadamente las previsiones legales que, como norma reparten esfuerzos probatorios”.

La implementación de esta teoría implica un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer en cabeza de quien esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del

---

<sup>42</sup> GOLDSCHMIDT, James, “Derecho Procesal Civil” Edit. Labor, Barcelona, 1936, pág. 8.

emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impositivos, modificativos o extintivos.

Es debido a esta omisión de tecnicidades que a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas se la conoce también como principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el proceso de recolección de material de convicción, sin importar el título o características de las partes procesales que, en definitiva, sólo limitan la facultad de aportar pruebas convenientes a la resolución de la causa.

Sin embargo, es necesario destacar que la aplicación de dicha teoría sólo procede *in extremis*, es decir, en los casos en los que la norma que regula la aportación de pruebas al juicio no logra satisfacer las expectativas del juez, generando conflictos y consecuencias inicuas al momento de fallar.

En definitiva la doctrina planteada vendría a constituir un corolario de las reglas de la sana crítica en materia de valoración de la prueba; un conjunto de guías para que el juez tenga la facultad, traducida en obligación, de solicitar la presentación de los medios probatorios necesarios.

Para retomar la explicación conceptual de esta tesis, resulta sumamente importante puntualizar que la teoría de las cargas probatorias dinámicas no busca colocar, a manera de regla de distribución, la carga de la prueba sobre ambas partes o exclusivamente sobre una de ellas, al contrario, busca colocarla sobre aquel que se encuentra en mejores condiciones para producirla.

Tal como acertadamente expone Jorge Peyrano, “la adquisición de la doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas para la teoría de la Ciencia del Derecho Procesal produjo un giro epistemológico fundamental en el modo de observar el fenómeno probatorio al que se

lo ve desde el mirador de la finalidad del proceso y del valor justicia, y no desde el ángulo del mero cumplimiento de formas procesales abstractas”.<sup>43</sup>

A este criterio lo podemos apreciar cristalizado en la nueva Constitución ecuatoriana, en el artículo 169 que dice: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. **No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades**”.

Con esto queda claro que la doctrina, de ninguna manera busca desconocer o restar mérito a las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino, intenta y, desde mi punto de vista, logra complementarla y perfeccionarla a través de un proceso de flexibilización en el que, quien se veía imposibilitado de probar, a raíz de esta nueva tesis, ahora se ve motivado y hasta obligado a aportar todo material probatorio necesario para el pleno y justo convencimiento del juez.

En este punto considero necesario ahondar un poco en el tema referente a quién soporta la carga de la prueba dinámica; obviamente, tal como lo pretende la esencia de la doctrina, resulta inapropiado realizar una numeración expresa de las circunstancias en las que una de las partes puede hacer uso de este nuevo mecanismo, sin embargo, tras el análisis del criterio de varios doctrinarios, podemos afirmar que la parte procesal sobre la que recaerá la carga de la prueba dinámica será: quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la solución del caso; quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva; quien esté en mejores y/o mayores condiciones profesionales, técnicas y fácticas de hacerlo; quien afirme lo contrario a la naturaleza de las cosas; quien se encuentre en mejores condiciones de obtener los elementos de prueba, quien esté en la situación más favorable para probar los hechos de que se trata; quien quiera innovar en la situación de su adversario; la parte que posee un conocimiento directo de los hechos; quien afirme hechos anormales; entre otros.

---

<sup>43</sup> PEYRANO, Jorge W., “Cuestiones de Derecho Procesal”, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1980.



Con esto se evidencia que la carga puede desplazarse totalmente a la otra parte, puede compartirse, incluso dentro de un mismo proceso, según el hecho que haya que acreditarse, podrán desplazarse a la otra parte, por ejemplo, aquellos hechos que en un principio debían ser probados por el actor, ahora por la aplicación de la doctrina, deberán ser probados por el demandado y viceversa.

En pocas palabras, el aporte que las partes procesales o litigantes realizan en materia probatoria dentro del proceso es de trascendental importancia al momento de decidir, dado que frente a la ausencia de prueba eficaz para generar convicción, el juez fallará en contra de la parte que debía probar y no lo hizo; por lo tanto, el no admitir la aplicación de esta doctrina produciría resultados evidentemente injustos y, más allá, la negativa de aplicación por parte del juzgador en los casos que lo requieran por lo especial de los hechos, situaciones y materias que los conforman, lo transforman en un cómplice de la injusticia provocada.

Ahora bien, una vez determinado el quién debemos enfocarnos en el qué, es decir, en el tipo de procesos susceptibles de entablar compatibilidad probatoria con esta doctrina.

De forma general, la jurisprudencia junto con sus principales expositores, concuerdan en que, en todo proceso de conocimiento, es decir en aquellos que resuelven acerca de la existencia de un hecho o el reconocimiento de un derecho, procede la aplicación de las cargas probatorias dinámicas, existiendo aún conflictos jurídicos respecto a la pertinencia de esta teoría en el campo de procesos ejecutivos.

Por otro lado, las principales materias en las que la doctrina ha logrado adentrarse y al mismo tiempo cumplir con su objetivo son el Derecho Bancario, Derecho Civil (sobre todo en lo referente a las personas, la familia y a la prestación de servicios), Derecho Comercial, Derecho Laboral; y en temas específicos como la responsabilidad médica, el ámbito de los seguros, el acoso sexual, entre otros.

Con tal explicación es menester concluir que el óptimo y eficaz funcionamiento de las cargas probatorias dinámicas gira en torno al conjunto de actitudes positivas o evasivas frente a la prueba que se pueda apreciar en las partes, es decir su actividad o inactividad;

así como también en el examen sobre si la dificultad reside en el hecho a ser probado o en las posibilidades de la producción de pruebas al respecto. En definitiva estamos hablando de una red de pruebas, conductas, eventos y situaciones que será desenmarañada con la efectiva aplicación de la doctrina; doctrina cuyas bases se sientan en que el proceso no se desarrolle a manera de lucha, sino, basándose en la colaboración directa, honesta y constante de las partes con el tribunal.

Como acertadamente lo expresa Ivana María Airasca “la actitud de algunas partes de permanecer cerradas, ensimismadas en el proceso, escudándose en la negativa de todos los hechos invocados por la contraria y no intentando probar nada, sino descargando todo el esfuerzo probatorio en la contraparte, a pesar de contar con mejor situación para aportar esas pruebas, repugna al valor de la justicia, y a todos los operadores del Derecho”.

A pesar del número de críticas, reproches y desestimaciones realizadas a la Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas, ésta se ha logrado investir con el carácter de **Doctrina** a raíz de su consagración como tal en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal de 1993 en el que se estableció que: “Constituye doctrina recibida la de las cargas probatorias dinámicas: La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir cuando la aplicación de aquella arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas...”

Como decía Heráclito de Éfeso, *es la identidad en el cambio lo que revela el significado de las cosas.*

Considerando que, históricamente, nuestra legislación es un producto de la normativa española y francesa que ha venido evolucionando acorde a las necesidades políticas y sociales de nuestros pueblos; es en momentos como el presente cuando nuestros assembleístas deberían enfocarse y evaluar los logros de tantas otras legislaciones como la argentina y la española y tratar de realizar aportes beneficiosos dentro del sistema judicial. Por ejemplo, como se señala en las primeras líneas del presente trabajo de fin de carrera, la legislación ecuatoriana es visiblemente pobre y limitada en el tema de la carga de la prueba, tema que, al contrario, la legislación española ha buscado y logrado expandir y al

mismo tiempo facilitar mediante la expedición de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, cuyo contenido vale la pena analizar en el ámbito que nos compete.

En primer lugar, el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil propone los siguientes preceptos en referencia a la carga de la prueba:

1. Cuando al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarán las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.
2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.
3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.
4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.
5. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.

6. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

Efectivamente esta normativa no desacredita a los principios esenciales sobre las actuaciones probatorias de las partes que ya han sido tratados a lo largo del trabajo; lo crucial es la inclusión de preceptos y postulados de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

De acuerdo al análisis del doctrinario Francisco López Simó, los numerales segundo y tercero recogen las tradicionales reglas de distribución de la carga de la prueba, pero no por eso dejan de superar los términos poco significativos hasta hoy existentes como norma general (refiriéndose a los hechos extintivos, modificativos y constitutivos), ni omiten ya adentrarse en el tema de la disponibilidad y facilidad probatoria.

En lo que respecta a los numerales cuarto y quinto del artículo ibídem observamos que pretende evitar a toda costa una confusión entre la supremacía de una normativa o la otra según existan normas especiales sobre la carga de la prueba en la materia tratada y, sobretudo la excelente compatibilidad del dinamismo de las cargas probatorias con temas referentes a propiedad intelectual.

Finalmente, el numeral sexto es la novedad más significativa dada la estrecha relación que guarda con la doctrina de las cargas probatorias dinámicas al tratar a la disponibilidad y facilidad probatoria como puntos referenciales de a quién se le atribuirá el peso de la prueba.

Continuando con el análisis de la legislación española, a manera de recapitulación debemos remitirnos a la obra de Marcelo López Mesa titulada “La Carga de la Prueba en Ciertos Casos de Responsabilidad Civil”, con el fin de dejar claramente establecidos los parámetros de las cargas probatorias dinámicas. El autor manifiesta que gracias a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil las partes pierden su derecho a mantenerse ensimismadas en el proceso, escudándose en una cerrada negativa de las alegaciones de la parte contraria ya que conocen que la carga puede recaer en la persona del actor o del demandado sin

importar su situación procesal, dado que lo importante es la posibilidad de que certeramente puedan llevar a cabo la producción de la prueba según quien se halle en las mejores condiciones de acercar la prueba a la causa por motivos como una superioridad técnica, situaciones de prevalencia, etc.

Vale la pena destacar, dentro de este análisis de Derecho Comparado que, la legislación alemana es otra de las más avanzadas dentro del campo de la aplicación de las cargas probatorias dinámicas como puede comprobarse fácilmente al obtener un poco de jurisprudencia reciente; las materias y ámbitos donde más se ha explotado a esta doctrina son la responsabilidad médica en casos de culpa gravísima, la responsabilidad en materia de consumidores, la aclaración y la comunicación en negocios jurídicos, las condiciones generales de contratación, el Derecho Laboral, los contratos financieros y materia ambiental.

Finalmente, es necesario mencionar también que uno de los más importantes pilares de la doctrina dinámica es el de los certámenes procesales, congresos y charlas procesales cuyos ejemplos más conocidos y relevantes son Las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, en la ciudad de Junín en 1992; y el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Termas de Río Hondo, 19 de mayo de 1993.

### 5.3 ESTABLECIMIENTO Y APLICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN JUDICIAL DE ADVERTIR A LAS PARTES SOBRE LA INSUFICIENCIA PROBATORIA

La obligación judicial de advertir a las partes sobre la insuficiencia de los medios probatorios aportados no se halla consagrada de forma específica en nuestra legislación, sin embargo; podría afirmarse que tal obligación se halla tácitamente prevista por el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil ya analizado con anterioridad, considerando que, a pesar de que no se emplee el término insuficiencia, se resalta la facultad del juez para ordenar de oficio las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia; entendiéndose por lo tanto, que podrá hacer uso de esta facultad toda vez que halle **insuficientes** a las pruebas presentadas por las partes.

A pesar de que esta tan importante facultad se halla implícita en nuestra normativa, puede llegar a ser una conducta bastante perjudicial desde el punto de vista de la economía procesal de la causa, dado que, el no contar con un artículo que la regule explícitamente, puede surgir inconformidad y desconfianza hacia el juez y, por ende, un retardo injustificado en la solución del litigio.

Como es bien sabido, nuestro proceso civil se rige tanto por el principio dispositivo como por el principio de aportación de parte de forma absoluta, absolutismo que muchas veces impide la adecuada producción de justicia; he aquí el objetivo del presente capítulo, demostrar como el equilibrio entre los poderes de las partes y del juez pueden evitar vicios, actividades fraudulentas e inútiles a lo largo del proceso, sobre todo en la etapa probatoria.

Para llegar a dicho equilibrio resulta vital la concesión de refuerzos a las facultades judiciales en tres momentos claves que son la proposición, la admisión y la práctica de los medios probatorios.

La normativa modelo a examinar para entender el fundamento de estas nuevas facultades judiciales es aquella establecida en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, específicamente su Art. 429, denominado “Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio”.

1. Si no hubiere acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba.

**Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.**

En el caso al que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal.

Del artículo citado podemos inferir que son dos las facultades entregadas al juez, por un lado, la facultad de advertencia a través de la que las partes entenderán que no han logrado satisfacer las expectativas probatorias del juez; y por otro, la facultad de sugerencia que se traduce en la posibilidad de que sea el mismo juez quien solicite a las partes la práctica de los medios probatorios que considere cruciales para la resolución de la causa y consecuente emisión del fallo; fenómeno al que se lo conoce como inversión en la proposición de la prueba.

De esta manera queda plasmada la inminente necesidad en la que se halla nuestro Código de Procedimiento Civil por incluir preceptos tan completos y novedosos que ya han empezado a dar frutos sumamente positivos en todas las legislaciones que los han aplicado.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### CONCLUSIONES

- El presente trabajo de investigación busca profundizar en el tema de la carga probatoria de las partes y en la influencia de la oralidad en esta fase del proceso analizando, en primer lugar, la base jurídica sobre la que nuestra legislación fundamenta, tanto la definición, como el alcance de la carga de la prueba que se halla prevista en la Sección 7º del Título I, Libro II del Código de Procedimiento Civil.
- El concepto de la carga de la prueba tiene sus orígenes en la expresión latina *onus probandi*, principio jurídico que señalaba quién tenía la obligación de probar un determinado hecho ante los tribunales; y cuyo fundamento radica en un antiguo aforismo del derecho que expresa que lo normal se presume, lo anormal debe probarse; *affirmanti incumbit probatio*, es decir, a quien afirma incumbe la prueba.
- Las principales características atribuidas a esta distribución de la obligación de probar son, en primer lugar, faculta al juez con el poder de decidir sobre la actuación del derecho sustancial al surgir insuficiencia probatoria, en segundo lugar, determina a quién le corresponde el riesgo y perjuicio de que no se practique la prueba con la debida oportunidad, y, finalmente, que su adecuado o inapropiado manejo se aprecia en el momento en el que el juez emite su fallo, dado que su fin primordial es permitirle al juez resolver sobre la litis cuando la prueba no otorga la necesaria certeza.
- Nuestros jueces no pueden dejar de cumplir su deber de juzgar ni por silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, ni por escasez o ausencia de prueba respecto de los hechos esenciales de la causa.



- La carga procesal debe entenderse desde un primer ángulo, como una situación jurídica instituida en la ley que consiste en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia perjudicial para él; y, como la potestad y deber del juez para esclarecer oficiosamente la realidad fáctica en litigio, para garantizar de esa manera que sus decisiones de fondo sean adoptadas en forma justa.
- No podemos hablar de un dueño absoluto o de un personaje principal en el evento de la distribución de la carga de la prueba, y menos aún podemos excluir al rol del juez ni restarle importancia a su labor cuando en realidad es él quien maneja, distribuye, valora y resuelve las aportaciones probatorias recibidas.
- El ejercicio de la función de juzgar impone como deber trascendental el de fallar, ajustándose a los mandatos constitucionales que imponen como garantía fundamental la debida motivación del fallo. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.
- La prueba es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan durante el juicio.
- La sugerencia probatoria de oficio constituye la libertad, tanto laboral como ideológica del juez, para intervenir en la etapa probatoria y solicitar las pruebas que a su criterio sean pertinentes para la óptima resolución de la causa, sin que en ningún momento el principio de imparcialidad respecto a las partes se vea afectado y toda vez que su objetivo esté encaminado a la aclaración de inconsistencias y dudas y no a la demora innecesaria de la sentencia final.
- En lo oral la concentración e inmediación operan de manera perfecta, el juez adquiere una mayor capacidad para juzgar, en razón del conocimiento y apreciación directa que hace de las personas y hechos sometidos a su examen, y dispone, de una mayor actividad y más amplias facultades.
- El sistema oral va más allá de someter al método de audiencias orales a discusión, sino que además propone la idea de un debate oral a lo largo del proceso, sin que de

ninguna manera se excluya a la escritura como la forma esencial de preparación y documentación del pleito.

- La implementación del sistema oral permitirá una mejor apreciación y valoración de las pruebas, considerando que el juez siempre las recibirá de forma directa, obteniendo un mayor número de elementos de convicción sin que exista la obstrucción producida por trámites innecesarios y la intervención de terceros ajenos al proceso, logrando contribuir a una mayor efectividad del proceso.
- La teoría de las cargas probatorias dinámicas no busca colocar, a manera de regla de distribución, la carga de la prueba sobre ambas partes o exclusivamente sobre una de ellas, al contrario, busca colocarla sobre aquel que se encuentra en mejores condiciones para producirla.
- El óptimo y eficaz funcionamiento de las cargas probatorias dinámicas gira en torno al conjunto de actitudes positivas o evasivas frente a la prueba que se pueda apreciar en las partes, es decir su actividad o inactividad.

## RECOMEDACIONES

- Tras haber percibido la magnitud, complejidad y relevancia de etapas y momentos procesales como la aportación de pruebas y, específicamente, la determinación de la carga de la prueba que recae sobre las partes, es posible apreciar que nuestra legislación no brinda la información ni las facilidades suficientes como para que estas actuaciones, en lugar de constituir una traba innecesaria dentro del proceso, se transformen en mecanismos de agilización y sobretodo inmediación entre las partes y el juez. He aquí precisamente uno de los puntos más débiles e inestables dentro del proceso civil, la ausencia de una participación directa del juez en el desarrollo de los hechos, antes y a lo largo del proceso, situación que, desde mi punto de vista, constituye uno de los principales puntos a reformarse en un futuro nuevo Código de Procedimiento Civil.

Es obvio que dadas ciertas circunstancias, las facultades otorgadas al juez para deprecar y comisionar resultan ser herramientas bastante útiles, sin embargo, su uso indebido y mala aplicación producen un distanciamiento sumamente perjudicial entre la verdad de los hechos y la percepción de los mismos por parte del juez, así como de la exactitud y credibilidad de la resolución final.

En pocas palabras, la obligación del juez de estar presente, dirigir y atender a toda fase, incidente o situación que surja a medida que el proceso se desarrolla, es una responsabilidad social que merece toda su disponibilidad y apertura, tomando en cuenta que los efectos de los resultados obtenidos no influirán únicamente a las partes involucradas, sino a una colectividad entera y en especial, al conglomerado de intereses estatales.

- Las nuevas orientaciones y concepciones del procedimiento civil no pueden obviar de ninguna manera, la importancia de principios tradicionales ni mucho menos al sistema dispositivo que consagra la esencia del proceso en las actuaciones de las

partes. Sea que la actuación del juez se extienda a nuevos horizontes o que se destine al demandante y al demandado la suerte del impulso de la causa y la aportación de pruebas de forma exclusiva; serán siempre éstas partes procesales las que concentren en sus manos el desarrollo de la causa y su ágil resolución según sus intervenciones e intereses, ceñidos a una legislación clara y didáctica que en todo momento e instancia buscará brindar la seguridad e igualdad jurídica requerida.

- La mejoría experimentada por los sistemas de otros países que han implementado a la oralidad como el mecanismo supremo para la resolución de conflictos de índole procesal civil, se aprecia claramente al examinar la descongestión de procesos acumulados, la rapidez con la que se da solución a nuevas causas y la satisfacción de las partes que se han sentido escuchadas y atendidas debida y justamente por el órgano judicial competente.
- Sin importar cuál sea el destino de la normativa presentada a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente, no podemos omitir explotar los beneficios que aportaría, de acuerdo al análisis efectuado, la implementación de las audiencias como un método más efectivo, corto, honesto y personal de exponer y aportar los hechos controvertidos a consideración del juez.
- Al fenómeno que podríamos definir como un proceso de modernización legal, llevado a cabo en varios países con legislaciones semejantes a la nuestra, en especial la española, con la nueva ley de enjuiciamiento civil, es un modelo digno de ser integrado a nuestro sistema, modelo que ya se ha hecho presente en el proyecto de Código de Procedimiento Civil planteado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho procesal (IEDP), resaltando en ambos que la oralidad es la esencia de un procedimiento civil efectivo, certero y favorable a los conflictos sometidos a una pronta resolución.
- La intención, tanto del trabajo de fin de carrera como de estas nuevas alternativas legales y proyectos procesales dentro del ámbito de la carga probatoria, es simplemente, darle cabida a una nueva cultura procesal en la que la producción del

material probatorio sienta sus bases en la solidaridad y responsabilidad compartida; por ende, una de las principales recomendaciones recae en la apertura de la mentalidad procesal de aquellos individuos y diversas instituciones encargadas del manejo y, consecuentemente, del éxito del sistema procesal ecuatoriano, éxito que depende, como hemos podido apreciar, de la educación procesal de las partes, es decir, la capacitación de magistrados, jueces, abogados y, en general, de la colectividad respecto a las posibilidades, las doctrinas, la simplificación de trámites y formalidades que, en conjunto, darán un giro completo a la cultura procesal en nuestro país.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio, “Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General”, Tomo II, 6ta ed., Edit. Jurídica de Chile, 1998.
- ARAZI, Roland, “El Proceso Civil de Fin de Siglo en Derecho Procesal en Vísperas del Siglo XXI”.
- BERZOSA, Francos, “Los Principios Inspiradores del Futuro Proceso Civil, Presente y Futuro del Proceso Civil”, JM Bosch, Barcelona, 1998.
- CABRERA A., Benigno Humberto, “Teoría General del Proceso y de la Prueba”, 6ta ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996.
- CARNELUTTI, Francesco, “Lezioni di Diritto Processuale Civile”, Tomo II, Edit. Arayú, Buenos Aires, 1955.
- CHIOVENDA, Giuseppe, “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, Tomo III, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.
- CLARO S., Luis, “Explicaciones de Derecho Civil”, Santiago de Chile, 1939.
- COUTURE, Eduardo, “Estudios de Derecho Procesal Civil”, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1948-1950.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Teoría General de la Prueba Judicial”, Tomo I, 3era ed., Edit. Fidenter, 1974.
- DÍEZ, Picazo L. “Sistema de Derecho Civil”, Vol. 1, Madrid, 1997.
- FENECH, Miguel, “El Proceso Penal”, 4ta ed., Ed. AGESA, Madrid, 1982.
- GIMÉNEZ GLUCK, David, “Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional”, Edit. Bosch, Madrid, 2004.

- GOLDSCHMIDT, James, “Derecho Procesal Civil”, Edit. Labor, Barcelona, 1936.
- GUASP, Jaime, “Derecho Procesal Civil”, Tomo I, 6ta ed., Civitas Ediciones, Madrid, 2003.
- INSTITUTO ECUATORIANO DE DERECHO PROCESAL (IEDP) Proyecto de Código de Procedimiento Civil.
- LÓPEZ, Francisco S., “Disposiciones Generales sobre la Prueba (Análisis de los Artículos 281 a 289 y Concordancias de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)”, Editorial La Ley, 1era Edición, 2001.
- LÓPEZ F., Mercedes, “La Carga de la Prueba en la Práctica Judicial Civil”, Edit. La Ley, 2006.
- LÓPEZ, Verónica, “La Prueba de Reconocimiento Judicial en el Proceso Civil”, Editorial La Ley, Madrid, 2001.
- LLUCH, Xavier Abel, “Reflexiones sobre la Iniciativa Probatoria del Juez Civil, Problemas Actuales de la Prueba Civil”, JM Bosch Editores, Barcelona, 2005.
- LLUCH, Xavier Abel, “Iniciativa Probatoria de Oficio en el Proceso Civil”, Editorial Bosch, Barcelona, 2005.
- LLUCH, Xavier Abel, “Aspectos Prácticos de la Prueba Civil”, JM Bosch editores, Barcelona, 2006.
- MICHELI, Gian Antonio, “La Carga de la Prueba”, Edit. Ejea, Buenos Aires, 1961.
- MIDÓN, Marcelo Sebastián, “Derecho Probatorio: Parte General”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2007.
- MORELLO, Augusto M., “Avances Procesales”, Rubinzal–Culzoni Editores, 2003.
- NAVARRO, Bonet, “Consideraciones sobre la Fase de Prueba de los Procesos Civiles, en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Ed. Ponencias, Murcia, 1997.
- NOREÑA, A., “Pruebas Judiciales”, Edit. Librería Siglo XX, Bogotá, 1944.

- PALACIO, Lino Enrique, “Manual de Derecho Procesal Civil”, Tomo I, 4ta ed. actualizada, Edit. Abeledo – Perrot, Buenos Aires.
- PEYRANO, Jorge W., “Cargas Probatorias Dinámicas”, Rubinzal–Culzoni Editores, Santa Fe, 2004.
- RICCI, Francisco, “Tratado de las Pruebas”, Edit. La España Moderna, Madrid.
- RODRÍGUEZ y PEÑA, “Derecho Procesal Civil”, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1956.
- ROSEMBERG, Leo, “La Carga de la Prueba”, Edit. Egea, Buenos Aires, 1956.
- SENTÍS M., Santiago, “La Prueba”, Buenos Aires, 1978.



## **BIBLIOGRAFÍA LEGAL**

- Código de Procedimiento Civil.
- Código de Comercio.
- Código del Trabajo.
- Código de Procedimiento Penal.
- Constitución Política de la República de 1998.
- Constitución de la República vigente.
- Ley de Comercio Electrónico.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 23 de mayo de 1976.

## ANEXOS

### **Sentencia del Juicio No. 350-07, Corte Suprema de Justicia, Sala Especializada de Conjuces de lo Contencioso y Administrativo.**

Quito, 29 de enero de 2008

JUICIO No. **350-07**

**CASILLERO No. 940**

Señor Contralor General del Estado

En el juicio de recusación seguido por el ingeniero Evandro Correa Nacul, apoderado y representante legal de Repsol YPF Ecuador S.A. contra los señores Magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, hay lo siguiente:

ESTUDIADA EN RELACIÓN LA PRESENTE CAUSA EL DÍA DE HOY LUNES VEINTIOCHO DE ENERO DOS MIL OCHO POR LOS SEÑORES CONJUECES DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DOCTORES MANUEL SANTIAGO YÉPEZ ANDRADE, GENARO EGUIGUREN VALDIVIESO, GUSTAVO DURANGO VELA, EN SU ORDEN. CERTIFICO.- Dra. María del Carmen Jácome O. Secretaria Relatora

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE CONJUECES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Quito, 28 de enero de 2008.- VISTOS (350-07).**- El señor Evandro Correa Nacul, por los derechos que representa en su calidad de Apoderado General de la compañía REPSOL YPF ECUADOR S.A., con fecha 6 de septiembre del 2007, propone demanda de recusación en contra de

los señores Ministros de la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, doctores Hernán Salgado Pesantes, Marco Antonio Guzmán y Jorge Endara Moncayo. En su escrito de demanda (fs. 13 a 15 de los autos) el accionante manifiesta que dentro del proceso de casación N° 32-2006, que sigue su representada en contra del Contralor General del Estado y Procurador General del Estado ha presentado un pedido de aclaración y ampliación de la sentencia emitida por el Tribunal el 24 de agosto de 2007, sin que la Sala se haya pronunciado hasta la presente fecha; que tampoco se le ha notificado y corrido traslado con el escrito con el que la Contrataría contesta su pedido, actuaciones que violan el debido proceso y la legítima defensa. Que la sentencia tiene afirmaciones que constituyen juicio de valor u opinión escrita, lejanos a los elementos de hecho y de derecho planteados por la actora para resolución del juez. Con lo expuesto y fundado en los números 6, 9 y 10 del Art. 856 del Código de Procedimiento Civil pide se declare que se ha incurrido en las causales de recusación referidas y se separe a los demandados del conocimiento del juicio N° 32-2006.- La Sala de Conjuces de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en auto de 22 de octubre del 2007, avoca conocimiento de la presente demanda de recusación, se admite a trámite y solicita a los señores Magistrados titulares emitan el respectivo informe. En efecto los doctores Marco Antonio Guzmán Carrasco y Jorge Alberto Endara Moncayo en escrito de 23 de octubre de este año manifiestan que la recusación ha sido planteada después de que ha sido dictada la sentencia, por tanto no procede tal recusación, incluso después de que se ha despachado el pedido de aclaración de la sentencia; que la demanda se fundamenta en los numerales 6, 9 y 10 del Art. 856 del Código de Procedimiento Civil, lo cual no tiene ningún sustento. En similares términos se pronuncia el Magistrado doctor Hernán Salgado Pesantes. En providencia del 29 de octubre del 2007, se abre la causa a prueba por el término de 4 días, dentro del cual el demandante ha solicitado varias diligencias que fueron oportunamente atendidas. Concluida la tramitación de la causa, corresponde dictar sentencia, para lo cual se considera: **PRIMERO.-** Esta Sala de Conjuces de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de la recusación planteada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 862 del Código de Procedimiento civil. **SEGUNDO.-** Se declara la validez del proceso, pues no se advierte ninguna omisión de solemnidad que pueda influir en la decisión de la causa o que haya ocasionado indefensión. **TERCERO.-** La demanda propuesta por REPSOL YPF ECUADOR S.A. se fundamenta en los numerales 6, 9 y 10 del Art. 856 del Código del Procedimiento Civil, los cuales señalan como, motivo de recusación al juez o tribunal: "6.- *Haber fallado en otra instancia y en el mismo juicio la cuestión que se ventila u otra conexa con ella;* 9.- *Haber dado opinión o consejo sobre el juicio que conste por escrito;* y, 10.- *No sustanciar el proceso en el triple de tiempo señalado por la ley.* " En consecuencia era obligación de la parte actora demostrar en forma documental que se hubiese producido cualquiera de esas tres causales, lo que de forma alguna ha ocurrido; debió demostrar en primer término que los doctores Salgado, Endara y Guzmán han conocido como Ministros jueces este mismo caso en otra instancia u otra causa que tenga conexión con ella; que todos ellos o alguno hayan dado opinión o consejo escrito sobre el juicio que se ventila; y por último, que no hayan sustanciado el proceso en el triple de tiempo señalado, lo cual resulta absurdo, por decir lo menos, si se considera (consta en el proceso y lo reconoce la parte actora) que se dictó sentencia en el juicio de Casación N° 32-2006 el 24 de agosto del 2007, es decir varios días antes de que se

proponga la presente acción de recusación, e incluso se resolvió la petición de aclaración y ampliación en auto de 13 de septiembre del 2007, lo que desvirtúa cualquier intento de recusación por cuanto el juicio ya había sido resuelto. Sin que sea menester entrar en mas análisis y por falta de prueba, esta Sala de Conjueces de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, rechaza la demanda de recusación propuesta por el representante de la compañía REPSOL YPF ECUADOR SA, advirtiéndolo a los abogados defensores, que de seguir persistiendo en presentar escritos, con el único afán de retardar la ejecución del fallo, se aplicará la sanción prevista en el Art. 293 del Código de Procedimiento Civil. Notifíquese y archívese.- f) Dr. Manuel Yépez Andrade, Dr. Genaro Eguiguren Valdivieso, Dr. Gustavo Durango Vela, CONJUEZ PERMANENTE y CONJUECES OCASIONALES.

Lo que comunico a usted para los fines de Ley.

**Certifico.**



**SECRETARIA**

**Sentencia del Juicio No. 11786, Primera Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso y Administrativo.**

**Proyecto Dra. Raquel Lobato**

**Juicio Contencioso Administrativo N° 11786.**

**TRIBUNAL DISTRITAL No 1 DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- PRIMERA SALA.-** Quito, a 02 de abril del 2008, las 9h30. **VISTOS.-** Avocamos conocimiento del presente juicio contencioso, en nuestras calidades de Ministros Jueces de la Primera Sala del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo.- El señor doctor Luís Eduardo Riofrío Prado mediante escrito de fojas 10 a 24 del proceso, comparece y demanda a la Contrataría General del Estado en la persona del doctor Genaro Peña Ugalde, Contralor General del Estado, encargado, del doctor Mauricio Torres Trujillo, Director de Responsabilidades encargado, y a su vez firmante en el oficio N° 022376 DIRESR, de fecha 27 de mayo del 2004, quien asume también la responsabilidad del señor Contralor General del Estado y solidariamente a los señores: doctor Hugo Espinosa Ramírez, Director de Responsabilidades, ingeniero René Cordero Jaramillo, Subcontralor General del Estado encargado, que son los funcionarios que conocieron el contenido de los escritos de reclamación administrativa de la glosa N° 4720 por la suma de \$ 148'158.696,00 y como resultado del estudio al informe de examen especial practicado al Proyecto de Agua Potable Regional Yanahurco, por el período comprendido entre el 1 de diciembre de 1995 y el 30 de noviembre de 1998, los cuales desoyeron sus reclamos, los tergiversaron e incurrieron en serias contradicciones y falsedades, extendiéndose fundamentalmente esta demanda a los responsables del establecimiento de la glosa, los empleados de la Contraloría en la Dirección Regional III, en la ciudad de Ambato, personas que por ignorancia, mala fe, por justificar trabajo, cumpliendo consignas o desquite profesional, se permitieron sin fundamento legal o real alguno establecer fraudulentamente las bases deleznable de la glosa, muy especialmente al doctor Holguer Chávez, abogado de la Dirección Nacional III de la Contraloría en Ambato en ese entonces, y a todos cuantos hayan intervenido en este caso.- Manifiesta que la glosa expedida con resolución N° 5098 de 27 de junio del 2002 DIRES-R, materia de la demanda, se contiene en el oficio DIRES-DE de 7 de julio del 2000, fue notificado con fecha 25 de julio del 2000, habiendo antecedido al establecimiento de la glosa los oficios números 20.98.A.CPT de fecha 20 de abril de 1998 y otro signado con el número 33-98-A-CPT de fecha 22 de abril de 1998, suscritos por la señora Teresa Guevara de Lanás, Auditora de Contraloría, comunicaciones a las que dio contestación con escrito presentado en la Dirección Regional III de Contraloría con fecha 29 de abril de 1998 y signado con el número 0744, en el que con lógica y marco legal sólido refutaba todas las ilegales y antojadizas imputaciones.- Que a la notificación de la glosa contestó con la comunicación de fecha 11 de septiembre del 2000, en el que constan breves antecedentes y los argumentos en derecho avalando la petición de dejar sin efecto y archivar la mentada resolución en la que se determinaba la glosa.- Que con fecha 27 de junio del 2002, es decir a los dos años y diez meses recibió el escrito de ratificación de la glosa, esta vez con otros argumentos.- Que dentro del término legal presentó recurso de revisión en forma conjunta con los consejeros provinciales, mediante escrito con fecha 6 de agosto del 2002, posteriormente también presentó en forma individual escrito de recurso de revisión de la glosa, con fecha 13 de

agosto del 2002, rechazando los nuevos argumentos.- Que con fecha 29 de septiembre del 2003 se dicta la resolución N° 6737, mediante la cual se ratifica la glosa, ahora con nuevos fundamentos.- Que recurrió al segundo recurso de revisión, mediante escrito de 4 de diciembre del 2003, ingresado en la Contraloría General del Estado en la ciudad de Quito, con fecha de 9 de diciembre del 2003, dentro del término.- Que con fecha 27 de mayo del 2004 recibió el oficio N° 022376 DIRESR, mediante el cual sin mayor argumento y con pretexto falso en la parte final se dice: "Al momento permanece firme la responsabilidad en su contra".- El Procurador Síndico no es el ordenador del gasto público; los artículos 361 y siguientes hasta el 372 inclusive de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, establece los deberes y obligaciones de los funcionarios de los organismos seccionales.- Que los Procuradores Síndicos no reciben dineros, no mantienen control o custodia de la inversión, gasto o pago de fondos públicos, no manejan bienes públicos, razón por la cual no rinden caución; los demás deberes del Procurador Síndico se encuentran determinados en los artículos 43 y 44 de la Ley de Régimen Provincial y el asesoramiento se remite exclusivamente al campo jurídico que es lo que en apego a la Ley lo ha realizado con honestidad y diligencia; consecuentemente no comprende la responsabilidad civil, si ésta no existe como lo ha demostrado.- Que ha de afirmar categóricamente que solamente luego de su salida del H. Consejo Provincial se han suscrito las actas de entrega provisional y definitiva de la obra, instancias en las que debió haberse exigido el cumplimiento de la obligación por parte del contratista, descontando de las garantías los rubros glosados, aquello si se ha realizado.- Que adjunta los siguientes documentos: Oficio de fecha 24-X-2001, N° 262DF dirigido por el CPA. Marco Andrade, Director Financiero (E) y Doctora Martha Catuta, Tesorera Provincial (E) al señor Gerente del B.E.V. pidiéndole que cumpla con el hecho de emitir un cheque del H. Consejo por el valor de \$ 6.101,65 y la diferencia con otro cheque a favor del ingeniero René Cevallos, conforme el acta definitiva suscrita; oficio con fecha 20 de septiembre del 2001, N° 114DFC, suscrito por el economista Alfredo Ortiz Calvache, Director Financiero y señora Fanny Mejía, Ex Tesorera Provincial (fallecida), dirigido al señor Gerente del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, Sucursal Ambato, pidiéndole se sirva liquidar los fondos de garantía retenidos a excepción de \$ 6.101,65 dólares americanos que deberán permanecer como saldo en cumplimiento a lo constante en el acta definitiva, suscrita entre el H. Consejo Provincial y el Contratista; oficio con fecha 01 de noviembre del 2001, N° 273-DF, firmado por la señorita Martha Catuta, Tesorera encargada y el economista Alfredo Ortiz Calvache, Director Financiero dirigido al Banco Nacional de Fomento, pidiendo que se abra una cuenta de ahorros a nombre del H. Consejo Provincial de Tungurahua, con un depósito inicial de \$ 6.101,65 dólares americanos y mediante cheque N° 097420 valor parcial de los que fueron Fondos de Garantía del Consorcio Tungurahua Yanahurco, Compañía Constructora; copia certificada de la libreta de ahorros del Consejo Provincial de Tungurahua en el Banco Nacional de Fomento, en donde consta el ingreso de los \$ 6.101,65 dólares americanos con fecha 23 de noviembre del 2001.- El trámite a darse a esta causa es el contemplado en los artículos 27, 30, 33, 34, y siguientes de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, por cuanto esta controversia es exclusivamente sobre cuestiones de Derecho, de así estimar el Honorable Tribunal, conforme al inciso segundo del artículo 38 de la citada Ley; contestada la demanda se molestará dictar la sentencia que merece; en cumplimiento al artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, este recurso se considerará de plena jurisdicción o subjetivo, porque se han violado derechos personales.- Dándose el trámite pertinente a este juicio, se calificó la demanda el 31 de agosto del 2004 y se dispuso citar a los demandados, a fin de que contesten en el término de 20 días y propongan las excepciones de que se crean asistidos.- La Procuraduría General

del Estado, mediante escrito que corre de fojas 38 de acuerdo a lo previsto en los literales, c) de los artículos 3 y 5 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, señala casillero judicial para sus notificaciones.- Los demandados, esto es el Contralor General del Estado deduce las siguientes excepciones: 1) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de La demanda porque la resolución N° 5098 de 27 de junio de 2002 no resuelve el motivo de responsabilidad consignado en la glosa N° 4720 de 7 de julio del 2000.- Oscuridad de la demanda porque no se determina con precisión el acto administrativo materia de la presente acción y en consecuencia, no reúne el requisito que prescribe el literal d) del artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.- Legitimidad de las actuaciones del Organismo Técnico Superior de Control, porque al practicar la auditoría a los estados de situación financiera, resultados, flujo del efectivo y ejecución presupuestaria de esa corporación provincial, por el período comprendido entre el 1 de enero de 1995 y el 30 de diciembre de 1997, así como el examen especial al Proyecto de Agua Potable Regional Yanahurco, obra ejecutada por el H. Consejo Provincial de Tungurahua, por el período comprendido entre el 1 de diciembre de 1995 y el 30 de noviembre de 1998 y al determinar responsabilidades mediante las resoluciones números: 6557 de 7 de agosto de 2003 y 6737 de 29 de septiembre de 2003, respectivamente, ha ejercido con equidad sus competencias para el control de los recursos públicos.- Improcedencia de la demanda, porque refiere fundamentos de hecho y de derecho contrarios al procedimiento reglado de determinación de responsabilidades que se sustentó en el análisis de la legalidad, propiedad y corrección de los ingresos del H. Consejo Provincial de Tungurahua.- Legalidad de las resoluciones números: 6557 de 7 de agosto de 2003 y 6737 de 29 de septiembre de 2003, porque durante los procedimientos administrativos de emisión de aquellas, se ha observado lo prescrito por la Constitución Política, la Ley Orgánica de Administración Financiera y control, el Reglamento de Responsabilidades y más normas jurídicas que regulan la determinación de responsabilidades civiles por parte de la Contraloría General del Estado.- Improcedencia de la demanda porque fueron las acciones u omisiones de los funcionarios del H. Consejo Provincial de Tungurahua, incluido el actor en calidad de Procurador Síndico, las que fundamentan los perjuicios causados.- Inadmisibilidad de la demanda porque durante los procedimientos reglados de auditoría gubernamental y de determinación de responsabilidades, se han observado los preceptos constitucionales relacionados con la legítima defensa y debido proceso.-Falta de derecho para impugnar la glosa N° 4720 de 7 de julio de 2000 porque no constituye acto administrativo que haya causado estado, ni resuelve directa o indirectamente el fondo del asunto por lo que contraviene el artículo 5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.- Caducidad del derecho y prescripción de la acción porque en el supuesto no consentido de que la glosa N° 4720, notificada al demandante el 27 de julio del 2000, hubiera constituido acto administrativo que causó estado, ha transcurrido en exceso el término prescrito por el artículo 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.- El demandado doctor Hugo Espinosa Ramírez, Director de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado, se adhiere y hace suya la contestación a la demanda formulada por el doctor Genaro Peña Ugalde en calidad de Contralor General del Estado Subrogante; solicita se rechace la demanda, toda vez que no ha especificado el acto administrativo de la Contraloría, que es objeto de la impugnación.- El demandado doctor Mauricio Torres Trujillo, Jefe de Determinación de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado, mediante escrito de fojas 41, también se adhiere y hace suya la contestación a la demanda formulada por el doctor Genaro Peña Ugalde en calidad de Contralor General del Estado.- El demandado ingeniero René Cordero Jaramillo, Subcontralor General del

Estado Encargado, comparece a fojas 43 y también se adhiere y hace suya la contestación a la demanda formulada por el doctor Genaro Peña Ugalde, en su calidad de Contralor General del Estado Subrogante.- Concluido que ha sido el trámite procesal y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 196 de la Constitución Política del Estado, 1, 2, 3, y 10 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el Tribunal es Competente para el conocimiento y resolución de la presente causa y la Sala atento el sorteo efectuado. **SEGUNDO.-** No existen causales de nulidad que declarar pues durante el trámite, no se ha inobservado solemnidad alguna que afecte la validez del proceso. **TERCERO.-** La negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho formulados por los demandados obliga al actor a probar los hechos afirmados por su parte en la demanda. **CUARTO.-** Al calificar la demanda, el Ministro de Sustanciación la encontró clara y completa sin que se haya impugnado esa providencia en su oportunidad.- Además la parte demandada no establece cuál es el requisito formal que ha incumplido el actor en su demanda por lo que se rechaza la excepción de improcedencia de la demanda formulada por los demandados. **QUINTO.-** Del análisis y estudio de las pruebas aportadas por las partes, así como el contenido del examen especial al Proyecto de Agua Potable Regional Yanahurco, obra ejecutada por el H. Consejo Provincial de Tungurahua por el período comprendido entre el 1 de diciembre de 1995 y el 30 de noviembre de 1998, así como el expediente administrativo de la resolución N° 5098 de 27 de junio del 2002, y el expediente administrativo de la resolución N° 6737 de 29 de septiembre del 2003, y la prueba documental del actor, se concluye que la glosa expedida con resolución N° 5098 de 27 de junio del 2002 DIRES-R materia de la demanda y que se contiene en el oficio DIRES-DE de fecha 7 de julio del 2000, que le fue notificada con fecha 25 de julio del 2000, se encuentra debidamente justificada, toda vez que la ex Prefecta del Consejo Provincial de Tungurahua dispuso expresamente la retención del valor correspondiente al 0,5% del timbre provincial, conforme constaba en el texto de los contratos, habiéndose descontado el valor correspondiente, el mismo que se depositó en la cuenta de ahorros del Banco de Fomento a nombre del H. Consejo Provincial de Tungurahua, esto es la suma de \$ 6.101,65 dólares mediante cheque N° 097420 del Banco Nacional de Fomento, valor que corresponde a fondos recibidos por parte del Consorcio Tungurahua Yanahurco, cuyo representante es el ingeniero René Cevallos León portador de la cédula de identidad 110007450-7. **SEXTO.-** A fojas 129 de los autos consta el título de crédito N° 0031 por la suma de \$ 148'158.656 sucres, expedido el 19 de enero de 1999, el mismo que corresponde a descuentos del 4% de fiscalización \$132773,044 y/o el 0,5% del timbre provincial, \$ 15'385.652 sucres. Este título de crédito ha servido de base al Consejo Provincial de Tungurahua para iniciar el proceso coactivo en contra del ingeniero René Cevallos representante del Consorcio Regional Yanahurco en la provincia de Tungurahua, habiéndose iniciado el juicio coactivo y citado el 14 de julio del 2000 a las 16HOO y el coactivado contesta al juicio ejecutivo proponiendo juicio de excepciones, el 17 de julio del año 2000, habiendo consecuentemente remitido el mencionado proceso al Tribunal Distrital de lo Fiscal, cuyo conocimiento ha correspondido atento el sorteo respectivo a la Primera Sala, en la que se ha tramitado el juicio de excepciones deducido por el ingeniero Hernán René Cevallos León representante del Consorcio Tungurahua Yanahurco, en contra de los señores Director Financiero, Tesorera, Procurador Síndico y Prefecta del Consejo Provincial de Tungurahua; además consta a fojas 154, la partida de defunción del actor del juicio de excepciones ingeniero Hernán René Cevallos León, fallecimiento que ha ocurrido el 20 de mayo del año 2007.- **SÉPTIMO.-** No existe perjuicio ocasionado al Consejo Provincial de Tungurahua, por el no pago de los valores correspondientes a timbre



provincial y fiscalización, toda vez que dichos valores fueron depositados en la cuenta mencionada. En mérito de lo expuesto **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, se acepta la demanda y se deja sin efecto la glosa N<sup>0</sup> 4720 por la suma de \$ 148'158.696,00 sucres que en dólares asciende a la suma de \$ 5'926,34784 confirmada mediante resolución N° 5098 de 27 de junio del 2002, debiendo una vez ejecutoriada esta sentencia, notificar a la Contraloría General del Estado, para que tome nota en los libros correspondientes del contenido de esta sentencia. Sin costas.- **NOTIFÍQUESE.-** f).- Dr. Marco Idrobo Arciniega.- f).- Dr. Fernando Torres Merizalde.- f).- Dra. Raquel Lobato de Sancho.- **MINISTROS DE LA PRIMERA SALA.-**

Lo que comunico a usted para los fines de Ley.-

**SECRETARIO RELATOR**

- **17-XI-98 (Expediente No. 723-98, Primera Sala, R.0.103, 7-1-99)**

- *CARGA DE LA PRUEBA*

- *PRUEBA: Instrumento privado*

**"VISTOS:** El Banco C. S.A., por medio de su procurador abogado D.V., demanda enjuicio verbal sumario a M.G. e I. G., en sus calidades de deudor principal y garante codeudor solidario, el pago de S/. T971.806 de capital, más los intereses bancarios del plazo y los intereses de mora desde el mes de febrero de 1993, liquidados al momento del pago. El Juez Décimo de lo Civil de Guayaquil, en sentencia de primera instancia, declara con lugar la demanda y ordena que M.G. pague al Banco C. S.A. el capital adeudado y los intereses reclamados que fueren procedentes y rechaza la acción invocada contra el garante. Por apelación del demandado, M. G., la Segunda Sala de la Corte Superior de Guayaquil, en sentencia de segunda instancia, estimando que no se ha probado debidamente la existencia de la obligación cuyo pago se demanda, revoca la sentencia dictada por el Juez Décimo de lo Civil y declara sin lugar la demanda. El agraviado, mediante recurso de casación, ataca esta sentencia, por la causal 3ra. del Art. 3 de la Ley de Casación. Cita como normas de derecho infringidas los Arts. 119, 120, 277 y 278 del Código de Procedimiento Civil, los Arts. 1588 y 1589 del Código Civil, y la Resolución de la Superintendencia de Bancos No. 84.840 de 16 de octubre de 1984, publicada en el Registro Oficial No. 50 de 23 de octubre de 1984, en concordancia con el Art. 7, numeral 18, del Código Civil. Subido el recurso a la Corte Suprema de Justicia, y radicada la competencia, por el sorteo de ley, en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, para resolver se considera:

**PRIMERA.-** Del examen del escrito que contiene el recurso de casación se infiere que los cargos formulados por el recurrente, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Ad quem, se concentran en estos dos puntos: 1.- Que en la sentencia se han quebrantado las normas procesales que regulan la carga de la prueba, al determinar en ella que le correspondía al actor probar la existencia de la obligación demandada, por la cantidad de S/. 1'971.806, más los intereses respectivos, no obstante haber admitido su existencia el demandado en la contestación a la demanda, y 2.- Que, asimismo en la sentencia, al no admitirse como prueba el estado de cuenta por concepto de adquisición de bienes y servicios por parte de M. G., con cargo a la Tarjeta de Crédito V. Banco C. No. 31341686 6001, se ha quebrantado la norma sustancial del Art. 1588 del Código Civil, de que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes; porque aunque dicho estado de cuenta no está firmado por el demandado, hace fe en su contra, por lo estipulado en la letra c) del Contrato de Emisión y Uso de la Tarjeta de Crédito V. BCH. Al respecto dice: '... Las partes les dan valor de prueba instrumental y suficiente de los cargos o consumos realizados, y el saldo actual (crédito), por lo que frente a ellas, no podrán oponerse excepción alguna... Pero los señores Ministros de mayoría de la Segunda Sala, olvidaron que tanto la doctrina, como la ley (Código Civil), claramente establece que el contrato es ley para las partes, por lo que es una errónea interpretación lo expresado por ellos, de que mi representada no presentó los vouchers pagaré, cuando no tenía por qué hacerlo y que dentro del juicio no fue conminada a tener que hacerlo según el Art. 1045 del Código de Procedimiento Civil.

**SEGUNDA.-** La relación jurídico procesal impone a las partes determinadas conductas en el desarrollo del proceso, cuya inobservancia les acarrea consecuencias adversas. Estas son las llamadas cargas procesales, entre las cuales se hallan las concernientes a la prueba reguladas por los Arts. 117 y 118 del Código de Procedimiento Civil. Las cargas procesales no son propiamente obligaciones o deberes impuestos a los litigantes, pues estos se hallan en libertad de

cumplirlas o no y organizar su conducta procesal, como mejor les parezca. Correlativamente la carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario sino un imperativo del propio interés del litigante. En la demanda, el Banco C. S.A. afirma que en mérito del Contrato de Emisión y Uso de la Tarjeta de Crédito V. BCH, identificada con el número 31341686 6001, hizo pagos por consumos y servicios adquiridos por M. G., en diferentes establecimientos comerciales, afiliados al sistema de tarjetas de crédito, en varias cantidades de las cuales se halla impaga, por obligaciones vencidas la suma de S/. 1'971.806, de acuerdo con el detalle que consta en el estado de cuenta agregado al proceso. El demandado en su contestación a la demanda, expresa: '... si bien es cierto que en el momento de mi retiro del banco por la renuncia que presenté al cargo de Gerente de V., tenía un saldo deudor por la tarjeta de crédito, cuya cantidad era irrisoria y se pensó que al momento de entregar mi liquidación por los haberes que me correspondía, se cubriría dicha deuda, situación que no se ha dado porque el Banco no me ha llamado para ello...' En esta contestación, el Banco C. se apoya para sostener que M. G. reconoció la obligación y, por tanto, le incumbía a éste la carga de la prueba del pago.

**TERCERA.-** De conformidad con lo establecido por los Arts. 117 y 118 del Código de Procedimiento Civil incumbe al actor la carga de la prueba de las afirmaciones contenidas en su demanda, negadas por el demandado. A su vez, al demandado le incumbe la carga de la prueba de los hechos alegados en la contestación a la demanda. El demandado M.G., en su contestación a la demanda reconoce que es deudor del actor por una cantidad irrisoria, es decir por una cantidad insignificante por pequeña, diminuta. No admite que es deudor por la cantidad demandada que no es irrisoria sino significativa. De acuerdo con las reglas legales sobre la carga de la prueba, al actor le incumbía demostrar la existencia de la obligación demandada y al demandado la carga de la prueba de la extinción de esa obligación. Como se expresa en la sentencia recurrida, el actor no ha probado fehacientemente la existencia de la obligación de S/. T971.806, que afirma le adeuda de plazo vencido M. G. Es innegable que una deuda por el monto de S/. 1'971.806 de capital más los intereses respectivos no tiene identidad jurídica con una deuda irrisoria. La sentencia del Tribunal Ad quem, entonces, está ajustada a derecho al no confundir la existencia de la obligación significativa con la existencia de una deuda irrisoria, insignificante, pequeña, diminuta.

**CUARTA.-** El Art. 125 del Código de Procedimiento Civil señala en forma taxativa los medios de prueba y, entre ellos, a los instrumentos privados. El instrumento privado en que una persona se obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa o en la que confiesa haberla recibido o estar satisfecho de una obligación debe estar firmado por aquella persona para que tenga valor en un juicio, salvo los casos expresamente señalados por la ley, como expresa Luis Claro Solar: 'Es esencial al instrumento privado, entendido en el sentido estricto de que hablamos, es decir como productor de obligaciones o comprobado de su extinción, que ha de ser firmado por las partes o la parte contra la cual ha de hacer prueba. La firma es verdaderamente el complemento del documento privado y la característica que lo distingue de las otras clases de documentos. La ley no lo dice expresamente. Porque nada expresa de la forma a la que deba sujetarse el instrumento privado; pero esto se desprende de las diversas disposiciones que el Código destina a los documentos privados en efecto, la ley expresa que tratándose de convenciones en que no se requiere para su perfeccionamiento el otorgamiento de instrumento público, si éste fuese defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes, (Art. 1745 Código Civil ecuatoriano); estatuye también que el instrumento-privado tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan habérselo suscrito (Art. 1746); agrega que la facultad del instrumento privado no se cuenta respecto de terceros, sino desde el

fallecimiento de alguno de los que lo han firmado (Art. 1747); y por último, distinguiendo, dice que los asientos registro y papeles domésticos únicamente hacen fe contra el que los ha escrito o firmado (Art. 1748); y que la nota, escrito firmado por el acreedor a continuación al margen o al dorso de una escritura que siempre ha estado en su poder favorece al deudor (Art. 1749). La firma da en realidad, a entender que el instrumento está terminado y es completo, conteniéndose en él todo lo que las partes han convenido respecto de la materia de la convención. Un documento sin firma indica más bien un proyecto de convención y no una convención realizada'. 'Claro Solar. Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado', (volumen IV, Editorial TEMIS SA., 1992, Pág. 696).

**QUINTA.-** Las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento. La potestad de señalar los medios de prueba procesalmente admisibles o su mérito o valor corresponde exclusivamente a la ley. Se trata de una materia jurisdiccional del Estado y de la regulación del proceso que está fuera de la libertad contractual. Excepcionalmente la ley permite a las partes que celebran un contrato establecer ciertas estipulaciones procesales, fuera de ellas las estipulaciones contractuales procesales son nulas y de ningún valor y, consiguientemente no hacen fe en juicio, circunstancia que hay que tomar en cuenta para la valoración de la prueba, de acuerdo con la regla procesal del inciso primero del artículo 119 del Código de Procedimiento Civil. En esta virtud, se debe tener por no escrita la parte de la letra c) de la cláusula cuarta del contrato de emisión y uso de la Tarjeta de Crédito V. BCH, en la parte que dice: 'las que las partes, les dan valor de prueba instrumental y suficiente de los cargos o consumos realizados, y el saldo actual (Crédito) por lo que frente a ellas, no podrá oponerse excepción alguna...'. Por lo dicho, la sentencia expedida por la Segunda Sala de la Corte Superior de Guayaquil, al no admitir como elemento de prueba de la existencia de la obligación concerniente a los consumos y servicios adquiridos por M. G., el instrumento que contiene el estado de cuenta, sin la firma de éste, aportado como elemento de prueba por el actor en contra del demandado, (...), no ha quebrantado norma de derecho alguna; es decir en la sentencia, no hay aplicación indebida ni falta de aplicación ni errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia. Por las consideraciones expuestas, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, rechaza el recurso de casación interpuesto. ..."

## **Carga probatoria dinámica**

### **Carga y distribución**

21. La doctrina y jurisprudencia han flexibilizado el viejo rigor formal, que imponía la exclusividad de la carga de la prueba al demandante. La comente contemporánea ha perfilado la idea de las reglas de las cargas probatorias dinámicas o desplazamiento de la carga probatoria en función del principio de solidaridad o colaboración, atribuyendo a la demandada una conducta activa de colaboración en la reconstrucción histórica del facto, puesto que también debe ser de interés a su parte, que no queden dudas sobre la falta de autenticidad que atribuye a la firma de los documentos en que se basa el reclamo, con mayor razón disponía de los medios que posibilitaran la producción de la prueba pericial. Este principio de solidaridad o colaboración tiene absoluta vigencia en el caso que examino, y hace posible valorar quién se encontraba en mejores condiciones de probar el hecho, y pese a ello se abstuvo de hacerlo.

C2ªCCom. de Paraná, sala I, 10-9-97, "Clínica Modelo SA y otros c/Elmeco Ingeniería SAIC y otros s/Sumario por cobro de pesos", Zeus 76-J-369.

22. La carga probatoria dinámica es aquella que coloca en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas, para producir una prueba, la carga de rendirla.

CNCiv., sala J, 18-10-99, "Alomar, Walter I. e/Aval de Schiavon, Mónica L", L. L. 2000-A, O (42.381-S).

23. En el moderno Derecho Procesal no existen reglas absolutas en materia probatoria, dado que predomina el principio de las "cargas probatorias dinámicas" según el cual dicha carga se coloca en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla: no hay preceptos rígidos sino la búsqueda de la solución justa según las circunstancias del caso concreto.

CNCom., sala A, 20-9-96, "Schwabe Jurss y Cía. SA e/Propale SA", L. L. 1997-C-509.

24. En el marco legal previsto por el artículo 377 del Código Procesal, en virtud de la directiva sobre las cargas probatorias dinámica, se encuentra con mayor obligación de probar aquel que está en mejores condiciones o posee a su alcance con mayor facilidad los medios para arrimar al conocimiento del juzgador el esclarecimiento de los hechos.

CNAT, sala II, 26-3-96, "Dati Modernel e/Cándara y Hnos. Soc. Colectiva, Miguel", D. J. 1996-2-918, D. I. 1996-B-1/95.

25. En materia probatoria, no existen reglas absolutas ni inamoviblemente rígidas; el principio de la carga probatoria dinámica impone la prueba a la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla, pues ambos litigantes están obligados a colaborar en el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva.

CNCom., sala B, 23-2-99, "Banco de Galicia y Buenos Aires c/1. H., P. M. y otros", L. L. 1999-1-17, D. J. 1999-3-840.

26. El principio procesal de buena fe le impone recurrir, en materia de *onus probandi*, al criterio de las cargas probatorias dinámicas, que establece la obligación de concurrir a acreditar los hechos constitutivos de su defensa a la parte que se encuentra en mejores condiciones de justificarlos.

C2ªCCom. de Paraná, 1 3-1 0-98, "Clari de Antonini, Edelmira O e/Banco de Entre Ríos SA", L.L. Litoral 2000-89.

27. El concepto de la carga de la prueba ha evolucionado en el Derecho Procesal, habiéndose aceptado un sentido más flexible y facilitador, de colaboración y buena fe del derecho a probar, el nuevo concepto de "carga probatoria compartida" es manifestación de una nueva cultura del proceso judicial caracterizada por la vigencia del principio de solidaridad y el deber de cooperación de todos en procura de un rendimiento del servicio de justicia más eficiente, donde se encuentra aceptable que en buena medida la tarea probatoria es común a ambas partes.

Cla CCom. de Mar del Plata, sala 1,2-9-98, "F. J. C. L, suc.", L. L. Buenos Aires 1999-492.

28. En virtud del principio de las cargas probatorias dinámicas, se coloca la prueba en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones de producirla. En consecuencia, no hay preceptos rígidos, sino la búsqueda de la solución justa según las circunstancias del caso concreto.

CNCom., sala A, 18^97, "Banco de la Ciudad de Buenos Aires c/Farías, Ángel A.", L. L. 1998-C-55.

29. En el Derecho Procesal moderno predomina el principio de la carga probatoria dinámica, por el cual se coloca a ésta en *cabeza*, de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla. Así, la rigidez de preceptos es reemplazada por la búsqueda de la solución justa según las circunstancias del caso concreto.

CNCom, sala A, 30-9-96, "Frinca SRL c/Arinda de Viola, Aurora", L. L. 1997-A-356 (39.216-S), D.J. 1997-1-954.

30. El sistema de las cargas probatorias dinámicas configura un principio procesal de buena fe conforme al cual quien se encuentra en mejores condiciones para justificar el hecho constitutivo de su defensa debe realizar los aportes probatorios consiguientes y no ampararse en una mera negativa a transferir la responsabilidad de la prueba a la otra parte, invocando criterios absolutos o rígidos en la materia.

C2aCCom. de Paraná, sala H, 25-8-97, "Consorcio de Propietarios Santa Fe 588/596 c/Dantá Rizzieve Pitón SA y otra", L. L. 1998-F-888 (41.105-S), L. L. Litoral 1998-2-261.

31. En el Derecho Procesal moderno predomina el principio de la carga probatoria dinámica, por el cual se coloca a ésta en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla. Así, la rigidez de preceptos es reemplazada por la búsqueda de la solución justa según las circunstancias del caso concreto. El sistema de las cargas probatorias dinámicas configura un principio procesal de buena fe conforme al cual quien se encuentra en mejores condiciones para justificar el hecho constitutivo de su defensa debe realizar los aportes probatorios consiguientes y no ampararse en una mera negativa o transferir la responsabilidad de la prueba a la otra parte, invocando criterios absolutos o rígidos en la materia.

CCCMPaz y Trib. N° 4 de Mendoza, 4-5-99 (Interlocutorio), "D<sup>1</sup> Albora, Walter c/HSBC Banco Roberto SA y otros /Acción de amparo", mags.: Sarmiento García, Bernal y González.

32. La doctrina de la prueba dinámica establece que mejor condición de probar debe contribuir a establecer la verdad objetiva más allá de lo dispuesto por el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (voto del Dr. Vásquez)

CSJN, 17-3-98, "Sergi Vinciguerra, Antonio c/BCKA<sup>t</sup> australes".

33. Una de las cargas probatorias dinámicas es aquella conforme a la cual a falta de prueba debe suponerse que los hechos han acaecido conforme a lo normal y regular en la ocurrencia de las cosas. El conocimiento de cómo ocurren los hechos normales pertenece al saber privado del juez que éste puede invocar al fundamentar su sentencia.

S CAN 2 de Trelew (Chubut), 29-2-2000, "Castillo. José Héctor, en autos 'Cattáneo, Juan Carlos c/Sorroche, Ricardo s/Despido' Tercería de dominio".

34. La carga de la prueba ha recibido modernamente un tratamiento que trata de adecuarla a que sea un instrumento idóneo para el esclarecimiento de hechos controvertidos. Así se ha sostenido que la dinámica de la misma lleva a que quien debe cargar con ese deber procesal no sea siempre el que invoca un hecho, sino aquel que esté en mejores condiciones para probarlo.

CCOI de Neuquén, 12-9-95, "González, Carlos F. = Julio M. s/Ordinario", mags. votantes: Savariano (SE del Carril).

35. Conforme la teoría de la apreciación dinámica de las pruebas, ambas partes se encuentran obligadas a producir su aporte a los fines de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, no por voluntad sino por obligación procesal, para lograr una aplicación del Derecho por el sentenciante que tienda a ser más justo, poniéndose la carga probatoria en cabeza de quien por las circunstancias del caso, se encuentre en mejores condiciones de producirla.

CCCMPaz y Trib. N° 2 de Mendoza, 19-5-95, fallo 951940189 (Interlocutorio), "Banco Crédito Argentino c/Mónica Cañadas y otro s/Cobro de pesos", mags.: Marzari, Caso y Várela.

36. El concepto de "carga dinámica de la prueba" o "prueba compartida" consistente en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar pruebas al juzgador, tiende a privilegiar la verdad objetiva sobre la formal, a efectos de brindar la efectiva concreción de la justicia, aun abandonando los preceptos rígidos, para perseguir una resolución judicial justa -según las circunstancias fácticas- de las delicadas y especiales cuestiones integrantes de la litis (disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Adolfo Roberto Vázquez).

CSJN, 14-12-99, "Deningen, Roberto e/Buenos Aires, Provincia de s/Cobro de pesos", *Fallos*: 322:310, ref.: Daños y perjuicios. Carga de la prueba. Mayoría: Nazareno, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López, Bossert. Disidencia: Moliné O'Connor, Vázquez. Abstención: Fayt.



## **RESUMEN**

La prueba, “la demostración de un hecho del cual se deriva el derecho que se pretende, no constituye propiamente una obligación sino una **necesidad práctica**, una carga, un peso”<sup>44</sup>; carga que se traduce en la situación en la que se halla una persona (el litigante o interesado) que sostiene un hecho o reclama un derecho, debiendo probar la existencia del uno o del otro, es decir, la existencia del fundamento de su pretensión.

Teniendo claro que la carga de la prueba es la oportunidad probatoria otorgada a las partes para satisfacer la convicción del juez respecto de sus afirmaciones, debemos enfocarnos en la importancia que dicha situación tiene en nuestra legislación; iniciando por señalar que la base jurídica sobre la que la legislación ecuatoriana fundamenta tanto la definición como el alcance de la carga de la prueba u *onus probandi*, se halla prevista en la Sección 7º del Título I, Libro II del Código de Procedimiento Civil.

La normativa establecida por el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil en la que se señala que “es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo”; así como aquella del artículo 114 ibídem que determina que “cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley”; son reglas del legislador que más bien se han transformado en principios a los que podríamos calificar de generales, ya que la gran mayoría de legislaciones comparten y defienden el mismo parecer.

Tomando en cuenta lo trascendental que resulta ser la distribución del *onus probandi* no sólo durante la etapa probatoria, sino a lo largo del proceso, y en especial al momento de dictarse una sentencia, es posible sostener que la normativa con la que cuentan nuestros jueces no logra satisfacer las necesidades legales que continuamente surgen en esta fase.

---

<sup>44</sup> ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio, “Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General”, Tomo II, 6ta edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pág. 420.

Por ende, la problemática a tratarse se centra en que el tema del *onus probandi* no se halla debidamente descrito y detallado en nuestra legislación; en otras palabras, la gran cantidad de situaciones que pueden producirse en esta fundamental etapa no cuentan con un respaldo o una descripción en un código específico, motivo por el que han sido los tratadistas y la doctrina los encargados de explorar, investigar y en definitiva, regir al campo del *onus probandi* a través de sus aportes.

No por esto queremos decir que las contribuciones doctrinarias sean insuficientes, al contrario, es gracias a estos aportes que nuestros jueces logran sustentar sus criterios al momento de distribuir el *onus probandi* cuando las pruebas aportadas por las partes no alcanzan su pleno convencimiento.

De tal manera queda claro que lo que se pretende es la inclusión y debida regulación del tema de la carga de la prueba supeditado a un proceso oral estrechamente vinculado con nuevas corrientes doctrinarias que faciliten la apreciación y entendimiento del significado del *onus probandi*; la realización de una normativa completa que proteja los intereses de las partes y que facilite y promueva la intervención del juez a lo largo de toda la fase probatoria.

Antes de adentrarnos en el análisis de la problemática planteada, es necesario acotar definiciones más completas de la mencionada carga de la prueba, así como centrarnos en sus antecedentes, evolución y diversas acepciones doctrinarias.

Iniciaré mencionando que la frase carga de la prueba tiene sus orígenes en la expresión latina *onus probandi*, principio jurídico que desde su temprana aplicación señalaba quién tenía la obligación de probar un determinado hecho ante los tribunales.

El fundamento del *onus probandi* radica en un antiguo aforismo del derecho que expresa que lo normal se presume, lo anormal debe probarse; y de acuerdo con esta apreciación, quien alegaba algo que alterara el estado de normalidad y continuidad debía cargar con el peso de demostrarlo, sujetándose claramente al principio *affirmanti incumbit probatio*, es decir, a quien afirma incumbe la prueba.

Constituía un principio invariable el que las partes tienen la carga de aportar la prueba de sus afirmaciones o, en caso contrario, soportar las consecuencias de omitir ese imperativo del propio interés. Con estos antecedentes es lógico concluir que durante mucho tiempo la carga de la prueba se caracterizó por ser un principio pacífico en materia procesal.

Es gracias a la evolución doctrinal y al desarrollo de nuevas teorías superadoras de los principios tradicionales que el *onus probandi* se convierte en la necesidad de probar para vencer. Vale la pena mencionar que, toda vez que el proceso se halla regido por el principio dispositivo, la actividad de las partes, así como su nivel de participación, resultan sumamente importantes para la suerte de sus pretensiones o defensas al considerar que toda la iniciativa probatoria radica en la intervención de las partes procesales.

Las principales características atribuidas a esta distribución de la obligación de probar son:

Es parte esencial de la teoría general de la aplicación del derecho ya que “faculta al juez con el poder de decidir sobre la actuación del derecho sustancial al surgir insuficiencia probatoria”<sup>45</sup>.

Es una regla general para toda clase de procesos, ya sea que se rijan por el principio dispositivo o por el inquisitivo.

Su contenido versa sobre dos puntos claves, primero, en la regla que permite que el juez decida y regule la falta de prueba o certeza sobre los hechos y, segundo, en la distribución de la carga probatoria en busca de la oportunidad de exposición y defensa de las partes.

---

<sup>45</sup> ROSEMBERG, Leo, “La Carga de la Prueba”, Ed. Egea, Buenos Aires, 1956. pág. 11.

No se limita a determinar quién debe soportar la prueba, sino a quién le ha de corresponder el riesgo y el perjuicio de que no se la practique con la debida oportunidad.

Su influencia es tal que su adecuado o inapropiado manejo se aprecia de forma evidente a lo largo de todo el proceso, principalmente, en el momento en el que el juez emite su fallo “porque su fin primordial es permitirle al juez resolver sobre la litis cuando la prueba no otorga la necesaria certeza”<sup>46</sup>.

Ahora si es posible afirmar que la carga procesal debe entenderse en primer lugar, “como una situación jurídica instituida en la Ley que consiste en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia perjudicial para él”<sup>47</sup>; y, excepcionalmente, como la potestad y deber del juez para esclarecer oficiosamente la realidad fáctica en litigio, para garantizar de esa manera que sus decisiones de fondo sean adoptadas en forma justa; resultando así que la labor del juez no puede limitarse a la simple aplicación de leyes ante un material probatorio carente de sustento, sin posibilidad alguna de buscar formas alternativas, contempladas en la Ley, que lo provean de pruebas oportunas para adquirir el grado de convicción necesario para resolver el litigio.

En conclusión, la carga de la prueba es, en otras palabras, la obligación que tienen los actores procesales para que, a lo largo del juicio, el juez se nutra de elementos que lo lleven a formar su convicción.

Una vez que hemos ahondado en la evolución doctrinal del *onus probandi*, debemos situarnos en el marco legal que la legislación ecuatoriana le brinda a la distribución de la carga procesal, es posible afirmar que son tres los principios que nuestra legislación ha adoptado de la doctrina general, principios, vale la pena decir, en torno a los que gira la actividad probatoria de las partes, estos son:

---

<sup>46</sup> CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto, “Teoría General del Proceso y de la Prueba”, obra citada, pág. 370.

<sup>47</sup> COUTURE, Eduardo, “Estudios de Derecho Procesal Civil”, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1948-1950, págs. 208 y 209.

### ***ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI***

Principio que sostiene que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en los que funda su acción; esto concuerda perfectamente con lo señalado por el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil al sostener que “es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio...”; quedando claro así que la actuación del actor o demandante dentro del proceso constituye el primer peldaño que da inicio a la etapa probatoria toda vez que sus afirmaciones son el instrumento en el que tanto él como el resto de partes procesales basarán sus excepciones, futuras pruebas y resoluciones.

### ***REUS, IN EXCIPIENDO, FIT ACTOR***

Principio que establece que el momento en el que el demandado se excepciona o se defiende, se convierte en demandante al tener que probar los hechos, afirmaciones o negaciones en los que fundamenta su defensa; principio que claramente coincide con lo dispuesto por el artículo 114 del cuerpo legal citado, norma que determina que “cada parte está obligada a probar los hechos que alega...”; y también con el artículo 113 toda vez que se establece que “el reo deberá probar su negativa si contiene afirmación implícita o explícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada”.

### ***ACTORE NON PROBANTE, REUS ABSOLVITUR***

De acuerdo a este principio, el demandado será absuelto de los cargos o de la acción del demandante si éste no logra probar los hechos constitutivos de su demanda. El artículo 113 contempla la posibilidad de que “el demandado no estará obligado a producir pruebas en caso de que su contestación sea simple o absolutamente negativa”, de darse esta circunstancia, la carga probatoria recaerá única y exclusivamente sobre el demandante, quien, de no poder proporcionar oportunamente las pruebas suficientes y necesarias para el pleno convencimiento del juez, sufrirá las consecuencias pertinentes de una demanda sin fundamentos.

La mayoría de autores tradicionales defienden, casi de forma unánime, el precepto normativo de que la carga de la prueba es una situación jurídica que versa esencialmente sobre las partes, lo cual resulta bastante lógico dado que tanto la legislación nacional como el principio dispositivo y el de inmediación así lo determinan, siendo las partes aquellas obligadas a solicitar, practicar y evacuar los medios de prueba pertinentes que permitan dar al juez una base razonable para emitir su decisión final.

El esfuerzo que las partes realizan con la presentación de la prueba tiende a producir en el juez la convicción de la verdad de sus afirmaciones, y por su parte el juez va adquiriendo el conocimiento de los hechos a medida que aquéllas aportan su prueba. “Es así que de un primer estado de ignorancia que supone la ausencia absoluta de conocimiento, el juez alcanzará un grado de certidumbre respecto a los hechos afirmados por las partes a través de los medios probatorios que se vayan produciendo hasta alcanzar un grado de convicción necesario para fundar su sentencia”<sup>48</sup>.

En definitiva, no podemos hablar de un dueño absoluto o de un personaje principal en el evento de la distribución de la carga de la prueba, y menos aún podemos excluir al rol del juez ni restarle importancia a su labor cuando en realidad es él quien maneja, distribuye, valora y resuelve las aportaciones probatorias recibidas.

Tampoco podemos hablar propiamente de una carga probatoria del juez, dado que su carga trasciende los parámetros del proceso y se extiende hacia un deber público y social, pero sí podemos hablar de una responsabilidad probatoria, de una ampliación en las facultades participativas del juez a lo largo del proceso sometido a su resolución, que cada vez se ve más respaldada por el apoyo de nuevas corrientes doctrinarias y de aportes normativos que promueven la continua y personalísima actuación del juez dentro de este tan importante momento procesal.

Concordando con la opinión de Bonet Navarro, “no puede dejarse la suerte de que se desarrolle la actividad probatoria, sólo dependiendo de una petición concreta de puro

---

<sup>48</sup> CABRERA ACOSTA, Benigno, obra citada, págs. 349-350.

carácter formulatorio”<sup>49</sup>. Sin desviarnos del tema, resulta necesario precisar una de las tantas desventajas del sistema escrito que aún empleamos; el hecho de que aún prevalezca y peor aún, se exija la presentación de escritos para llevar adelante la resolución de la causa, es uno más de los ejemplos de por qué nuestro sistema judicial carece de economía procesal y celeridad.

De acuerdo a la Ley de Enjuiciamiento Civil española, la iniciación de la actividad probatoria no precisa de una petición concreta de las partes, ni por lo tanto, de una resolución del Tribunal en que se otorgue la causa a prueba. Dicho avance procesal se aprecia en el artículo 429.1 *ibídem* que dispone que, “de no haber acuerdo entre las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de pruebas”.

Partiendo del hecho de que la finalidad de la prueba es producir convicción en el juez, su forma de proposición requiere la debida aplicación de una estructura concreta y ordenada de las pruebas a solicitarse. De acuerdo a nuestro Código de Procedimiento Civil “las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio”; y, “sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio”.

A lo largo de esta fase rige el principio de aportación de las partes, que son las que otorgan al juzgador el material de hecho necesario para llegar a la sentencia definitiva. Principio que se materializa en el sentido de que las partes no sólo fijan cuáles van a ser las cuestiones sobre las que se solicita se abra la causa a prueba, sino también los medios a utilizar para ello, señalándose el contenido del objeto de la actividad probatoria y los medios concretos para la prueba.

Una vez finalizada la fase de proposición de las pruebas, se lleva a cabo lo que es la admisión o, en su defecto, la inadmisión de los medios propuestos, así como el examen de la pertinencia del medio probatorio aportado.

---

<sup>49</sup> NAVARRO, Bonet, “Consideraciones sobre la Fase de Prueba de los Procesos Civiles, en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Ed. Ponencias, Murcia, 1997, pág. 234.

La admisibilidad de la prueba debe ser examinada por el juez en el momento inicial de la actividad probatoria, esto es, cuando provee, ordenando o repeliendo las fuentes propuestas. “Y se refiere a las condiciones que debe reunir la probanza para que sea posible su ingreso al proceso, cuales son el ofrecimiento oportuno, y la licitud tanto de la prueba en sí como del modo en que ha sido adquirida u obtenida”<sup>50</sup>.

La pertinencia en materia de prueba equivale a lo que la congruencia representa como exigencia de correspondencia entre la pretensión y la decisión: “las pruebas deben guardar relación con la cuestión sometida a proceso, vale decir, debe ceñirse a las afirmaciones contradichas por las partes, y a los hechos sobrevinientes que consoliden o extingan la relación procesal”<sup>51</sup>.

De esta manera la fase probatoria empieza a desarrollarse, pudiendo el juez aportar pruebas de oficio o inadmitir pruebas irrelevantes a la causa, con el fin de, posteriormente, elaborar una valoración adecuada de las pruebas aportadas, que se traduce, en palabras de Devis Echandía, “en que la valoración o apreciación de la prueba judicial es aquella operación que tiene como fin conocer el mérito o valor conviccional que pueda deducirse de su contenido. Se trata de una actividad procesal exclusiva del juez. Es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria”<sup>52</sup>.

Siendo la Constitución de la República la norma Suprema de nuestro sistema jurídico, debemos analizar los preceptos y garantías que dicha norma dispone en el tema referente a la actividad probatoria; iniciando por el concepto de la motivación y desglosando los aspectos más trascendentales de la garantía del debido proceso.

El ejercicio de la función de juzgar impone como deber trascendental el de fallar, ajustándose a los mandatos constitucionales que imponen como garantía fundamental la debida motivación del fallo. Tal deber se encuentra consagrado en la Constitución de la República vigente en el artículo 76, numeral 7, literal 1): “Las resoluciones de los

---

<sup>50</sup> MIDÓN, Marcelo S. obra citada, pág. 38.

<sup>51</sup> MIDÓN, Marcelo S. obra citada, pág. 38-39.

<sup>52</sup> DEVIS E., Hernando, obra citada.



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 considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”**

Este deber de motivar la sentencia guarda estrecha relación no sólo con la mención que se haga de la norma jurídica, sino además con el material fáctico, debiéndose indicar en el fallo o sentencia los medios probatorios en virtud de los cuales se determinó la existencia, inexistencia o circunstancias de los hechos invocados en la demanda, o por la defensa dentro del proceso.

Etimológicamente, “el vocablo prueba, deriva del latín *probus*, que significa bueno, honrado, de tal manera que lo que resulta probado es bueno, es correcto, es auténtico”<sup>53</sup>.

Sin embargo, en sentido procesal, la prueba es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan durante el juicio, dada la necesidad procesal del juez de comprobar la verdad o falsedad de ellas, con el objeto de formar su convicción o convencimiento.

Eduardo Couture, define al debido proceso como “la posibilidad de argumentar, probar y recurrir”<sup>54</sup>, por lo que, es evidente que la sentencia debe poner de manifiesto el razonamiento judicial, en virtud del cual fue posible arribar a la conclusión, es decir al fallo.

A pesar de que el sistema oral no se aplica actualmente en nuestro Sistema Procesal Civil, la importancia de la actividad probatoria nace de la incertidumbre del juez con respecto a los hechos afirmados tanto en la demanda por parte del actor, como aquellos invocados y negados por el defendido en su contestación; siendo una necesidad el probar los hechos que constituirán la base del pronunciamiento judicial, a través de la regulación y debida utilización de los distintos medios de prueba, delimitando las

---

<sup>53</sup> SENTÍS MELENDO, Santiago, “La Prueba”, Buenos Aires, 1978, pág. 35.

<sup>54</sup> COUTURE, Eduardo, “Estudios de Derecho Procesal Civil”, obra citada.

situaciones jurídicas de las partes, lo cual constituye un interés público y general del Estado, cuyo fin último será el garantizar el debido proceso y velar por el cumplimiento de los principios de celeridad y eficiencia, entre otros.

En lo referente a la potestad de los jueces para ordenar pruebas de oficio a excepción de la prueba de testigos, el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil estipula lo siguiente: “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 sí podrá el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente. Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de la sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa”.

La norma antes citada hace una clara referencia a la actividad de dirección del proceso por parte del juez, a quien se le otorga la facultad para exigir que la prueba se produzca de oficio, por medios probatorios determinados por el mismo juzgador. Sin embargo, su iniciativa probatoria debe estar condicionada a un adecuado manejo del concepto de prueba y lo que ella significa dentro del proceso, a fin de no abusar de las medidas y facultades que la ley ha puesto en sus manos.

Un aspecto muy importante dentro de este adecuado manejo de la iniciativa probatoria otorgada al juez, es aquel de aclarar que dicha facultad debe estar dirigida a la verificación de las afirmaciones realizadas por las partes y no a la averiguación por cuenta propia de hechos que no hayan sido alegados por éstas; tomando en cuenta que las partes han fijado a través de su demanda y contestación los hechos controvertidos, sin que el juez pueda ir más allá de esos hechos o afirmaciones, es decir, sin que de ninguna manera incurra en lo conocido como extra y ultra petita al momento de configurar su criterio.

Debe aclararse que esta facultad del juez de solicitar pruebas de oficio se da principalmente al momento en el que, previo a emitir sentencia, valora la prueba aportada por las partes y obtiene un resultado poco convincente. De ninguna manera y

bajo ninguna circunstancia el juez ordenará pruebas de oficio sin antes haber valorado cada una de las pruebas presentadas.

El poseer la libertad para ordenar pruebas de oficio el número de veces que sean necesarias es un acontecimiento visto por muchos como un motivo de retraso procesal, sin embargo, no podemos olvidar que una sentencia justa para todas las partes intervinientes, no es sino el resultado de la total y completa seguridad y convencimiento del juez.

Con tales antecedentes podemos afirmar que la sugerencia probatoria de oficio constituye la libertad, tanto laboral como ideológica del juez, para intervenir en la etapa probatoria y solicitar las pruebas que a su criterio sean pertinentes para la óptima resolución de la causa, sin que en ningún momento el principio de imparcialidad respecto a las partes se vea afectado y toda vez que su objetivo esté encaminado a la aclaración de inconsistencias y dudas y no a la demora innecesaria de la sentencia final.

La delimitación de los poderes procesales del juez en relación a cada una de las partes, se refleja durante la etapa de prueba, la misma que se regirá por el carácter contradictorio del proceso y del principio dispositivo que lo engloba, haciendo referencia a que dicho principio se aplica como consecuencia del impulso procesal, que puede corresponder también en mayor o menor medida, al juez.

Ahora, entendiendo que la sentencia es el resultado directo de la actuación de las partes procesales en la fase probatoria, es conveniente mencionar algunos de los principios empleados por el juez a lo largo de la aportación de pruebas, es decir, explicar en qué consiste la intención judicial y cómo se rige, los principales son:

Principio de la unidad de la prueba que establece que el conjunto probatorio del proceso forma una unidad, y como tal “debe ser examinado y apreciado por el juez, para

confrontar diversos medios, puntualizar su conducencia o discordancia y concluir con el convencimiento que de ellos se forme”<sup>55</sup>.

Principio de inmediación, que rige, o por lo menos, debería regir permanentemente el principio de inmediación, es decir, la presencia y vínculo directo del juez en todo momento de la litis, en especial, durante el momento probatorio para garantizar su total e imparcial conocimiento de la causa.

Principio de naturalidad de la prueba, entendiéndose por éste a la completa oposición respecto a la práctica de procedimientos ilícitos para la obtención de la prueba, principio que se verá garantizado mientras la inmediación del juez le permita apreciar directamente las características de cada prueba aportada.

Finalmente tenemos al principio de contradicción de las partes que, como no puede darse de otra manera dentro de un sistema dispositivo, es consecuencia de la audiencia bilateral de las partes en la que se consagra el respaldo procesal de conocer, discutir y oponerse a una prueba.

En lo concerniente a la reforma oral del derecho procesal civil ecuatoriano, es posible advertir la poca atención destinada a esta rama del Derecho por parte de los legisladores de aquel entonces y por los actuales Asambleístas, debiendo haber sido, desde mi punto de vista, el primer objetivo de la reforma oral; tanto más que el Código de Procedimiento Civil es el cuerpo legal que suple los vacíos de las otras materias.

Actualmente, como consecuencia de la institución de plenos poderes a una Asamblea Nacional, varios organismos técnicos y grupos colegiados han puesto a consideración de esta nueva función legisladora, proyectos sumamente interesantes que merecen ser estudiados y evaluados en búsqueda de una nueva y más moderna normativa civil.

Uno de los ejemplos más sobresalientes es el Proyecto del Código de Procedimiento Civil elaborado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal (IEDP), mismo que

---

<sup>55</sup> CABRERA A., Benigno H., obra citada, pág. 364.

logra capturar la esencia del concepto de oralidad y propone nuevos mecanismos y alternativas para un más eficiente proveer y proceder.

Como acertadamente manifiesta Hernando Devis Echandía: “...en lo oral la concentración e inmediación operan de manera perfecta, el juez adquiere una mayor capacidad para juzgar, en razón del conocimiento y apreciación directa que hace de las personas y hechos sometidos a su examen, y dispone, de una mayor actividad y más amplias facultades...”<sup>56</sup>.

Las principales directrices o postulados que rigen a la oralidad dentro del proceso son:

Concentración de la sustanciación del pleito, de ser posible en un único período que vendría a ser el debate propiamente tal, junto con la celebración de una o unas pocas audiencias que abarquen a los incidentes que deben ser resueltos conjuntamente con la cuestión principal.

Identidad física del órgano jurisdiccional, es decir que el juez debe ser la misma persona desde la iniciación del juicio hasta el pronunciamiento de la sentencia, procurando evitar que su ausencia sea una causa de dilación del fallo.

Inmediatividad en la relación entre el juzgador y las personas cuyos testimonios tiene que apreciar y valorar, lo que significa que las pruebas, sin excepción alguna, jamás deberán rendirse ante un juez delegado o suplente que obstruya la objetividad del criterio del juez principal de la causa.

Autoridad suficiente del juez en la dirección del proceso, mismo que no sólo se encamina a la satisfacción de intereses particulares, sino también al aseguramiento de los fines estatales que, en toda democracia, deben aspirar a la realización de una justicia social.

---

<sup>56</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Teoría General del Proceso”, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1997, pág. 69.

Completa apertura y publicidad de las audiencias, obviamente menos de aquellas excluidas por mandato de la ley, Así mismo, podemos establecer que la implementación del sistema oral permitirá una mejor apreciación y valoración de las pruebas, considerando que el juez siempre las recibirá de forma directa, obteniendo un mayor número de elementos de convicción sin que exista la obstrucción producida por trámites innecesarios y la intervención de terceros ajenos al proceso, logrando contribuir a una mayor efectividad del proceso.

Contamos también con la eliminación de solemnidades y formalismos que no desempeñan ningún papel importante en el desarrollo de la causa, acarreado una economía procesal que logra que las partes confíen aún más en la oportuna y razonada resolución de la controversia al no verse detenidas por el tan característico papeleo de toda burocracia.

Las cargas probatorias dinámicas pueden, y en realidad, deben ser utilizadas por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las que no funcionan adecuadamente las previsiones legales que, como norma reparten esfuerzos probatorios.

La implementación de esta teoría implica un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer en cabeza de quien esté en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos.

Es debido a esta omisión de tecnicidades que a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas se la conoce también como principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el proceso de recolección de material de convicción, sin importar el título o características de las partes procesales que, en definitiva, sólo limitan la facultad de aportar pruebas convenientes a la resolución de la causa.

Sin embargo, es necesario destacar que la aplicación de dicha teoría sólo procede *in extremis*, es decir, en los casos en los que la norma que regula la aportación de pruebas

al juicio no logra satisfacer las expectativas del juez, generando conflictos y consecuencias inicuas al momento de fallar.









































## **RESUMEN**

El presente trabajo de investigación busca profundizar en el tema de la carga probatoria de las partes y en la influencia de la oralidad en esta fase del proceso analizando, en primer lugar que, la base jurídica sobre la que nuestra legislación fundamenta, tanto la definición, como el alcance de la carga de la prueba se halla prevista en la Sección 7º del Título I, Libro II del Código de Procedimiento Civil.

La normativa establecida por el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil en la que se señala que “es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo”; así como aquella del artículo 114 ibídem que determina que “cada parte está obligada a probar los hechos que alega,

excepto los que se presumen conforme a la ley”; son reglas del legislador que más bien se han transformado en principios a los que podríamos calificar de generales, ya que la gran mayoría de legislaciones comparten y defienden el mismo parecer, así como también comparten, desde mi punto de vista, el error de dejar en manos de la doctrina la regulación de las diversas situaciones y variantes que pueden surgir durante la etapa probatoria del juicio en lo que respecta a la carga probatoria de las partes.

El concepto de la carga de la prueba tiene sus orígenes en la expresión latina *onus probandi*, principio jurídico que desde su temprana aplicación señalaba quién tenía la obligación de probar un determinado hecho ante los tribunales.

El fundamento del *onus probandi* radica en un antiguo aforismo del derecho que expresa que lo normal se presume, lo anormal debe probarse; y de acuerdo con esta apreciación, quien alegaba algo que alterara el estado de normalidad y continuidad debía cargar con el peso de demostrarlo, sujetándose claramente al principio *affirmanti incumbit probatio*, es decir, a quien afirma incumbe la prueba.

Cada parte debe aportar y soportar la carga de la prueba de los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende; es decir, debe probar el presupuesto del hecho de la norma que invoca para fundamentar su pretensión, defensa o excepción.

Es gracias a la evolución doctrinal y al desarrollo de nuevas teorías superadoras de los principios tradicionales que el *onus probandi* se convierte en la necesidad de probar para vencer. Vale la pena mencionar que, toda vez que el proceso se halla regido por el principio dispositivo, la actividad de las partes, así como su nivel de participación, resultan sumamente importantes para la suerte de sus pretensiones o defensas al considerar que toda la iniciativa probatoria radica en la intervención de las partes procesales.

Nuestros jueces no pueden dejar de cumplir su deber de juzgar ni por silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, ni por escasez o ausencia de prueba respecto de los hechos esenciales de la causa. Es decir, frente a hechos dudosos o simplemente no probados, el juez, aún así, debe llegar a toda costa a una certeza oficial, a cuyo fin dictará sentencia teniendo como inexistentes los hechos afirmados por la parte que tenía la carga de probar, esto es, de la parte que según su posición en el pleito debió justificar sus afirmaciones y, sin embargo, no llegó a formar la convicción del juez<sup>57</sup>.

Las principales características atribuidas a esta distribución de la obligación de probar son:

- h) Es parte esencial de la teoría general de la aplicación del derecho ya que faculta al juez con el poder de decidir sobre la actuación del derecho sustancial al surgir insuficiencia probatoria<sup>58</sup>.
- i) Es una regla general para toda clase de procesos, ya sea que se rijan por el principio dispositivo o por el inquisitivo.

---

<sup>57</sup> MIDÓN, Marcelo Sebastián, “Derecho Probatorio: parte general”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2007, pág. 128.

<sup>58</sup> ROSEMBERG, Leo, “La Carga de la Prueba”, Ed. Egea. Buenos Aires, 1956. pág. 11.

- j) Su contenido versa sobre dos puntos claves, el permitir que el juez decida y regule la falta de prueba sobre los hechos y la distribución de la carga probatoria en busca de la oportunidad de exposición y defensa de las partes.
- k) Determina a quién le ha de corresponder el riesgo y el perjuicio de que no se la practique con la debida oportunidad.
- l) Su adecuado o inapropiado manejo se aprecia principalmente, en el momento en el que el juez emite su fallo “porque su fin primordial es permitirle al juez resolver sobre la litis cuando la prueba no otorga la necesaria certeza”<sup>59</sup>.
- m) La carga adquiere las cualidades de actual y efectiva sólo si la verdad de los hechos aseverada por una de las partes es impugnada.
- n) El distribuir los puntos a probarse dentro del juicio afecta directamente al convencimiento y a la sana crítica del juez encargado de resolver el litigio.

De las teorías de numerosos profesionales del derecho, así como de diferentes corrientes doctrinarias, es posible concluir que los principales métodos y criterios de distribución de la carga de la prueba al momento de iniciarse la etapa probatoria son:

- Tesis que impone al actor la carga de probar, pero le da este carácter al demandado que excepciona.
- Imposición de la prueba a quien afirma y que exime de ella a quien la niega
- Teoría que exige al demandante probar los hechos en que se basan sus pretensiones y al demandado los fundamentos de sus excepciones
- Teoría de lo normal y de lo anormal

---

<sup>59</sup> CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto, “Teoría General del Proceso y de la Prueba”, Obra citada.

- Imposición de la carga probatoria a quien pretenda innovar
- La carga según la naturaleza constitutiva, extintiva o impeditiva de los hechos
- Tesis que impone a cada parte la obligación de probar los hechos de la norma jurídica que les sea favorable
- Distribución de acuerdo a la posición de las partes respecto del efecto jurídico perseguido

Con estos antecedentes es posible afirmar que la carga procesal debe entenderse en primer lugar, como una situación jurídica instituida en la ley que consiste en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia perjudicial para él<sup>60</sup>; y en segundo lugar, como la potestad y deber del juez para esclarecer oficiosamente la realidad fáctica en litigio, para garantizar de esa manera que sus decisiones de fondo sean adoptadas en forma justa; resultando así que la labor del juez no puede quedarse en la simple aplicación de las leyes ante un material probatorio dado, sin posibilidad alguna de adelantar criterios y percepciones propias que lo lleven a formar su conciencia y a adquirir el grado de convicción necesario para resolver el litigio planteado.

Uno de los aspectos más relevantes entorno a la carga probatoria es aquel que se refiere a la sana crítica del juzgador en el momento de fallar para determinar, no necesariamente qué parte probó un hecho, sino cuál de ellas habría tenido que probar el hecho que no aparece probado; es decir que, una vez distribuida la carga probatoria en el proceso, es el criterio del juez el que resolverá quién cumplió a cabalidad con la responsabilidad de aportar todos los medios pertinentes y quién no lo hizo.

---

<sup>60</sup> COUTURE, Eduardo, “Estudios de Derecho Procesal Civil”, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1948-1950.

Son tres los principios que nuestra legislación ha adoptado de la doctrina general, principios, vale la pena decir, en torno a los que gira la actividad probatoria de las partes.

- Principio que estipula *onus probandi incumbit actori*, o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en los que funda su acción.
- Principio *reus, in excipiendo, fit actor*, es decir, que el momento en el que el demandado se excepciona o se defiende, se convierte en demandante al tener que probar los hechos, afirmaciones o negaciones en los que fundamenta su defensa.
- *Actore non probante, reus absolvitur*, es decir que el demandado será absuelto de los cargos o de la acción del demandante si éste no logra probar los hechos constitutivos de su demanda.

El esfuerzo que las partes realizan con la presentación de la prueba tiende a producir en el juez la convicción de la verdad de sus afirmaciones, y por su parte el juez va adquiriendo el conocimiento de los hechos a medida que aquéllas aportan su prueba. Es así que de un primer estado de ignorancia que supone la ausencia absoluta de conocimiento, el juez alcanzará un grado de certidumbre respecto a los hechos afirmados por las partes a través de los medios probatorios que se vayan produciendo hasta alcanzar un grado de convicción necesario para fundar su sentencia<sup>61</sup>.

En definitiva, no podemos hablar de un dueño absoluto o de un personaje principal en el evento de la distribución de la carga de la prueba, y menos aún podemos excluir al rol del juez ni restarle importancia a su labor cuando en realidad es él quien maneja, distribuye, valora y resuelve las aportaciones probatorias recibidas.

Tampoco podemos hablar propiamente de una carga probatoria del juez, dado que su carga trasciende los parámetros del proceso y se extiende hacia un deber público y

---

<sup>61</sup> CABRERA ACOSTA, Benigno, Obra citada, págs. 349-350.

social, pero sí podemos hablar de una responsabilidad probatoria, de una ampliación en las facultades participativas del juez a lo largo del proceso sometido a su resolución, que cada vez se ve más respaldada por el apoyo de nuevas corrientes doctrinarias y de aportes normativos que promueven la continua y personalísima actuación del juez dentro de este tan importante momento procesal.

Partiendo de la esencia del principio dispositivo en el que las partes son las encargadas del desarrollo e impulso de todo acto procesal a lo largo del juicio, el inicio de la etapa probatoria en nuestro sistema no es la excepción; la proposición de la prueba nace a raíz de una solicitud escrita de todos los litigantes o al menos uno de ellos para que efectivamente se de inicio al momento probatorio. Concordando con la opinión de Bonet Navarro, “no puede dejarse la suerte de que se desarrolle la actividad probatoria, sólo dependiendo de una petición concreta de puro carácter formulatorio”<sup>62</sup>. Sin desviarnos del tema, resulta necesario precisar una de las tantas desventajas del sistema escrito que aún empleamos; el hecho de que aún prevalezca y peor aún, se exija la presentación de escritos irrelevantes para llevar adelante la resolución de la causa, es uno más de los ejemplos de por qué nuestro sistema judicial carece de economía procesal y celeridad.

De acuerdo a nuestro Código de Procedimiento Civil las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio; y, sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio.

En este punto se lleva a cabo lo que es la admisión o, en su defecto, la inadmisión de los medios propuestos, así como el examen de la pertinencia del medio probatorio aportado.

El ejercicio de la función de juzgar impone como deber trascendental el de fallar, ajustándose a los mandatos constitucionales que imponen como garantía fundamental la debida motivación del fallo. Tal deber se encuentra consagrado en la Constitución de la República vigente de la siguiente manera: “Las resoluciones de los poderes públicos

---

<sup>62</sup> NAVARRO, Bonet, “Consideraciones sobre la fase de prueba de los procesos civiles, en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Ed. Ponencias, Murcia, 1997, pág. 234.

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 considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”**

Etimológicamente, el vocablo prueba, deriva del latín *probus*, que significa bueno, honrado, de tal manera que lo que resulta probado es bueno, es correcto, es auténtico.<sup>63</sup>

Sin embargo, en sentido procesal, la prueba es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan durante el juicio, dada la necesidad procesal del juez de comprobar la verdad o falsedad de ellas, con el objeto de formar su convicción o convencimiento.

Eduardo Couture, define al debido proceso como la posibilidad de argumentar, probar y recurrir<sup>64</sup>, por lo que, es evidente que la sentencia debe poner de manifiesto el razonamiento judicial, en virtud del cual fue posible arribar a la conclusión, es decir al fallo.

Actualmente, el Art. 168 numeral 6 de la Constitución de la República señala que: “La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”.

A pesar de que el sistema oral no se aplica actualmente en nuestro sistema procesal civil, la importancia de la actividad probatoria nace de la incertidumbre del juez con respecto a los hechos afirmados tanto en la demanda por parte del actor, como aquellos invocados y negados por el defendido en su contestación; siendo una necesidad el probar los hechos que constituirán la base del pronunciamiento judicial, a través de la regulación y debida utilización de los distintos medios de prueba, delimitando las

---

<sup>63</sup> SENTÍS MELENDO, Santiago, “La Prueba”, Buenos Aires, 1978.

<sup>64</sup> COUTURE, Eduardo, “Estudios de Derecho Procesal Civil”, Obra citada.



situaciones jurídicas de las partes, lo cual constituye un interés público y general del Estado, cuyo fin último será el garantizar el debido proceso y velar por el cumplimiento de los principios de celeridad y eficiencia, entre otros.

Una vez analizada la importancia constitucional de la actividad probatoria, es preciso señalar que la relevancia de dicha actividad procesal también se encuentra consagrada en instrumentos de carácter internacional y que, de conformidad con la nueva Constitución de la República, las directrices a tomarse en el tema referente Tratados e Instrumentos Internacionales son los siguientes:

- “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución.”<sup>65</sup>
- “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico... La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.<sup>66</sup>
- “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales...”<sup>67</sup>

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier

---

<sup>65</sup> Constitución de la República, Art. 417.

<sup>66</sup> Constitución de la República, Art. 424.

<sup>67</sup> Constitución de la República, Art. 425.

acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”<sup>68</sup>

Queda demostrado que sin la etapa probatoria no sería posible llegar a una sentencia final debidamente fundamentada y justa. Si bien las partes y el juez desarrollan una actividad procesal libre, de conformidad con el principio dispositivo, no es menos cierto que la prueba debe ser, y de hecho es una etapa del proceso que se encuentra debidamente reglamentada y consagrada, con el propósito de dar valor y eficacia probatoria a aquellos elementos de convicción que sean aportados al juicio acatando el procedimiento establecido en la ley.

La carga de la prueba se encuentra ligada a la aplicación del principio de aportación de parte, el mismo que constituye la iniciativa de las partes en orden a la introducción de pruebas en el proceso y a la comprobación de las mismas durante la etapa pertinente.

En sentido procesal, la prueba es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan durante el juicio, el rol del juez, que ignora los hechos del litigio, que apenas conoce los relatos efectuados por las partes, se ve regularmente impedido de saber cuál de las versiones que le ofrecen los litigantes es verdadera. Para ello se sirve de la prueba, que en cierto modo implica una confrontación o cotejo: la comparación entre las afirmaciones formuladas por las partes con los elementos de juicio de que se sirven para acreditar o invalidar dichas articulaciones<sup>69</sup>; sin que en ningún momento su tarea se transforme de verificación en averiguación; se averigua lo desconocido, se verifica lo conocido y previamente afirmado.<sup>70</sup>

En este punto es preciso determinar que, el juez civil no conoce otra prueba que aquella suministrada por las partes durante el proceso; no se le ha otorgado la facultad de averiguación o investigación de la verdad, a diferencia de lo que sucede con el juez

---

<sup>68</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 23 de mayo de 1976, Art. 14, numeral 1°.

<sup>69</sup> MIDÓN, Marcelo S., “Derecho Probatorio: Parte General”, Obra citada, pág. 29.

<sup>70</sup> MIDÓN, Marcelo S., Obra citada, pág. 30.

penal; el mismo que, además de ser un juez garantista durante el desarrollo del proceso, tiene en sus manos la investigación de los hechos y el impulso del mismo.

En consecuencia, podemos establecer que en el proceso civil predomina el sistema dispositivo, y la actuación primordial de las partes, cuyo fin es se dicte una sentencia que ponga fin a un conflicto de intereses del modo más justo posible.

Siendo la etapa probatoria, aquella fase del proceso destinada a la demostración de las alegaciones fácticas, es preciso tomar en cuenta que la iniciativa de las partes se subordina a la admisibilidad de los diversos medios probatorios, correspondiendo al órgano jurisdiccional decidir sobre la admisión de los mismos, lo cual constituye un enjuiciamiento con relación a la pertinencia y utilidad del medio de prueba solicitado.

El hecho de someter los medios probatorios a la opinión y criterio del juez respecto a su pertinencia, admisibilidad, oportunidad, etc., implica que el juez se halle en la facultad de no admitirlos o desecharlos; situación muy cuestionada por la doctrina tomando en cuenta la vulnerabilidad, favoritismo o tantas otras circunstancias que pueden afectar la actuación pura y desinteresada del juzgador.

Sin embargo, la otra cara de esta facultad se aprecia en la economía procesal, principio que busca obtener el mejor resultado posible, con el mínimo de actividad jurisdiccional y de gastos para las partes. A través de la aplicación de este principio, el juez desechará toda prueba ilegal, innecesaria o inoportuna cuyo único fin sea el obstaculizar y dificultar la realización óptima de la justicia; hallándonos nuevamente ante la decisión de acelerar y facilitar el proceso a cambio de un completo depósito de confianza en la labor y razonamiento del juez de la causa.

Tanto el interés en realizar afirmaciones, como el interés en poder probarlas, demuestra el poder dispositivo del que gozan las partes dentro del proceso, siendo éstas las que verdaderamente construyen la prueba o deciden no practicarla, tomando en cuenta además que ambas partes deberán hallarse en iguales condiciones, existiendo un equilibrio permanente durante la etapa probatoria; siendo el arco delimitador de esta etapa el principio dispositivo, antes mencionado.

Sin embargo, es preciso anotar que la averiguación de la verdad acerca de los hechos alegados por las partes constituye un poder – deber del juez o tribunal, que es ejercido dentro del proceso y que el incumplimiento de dicho deber determina su responsabilidad. Cabe recalcar además que la imparcialidad no significa indiferencia del juez respecto al resultado del proceso; el juez, no puede dejar de tener interés en que su sentencia sea justa y en que le sean suministrados los medios necesarios para decidir correctamente.

Es preciso mencionar que en el ámbito de los actos procesales, éstos deberán ser realizados con veracidad y buena fe, y tener por causa un interés legítimo. Por lo que, la libertad de la conducta otorgada a las partes, particularmente en el derecho procesal civil, no puede extralimitarse en el sentido de llegar a permitir la violación de la buena fe y la ética dentro del proceso.

En lo referente a la potestad de los jueces para ordenar pruebas de oficio a excepción de la prueba de testigos, el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil estipula lo siguiente: “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. Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de la sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa.

La norma antes citada hace una clara referencia a la actividad de dirección del proceso por parte del juez, a quien se le otorga la facultad para exigir que la prueba se produzca de oficio, por medios probatorios determinados por el mismo juzgador. Sin embargo, su iniciativa probatoria debe estar condicionada a un adecuado manejo del concepto de prueba y lo que ella significa dentro del proceso, a fin de no abusar de las medidas y facultades que la ley ha puesto en sus manos.

Un aspecto muy importante dentro de este adecuado manejo de la iniciativa probatoria otorgada al juez, es aquel de aclarar que dicha facultad debe estar dirigida a la verificación de las afirmaciones realizadas por las partes y no a la averiguación por

cuenta propia de hechos que no hayan sido alegados por éstas; tomando en cuenta que las partes han fijado a través de su demanda y contestación los hechos controvertidos, sin que el juez pueda ir más allá de esos hechos o afirmaciones, es decir, sin que de ninguna manera incurra en lo conocido como extra y ultra petita al momento de configurar su criterio.

Debe aclararse que esta oportunidad/deber del juez de solicitar pruebas de oficio se da única y exclusivamente al momento en el que, previo a emitir sentencia, valora la prueba aportada por las partes y obtiene un resultado poco convincente. De ninguna manera y bajo ninguna circunstancia el juez ordenará pruebas de oficio sin antes haber valorado cada una de las pruebas presentadas.

Si bien las partes desarrollan una actividad procesal libre, de conformidad con el principio dispositivo, no es menos cierto que la prueba debe ser y, de hecho es, una etapa del proceso que se encuentra debidamente reglamentada con el propósito de dar valor y eficacia probatoria a aquellos elementos de convicción que sean aportados al juicio acatando el procedimiento establecido en la ley.

Como se aprecia, nuestra ley respalda y motiva la participación directa del juez a lo largo de la etapa probatoria a través de diversos mecanismos que le permiten esclarecer cualquier situación oscura o contradictoria, considerando que las pruebas aportadas deben satisfacer plenamente la convicción y sana crítica del juez que maneje la causa. El poseer la libertad para ordenar pruebas de oficio el número de veces que sean necesarias es un acontecimiento visto por muchos como un motivo de retraso procesal, sin embargo no podemos olvidar que una sentencia justa para todas las partes intervinientes, no es sino el resultado de la total y completa seguridad y convencimiento del juez.

Por otro lado, se debe mencionar también que a pesar de la negativa expuesta respecto al hecho de que la prueba de testigos no puede ordenarse de oficio, el legislador hace énfasis en la facultad conferida al juez a manera de una alternativa legal cuando un testimonio ya rendido no haya satisfecho sus expectativas o peor aún, haya arrojado la clara intención del testigo de distorsionar hechos o causar confusión.

Con tales antecedentes podemos afirmar que la sugerencia probatoria de oficio constituye la libertad, tanto laboral como ideológica del juez, para intervenir en la etapa probatoria y solicitar las pruebas que a su criterio sean pertinentes para la óptima resolución de la causa, sin que en ningún momento el principio de imparcialidad respecto a las partes se vea afectado y toda vez que su objetivo esté encaminado a la aclaración de inconsistencias y dudas y no a la demora innecesaria de la sentencia final.

Nuestros legisladores, aunque de forma tardía, empezaron a considerar la idea de un proceso rápido, justo y sin dilaciones que, a simple vista parecía inalcanzable dada la vastedad de problemas jurídicos y sociales que afectan a nuestro entorno; sin embargo, sus esfuerzos se vieron cristalizados al optar por la implementación de un sistema oral aplicable a todas las ramas del derecho ecuatoriano.

Es así que la anterior Constitución Política de la República de 1998, introdujo mediante la transitoria vigésima séptima el plan de aplicación del sistema oral, para cuyos efectos se fijó un plazo de cuatro años, plazo durante el que, por un lado, el ya desaparecido Congreso Nacional llevaría a cabo las reformas legales pertinentes a la normativa, y por otro, la Función Judicial se encargaría de la adecuación de las instalaciones y dependencias con el propósito de adaptarlas a las necesidades del nuevo sistema. Sin embargo, sólo contadas ramas del derecho como los procesos laborales, penales y de menores han dado sus primeros pasos tendientes a una transformación que, a pesar de que aún no ha sido completada, ha traído varios beneficios que ya han empezado a ser apreciados por la sociedad actual.

Actualmente, como consecuencia de la institución de plenos poderes a una Asamblea Nacional, es que varios organismos técnicos y grupos colegiados han puesto a consideración de esta enigmática función legisladora, proyectos sumamente interesantes que merecen ser estudiados y evaluados en búsqueda de una nueva y más moderna normativa civil.

Uno de los ejemplos más sobresalientes es el Proyecto del Código de Procedimiento Civil elaborado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal (IEDP), mismo que

logra capturar la esencia del concepto de oralidad y propone nuevos mecanismos y alternativas para un más eficiente proveer y proceder.

Como acertadamente manifiesta Hernando Devis Echandía: “...en lo oral la concentración e intermediación operan de manera perfecta, el juez adquiere una mayor capacidad para juzgar, en razón del conocimiento y apreciación directa que hace de las personas y hechos sometidos a su examen, y dispone, de una mayor actividad y más amplias facultades...”<sup>71</sup>

Pasar del tradicional sistema escrito, con papeles que van y vienen, a otro sistema en que las audiencias cumplen una función central, implica vencer una resistencia casi instintiva a un cambio, que exige muy diferentes actitudes y modalidades de actuación profesional. En todo caso, este cambio resulta indispensable y no solamente porque así lo dispone la Constitución Política, sino más bien porque con el nuevo procedimiento se puede alcanzar, de una manera más eficaz lo que finalmente se pretende: la realización de la justicia.

En efecto, las audiencias se realizan con la participación de todos los sujetos procesales: el juez y las partes; y con esta presencia, y en igualdad de condiciones, se proponen pretensiones y excepciones, se examinan las pruebas, se interroga y contra interroga a los testigos y peritos, se formulan alegatos, con réplicas y contrarréplicas.

Podemos decir entonces que la oralidad viene a ser un concepto que reúne una serie de principios que son su esencia y complemento; el sistema oral va más allá de someter al método de audiencias orales a discusión, sino que además propone la idea de un debate oral a lo largo del proceso, sin que de ninguna manera se excluya a la escritura como la forma esencial de preparación y documentación del pleito.

la implementación del sistema oral permitirá una mejor apreciación y valoración de las pruebas, considerando que el juez siempre las recibirá de forma directa, obteniendo un mayor número de elementos de convicción sin que exista la obstrucción producida por

---

<sup>71</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Teoría General del Proceso”, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1997, pág. 69.

trámites innecesarios y la intervención de terceros ajenos al proceso, logrando contribuir a una mayor efectividad del proceso.

Contamos también con la eliminación de solemnidades y formalismos que no desempeñan ningún papel importante en el desarrollo de la causa, acarreado una economía procesal que logra que las partes confíen aún más en la oportuna y razonada resolución de la controversia al no verse detenidas por el tan característico papeleo de toda burocracia.

Desde otro punto de vista, surgen también varios logros a los que podríamos calificar de subjetivos, tales como el mayor control que adquiere la administración de justicia, a través de la observación directa y continua por parte del juez, buscando siempre el mejoramiento del servicio público y la estimulación al espíritu cívico y a la fe en la justicia por parte de una sociedad que recobraría las tantas veces perdida confianza en la administración de justicia.

La comisión redactora del proyecto del Código de Procedimiento Civil se inspiró tanto en la ineludible necesidad que experimenta nuestra normativa de actualizarse en varios campos procesales, como en una serie de pautas y principios que, a pesar de no ser ajenos a nuestra legislación, aún no han sido incorporados ni perfeccionados por el legislador. Una cosa es la doctrina redactada en cada uno de nuestros códigos, otra, la obligación de plasmar tal doctrina en hechos jurídicos.

De esta manera, la comisión propone una alternativa muy puntual y completa sobre la verdadera implementación de la oralidad en los procedimientos civiles basándose en los siguientes conceptos y directrices:

- La oralidad, el desarrollo del proceso a través de audiencias, principios de verdadera inmediación, celeridad y publicidad.
- Nueva clasificación de los juicios, eficiencia, buena fe y lealtad procesal.
- Nuevo esquema resumido de las etapas del juicio civil



- Modernos métodos de regulación del onus probandi y el tema de la carga de la prueba.

Goldschmidt, uno de los principales expositores y padres del concepto de “carga probatoria” expone y limita con claridad la definición de dicho elemento procesal argumentando que: “Los vínculos jurídicos que nacen de aquí (alude al proceso) entre las partes, no son propiamente relaciones jurídicas (consideración estática del derecho); esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino situaciones jurídicas (consideración dinámica del derecho); es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse, y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas. Sólo aquellas son derechos en sentido procesal y las últimas, las cargas imperativas del propio interés, ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones”.<sup>72</sup>

Del criterio del autor podemos inferir su intención de destacar que el término dinámico, en movimiento, cambiante, busca aislarse de todo precepto y norma rígida que lo estigmatice pretendiendo al contrario, tener completa y total dependencia de las circunstancias del caso concreto.

La teoría de las cargas probatorias dinámicas no busca colocar, a manera de regla de distribución, la carga de la prueba sobre ambas partes o exclusivamente sobre una de ellas, al contrario, busca colocarla sobre aquel que se encuentra en mejores condiciones para producirla.

Tal como acertadamente expone Jorge Peyrano, “la adquisición de la doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas para la teoría de la Ciencia del Derecho Procesal produjo un giro epistemológico fundamental en el modo de observar el fenómeno probatorio al que se lo ve desde el mirador de la finalidad del proceso y del valor justicia, y no desde el ángulo del mero cumplimiento de formas procesales abstractas”.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> GOLDSCHMIDT, James, “Derecho Procesal Civil” Ed. Labor, Barcelona, 1936, pág. 8.

<sup>73</sup> PEYRANO, Jorge W., “Cuestiones de Derecho Procesal”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1980.

A este criterio lo podemos apreciar cristalizado en la nueva Constitución ecuatoriana, en el artículo 169 que dice: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. **No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades**”.

El óptimo y eficaz funcionamiento de las cargas probatorias dinámicas gira en torno al conjunto de actitudes positivas o evasivas frente a la prueba que se pueda apreciar en las partes, es decir su actividad o inactividad; así como también en el examen sobre si la dificultad reside en el hecho a ser probado o en las posibilidades de la producción de pruebas al respecto. En definitiva estamos hablando de una red de pruebas, conductas, eventos y situaciones que será desenmarañada con la efectiva aplicación de la doctrina; doctrina cuyas bases se sientan en que el proceso no se desarrolle a manera de lucha, sino, basándose en la colaboración directa, honesta y constante de las partes con el tribunal.

Como acertadamente lo expresa Ivana María Airasca “la actitud de algunas partes de permanecer cerradas, ensimismadas en el proceso, escudándose en la negativa de todos los hechos invocados por la contraria y no intentando probar nada, sino descargando todo el esfuerzo probatorio en la contraparte, a pesar de contar con mejor situación para aportar esas pruebas, repugna al valor de la justicia, y a todos los operadores del Derecho”.

Finalmente, el último punto a examinarse es la obligación judicial de advertir a las partes sobre la insuficiencia de los medios probatorios aportados, facultad que no se halla consagrada de forma específica en nuestra legislación, sin embargo; podría afirmarse que tal obligación se halla tácitamente prevista por el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil ya analizado con anterioridad, considerando que, a pesar de que no se emplee el término insuficiencia, se resalta la facultad del juez para ordenar de oficio las pruebas que juzgue necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia; entendiéndose por lo tanto, que podrá

hacer uso de esta facultad toda vez que halle insuficientes a las pruebas presentadas por las partes.

Como es bien sabido, nuestro proceso civil se rige tanto por el principio dispositivo como por el principio de aportación de parte de forma absoluta, absolutismo que muchas veces impide la adecuada producción de justicia; he aquí el objetivo del presente capítulo, demostrar como el equilibrio entre los poderes de las partes y del juez pueden evitar vicios, actividades fraudulentas e inútiles a lo largo del proceso, sobre todo en la etapa probatoria.

Para llegar a dicho equilibrio resulta vital la concesión de refuerzos a las facultades judiciales en tres momentos claves que son la proposición, la admisión y la práctica de los medios probatorios.

La normativa modelo a examinar para entender el fundamento de estas nuevas facultades judiciales es aquella establecida en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, específicamente su Art. 429, denominado “Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio”.

2. Si no hubiere acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba.

**Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.**

En el caso al que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal.

Del artículo citado podemos inferir que son dos las facultades entregadas al juez, por un lado, la facultad de advertencia a través de la que las partes entenderán que no han logrado satisfacer las expectativas probatorias del juez; y por otro, la facultad de sugerencia que se traduce en la posibilidad de que sea el mismo juez quien solicite a las partes la práctica de los medios probatorios que considere cruciales para la resolución de la causa y consecuente emisión del fallo; fenómeno al que se lo conoce como inversión en la proposición de la prueba.

De esta manera queda plasmada la inminente necesidad en la que se halla nuestro Código de Procedimiento Civil por incluir preceptos tan completos y novedosos que ya han empezado a dar frutos sumamente positivos en todas las legislaciones que los han aplicado.