



Universidad Internacional SEK Ecuador

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo para la obtención del Título de  
Magister en Derecho Procesal y Litigación Oral

**“ANÁLISIS DE LA PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER Y SU INCIDENCIA EN  
LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO A PARTIR DE  
SU VIGENCIA EN EL COGEP”**

**Su aplicación en la provincia de Imbabura en las materias CIVIL y FAMILIA.**

Realizado por: ALEXIS FABIÁN SIMBAÑA PORTILLA

**Tutor de Tesis**

Dr. Vinicio Palacios Msc.

Quito, agosto de 2019

## **DECLARACIÓN JURAMENTADA**

Yo, Alexis Fabián Simbaña Portilla, titular de la Cédula de Ciudadanía N° 100329994 – 6, declaro bajo juramento que el trabajo aquí desarrollado es de mi autoría, que no ha sido presentado para ningún grado a calificación personal; 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 Ecuador, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

Alexis Fabián Simbaña Portilla

C.C. 100329994 - 6

## DEDICATORIA

*El futuro tiene muchos nombres. Para los débiles es lo inalcanzable. Para los temerosos, lo desconocido. Para los valientes es la oportunidad.*  
V́ctor Hugo

A mi querida esposa Evelyn Cevallos y a mi hijo Juan Joś, quienes fueron el principal incentivo para culminar este desaf́o acad́mico, triunfo que no es ślo mío sino nuestro. Todo lo logrado fue posible gracias al amor, apoyo y dedicaci3n recibida, agradeciéndoles eternamente la paciencia y compresi3n por mis ausencias que fueron precisas para este esfuerzo.

Alexis Fabián Simbaña Portilla

## **AGRADECIMIENTOS**

El presente Trabajo para la obtención del Título de Magister en Derecho Procesal y Litigación Oral hubiese sido difícil de lograr sin el apoyo de varias personas.

En primer lugar agradezco al tutor de este trabajo Dr. Vinicio Palacios Msc. por toda su sabiduría, paciencia, caballerosidad y apoyo que siempre me orientaron para concluir este esfuerzo.

Igualmente agradezco a todo el cuerpo docente y personal de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Internacional SEK Ecuador, por ser igualmente esenciales en este importante logro personal.

Alexis Fabián Simbaña Portilla

## ÍNDICE

DECLARACIÓN JURAMENTADA .....	1
DEDICATORIA .....	2
AGRADECIMIENTOS .....	3
ÍNDICE.....	4
RESUMEN .....	7
ABSTRACT.....	8
INTRODUCCIÓN .....	9
CAPÍTULO I .....	15
1.1. La prueba para mejor resolver en el COGEP y su aplicación por parte de las juezas y jueces.....	15
1.1.1. Concepto de la prueba para mejor resolver .....	15
1.1.2. La doctrina acerca de las medidas para mejor resolver y el papel de los jueces.....	18
1.1.2.1. Doctrinas positivistas.....	18
1.1.2.2. Doctrinas neoconstitucionalistas.....	19
1.1.2.3. Posiciones doctrinarias clásicas independientes del positivismo y el neo - constitucionalismo relacionadas con la procedencia de la prueba para mejor proveer.....	21
1.2. La prueba para mejor resolver y los principios reguladores de la prueba.....	22
1.2.1. La prueba para mejor resolver y el principio dispositivo.....	22
1.2.2. La prueba para mejor resolver y el principio del debido proceso.....	24
1.2.3. La prueba para mejor resolver y el principio de congruencia procesal.....	25
CAPÍTULO II.....	27
2.1. La prueba para mejor resolver en el derecho comparado.....	27

2.1.1. La prueba para mejor resolver en el Código Procesal Civil para Ibero- américa.....	27
2.1.2. La prueba para mejor resolver en Uruguay.....	29
2.1.3. La prueba para mejor resolver en Chile.....	31
2.2. Breve análisis comparado de la legislación ecuatoriana sobre la prueba para mejor resolver con la contemplada en el Código Procesal Civil tipo para Iberoamérica, el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, el Código Pro- cesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, República Argentina, actual- mente vigente el Código de Procedimiento Civil de Chile de 1904 y el proyecto de reemplazo de Código Procesal Civil en actual tramitación en el Congreso de Chile y el COGEP de Ecuador.....	34
<b>PARTE II</b> .....	42
<b>METODOLOGÍA</b> .....	42
2.1. Diseño de la investigación.....	42
2.2. Metodología.....	42
2.2.1. Método comparativo.....	43
2.2.2. Método analítico.....	44
2.2.3. Método sintético.....	44
2.2.4. Método de observación.....	44
2.3. Técnicas.....	45
2.3.1. Entrevistas.....	45
2.4. Análisis de la observación.....	45
2.4.1. Desarrollo de las entrevistas.....	45
2.5. Conclusión parcial del capítulo.....	49

<b>PARTE III</b> .....	50
<b>RESULTADOS Y ANÁLISIS</b> .....	50
3.1. Sentencias de las juezas y jueces de la Provincia de Imbabura.....	53
3.1.1.Sentencia pronunciada por el Juez Titular de la unidad Judicial Multicompetente Civil del Cantón Ibarra, Dr. Jorge Chiza, en causa 2018 - 00976.....	53
3.1.2. Sentencia de apelación de alimentos pronunciada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, Juez Ponente Dr. Javier de la Cadena Correa, en juicio N° 10203 - 2016 - 01858 propuesto por Pablo Rodrigo Caicedo contra Cerafin Caicedo.....	54
3.2. Sentencias del derecho comparado.....	56
3.2.1.Sentencia de Casación de la Corte Suprema de Chile de 31/08/1970.....	56
3.2.2. Sentencia dictada en expediente 27.773/46.178/2016 por el 2° Juzgado Civil, Comercial y Minas de la Segunda Circunscripción Judicial de San Rafael, Provincia de Mendoza, República Argentina.....	57
<b>PARTE IV</b> .....	59
<b>PROPUESTA</b> .....	59
4.1. Título de la propuesta.....	60
4.1.1. Objetivo de la propuesta.....	60
4.2.2. Exposición de motivos.....	60
4.2. Reforma del Art. 168 del Código Orgánico General de Procesos.....	62
<b>PARTE V</b> .....	63
<b>CONCLUSIONES</b> .....	63
<b>PARTE VI</b> .....	65
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	65
<b>PARTE VII BIBLIOGRAFÍA</b> .....	68

## RESUMEN

La prueba para mejor resolver se introdujo en el COGEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 506 de 22/05/2015. Sin embargo, se observa que dentro de la legislación ecuatoriana, esta facultad de las juezas y jueces se encontraba enmarcada en el Art 130 numeral 10 del COFJ desde antes de la aplicación del COGEP. En el derecho comparado esta clase de prueba se contempló en los procedimientos civiles de especialmente Argentina y Chile, hace bastantes años, la cual se ha aplicado, sin inconvenientes, pese a la oposición minoritaria de doctrina que expresa que esta diligencia atenta contra el principio dispositivo. Pero en el Ecuador, la Constitución de la República ha consagrado el activismo judicial, principalmente, en el inciso 2° del Art. 426, que faculta a las juezas y jueces para aplicar directa e inmediatamente la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, prevaleciendo estos últimos sobre la primera cuando dichas normas fueren más favorables. El caso es que en esta materia, la doctrina neoconstitucionalista en que se sustenta nuestra Carta Magna permite a las juezas y jueces aplicar directa e inmediatamente las referidas normas, por lo que, respecto de la prueba para mejor resolver es absolutamente aplicable el principio general del Derecho expresado en el aforismo romano *Qui potest plus, potest minus*, es decir quien puede lo más, puede lo menos, en otras palabras, si la jueza está constitucionalmente autorizado para aplicar directa e inmediatamente las normas que velen por la tutela judicial efectiva, de las partes, con mayor razón fundamentado conforme al literal 1) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República, está facultado para ordenar esta prueba.

**PALABRAS CLAVE:** Activismo judicial, principio de aplicabilidad directa, principio dispositivo, prueba para mejor resolver, tutela judicial efectiva

## ABSTRACT

The test to better resolve was introduced in the COGEP, published in the Supplement of the Official Registry N ° 506 of 05/22/2015. This test was not contemplated in any of the laws of civil procedure, dating from the year 1835 or in the repealed Code of Civil Procedure. In comparative law this kind of evidence was contemplated in the civil proceedings of especially Argentina and Chile, many years ago, which has been applied, without inconvenience, despite the minority opposition doctrine that expresses that this diligence violates the principle device . But in Ecuador, the Constitution of the Republic has enshrined judicial activism, mainly, in the second paragraph of Art. 426, which empowers judges to directly and immediately apply the Constitution and international human rights instruments, the latter prevailing over the former when said norms are more favorable. The case is that in this matter, the neo-constitutionalist doctrine on which our Magna Carta is based allows judges to directly and immediately apply the aforementioned norms, so that, with respect to the test to better resolve, the general principle of the law is absolutely applicable. Right expressed in the Roman aphorism Qui potest plus, potest minus, that is, who can do the most, can at least, in other words, if the judge is constitutionally authorized to directly and immediately apply the norms that ensure effective judicial protection, The parties, with greater reason based on paragraph 1) of paragraph 7 of Article 76 of the Constitution of the Republic, is authorized to order this evidence.

**KEYWORDS:** Judicial activism, principle of direct applicability, dispositive principle, evidence to better resolve, effective judicial protection

## INTRODUCCIÓN

La iniciativa probatoria por parte de las juezas y jueces en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se insertó en el COGEP, implicando una categórica consagración del activismo judicial porque confiere a las y los juzgadores el poder de iniciativa probatoria otorgándole facultades para determinar de oficio la prueba para mejor resolver, esta prueba, de acuerdo a la disposición que la consagra debe ser debidamente fundamentada, expresando el juzgador las razones de hecho o de derecho que lo llevaron a aplicarla.

Respecto de la prueba para mejor resolver existe doctrina favorable y contraria, sin embargo nuestro legislador al instaurar la prueba para mejor resolver, aparte de velar por el activismo judicial que emana de las doctrinas neoconstitucionalistas, está en concordancia con las tendencias doctrinarias del derecho procesal moderno, ya que el aumento de los poderes del magistrado conforme expresa el procesalista uruguayo Dr. Enrique Véscovi, se ajusta a derecho porque comprende una serie de atribuciones que se relacionan con la búsqueda de la verdad, dentro de las cuales son de vital importancia la facultad que tienen de ordenar, fundadamente, diligencias para mejor proveer, como lo son, por ejemplo, la potestad de interrogar a las partes y testigos en cualquier momento.(Véscovi, 1984, p. 219)

La importancia de la verdad real de un proceso permite concluir que la prueba no se relaciona, solamente, con la demostración de los hechos cuyo conocimiento es importante para resolver la causa, sino que, ordenar estas medidas con estricto respeto a los hechos controvertidos, y sin alterar el debido proceso ni la imparcialidad, únicamente con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, aplicando estas normas procesales que pertenecen al derecho público, que, como se dijo anteriormente, obliga a las juezas y jueces

a resolver y les exige, en consecuencia, no permanecer pasivos e inertes en la resolución de un conflicto, obviamente limitados por los hechos controvertidos de la causa.

Esta inercia y pasividad judicial es inadmisibles porque las juezas y jueces no sólo deben actuar a iniciativa requerimiento o insistencia de las partes, según indica el procesalista brasileño y Presidente del Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo, Dr. Renato Nalini, quien identifica a las juezas y jueces como el Estado administrando justicia obedeciendo al interés de la comunidad y el propio Estado, lo que implica el rechazo de juzgadores que aplican mecánicamente la ley al caso concreto. (Nalini, 1994, pp. 81 y 82)

La prueba para mejor resolver en el derecho procesal comparado, como ocurre en nuestro ordenamiento jurídico procesal se sustenta en el activismo procesal, propio de las doctrinas neoconstitucionalistas, porque la normativa compatible con ellas, se encuentra consagrada en la Constitución de la República vigente. En efecto, la historia fidedigna de la prueba para mejor resolver, se instituyó en el Reino de España desde el año 1854, aunque en el año 2000 fue derogada.

A los antecedentes expuestos, necesario es señalar que al final de todo proceso las juezas y jueces deben dictar la correspondiente sentencia, sujetándose a los hechos controvertidos y a las normas legales, estándoles prohibido, como indica el procesalista español Dr. Juan Montero Aroca abstenerse de dictarla o de resolver lo planteado, etapa procesal en la que las y los juzgadores se encuentran ante las siguientes alternativas. La primera, en relación a una completa alegación de las partes y de sus derechos, existiendo claridad en los hechos controvertidos, correspondiéndoles a las y los juzgadores extraer las consecuencias previstas en la norma, en otras palabras, subsumir los hechos controvertidos para aplicar las normas al

caso concreto; respecto de la segunda posibilidad, puede darse el caso que no existió el hecho alegado, lo que necesariamente generará no aplicar la norma y, finalmente, la tercera opción dice relación con un hecho que no llegó a ser probado, debiendo la o el juzgador resolver pese a la duda. (Montero Aroca, 2001, p. 313)

Es en la tercera alternativa a que se hizo referencia en el párrafo anterior, donde puede aplicarse la prueba para mejor resolver, estando obligada tanto la juzgadora como el juzgador a resolver porque es una obligación constitucional resolver la causa, y, además, en virtud de esta inexcusabilidad, no pueden las y los juzgadores dejar de resolver por falta de prueba porque la institución de la sentencia «*non liquet*», que se define en el siguiente párrafo no es admisible en nuestro ordenamiento jurídico por las razones jurídicas expuestas.

La expresión *non liquet* procede del derecho romano y facultaba a los jueces de eximirse de la obligación de juzgar y resolver los casos en los cuales la prueba no era nítida, lo que no se acepta en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el Art. 172 de la Constitución de la República se refiere a la obligación de los jueces de administrar justicia, lo que necesariamente implica dictar sentencia celeré y debidamente fundada en toda causa.

Esta obligación de dictar sentencia, que contiene expresamente nuestra normativa constitucional, implica, según la doctrina comparada, que la labor de toda jueza y juez, se centra en tres deberes fundamentales, como lo son, primero, el deber de fallar, es decir la prohibición del *non liquet*, en otras palabras, la prohibición de abstenerse de decidir «a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes»; segundo, el deber de aplicar el derecho, al que toda o todo sentenciador debe recurrir para resolver y, tercero, el deber de motivar las

sentencias, que comprende no sólo exponer públicamente las razones que llevan al fallo, sino que los fundamentos jurídicos que llevaron al mismo. (La Porta, pp. 135 - 136)

En virtud del Art. 172 de la Constitución de la República del Ecuador que en su inciso 3° responsabiliza a las juezas y jueces por el perjuicio que causen a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, como se expresó anteriormente, ninguna jueza o juez ecuatoriano, cuando existe deficiencias en la prueba, está facultado para abstenerse de dictar sentencia; razón por la cual, si la prueba no es clara, la prueba para mejor resolver es ajustada a derecho, porque esta prueba es complementaria y aclaratoria de lo alegado por las partes y, en ningún caso, afectan el principio dispositivo.

El papel de los jueces ecuatorianos en el proceso, según expresa el jurista nacional Dr. José García Falconí, no debe limitarse a que éstos sean simples reguladores de solemnidades porque debido a su poder jurisdiccional, tienen como obligación emitir una resolución con apego irrestricto a las normas contenidas en la Constitución, lo que se ajusta a las directrices que sustentan nuestro Estado constitucional de derechos y justicia, que implica dejar atrás esa idea de una Función Judicial estigmatizada, lenta y corrupta; de este modo una de las funciones de las autoridades judiciales, es la protección de los derechos y garantías fundamentales señalados en la Constitución de la República y en los tratados internacionales de derechos humanos (García Falconí, 2008)

En virtud de la crítica a una función judicial estigmatizada y lenta, desde la promulgación de la Constitución de la República, comenzó el auge de los principios y valores, que conjuntamente con las normas conforman el derecho del neoconstitucionalismo, alejándose de las doctrinas positivistas kelsenianas, en donde existía identidad entre el derecho y la ley,

rigiendo con Kelsen el principio «lo que no está en la ley, no está en el mundo», principio antagónico al actual activismo judicial y de aplicabilidad directa de los derechos constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En efecto, en virtud de la Constitución de la República, al derecho se lo considera en concordancia con las doctrinas neoconstitucionalistas imperantes, un conjunto de normas, principios y valores, existiendo una constitucionalización del proceso y, como se expresó en el párrafo anterior, el principio de aplicabilidad directa de los derechos constitucionales y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, lo que expresamente se consagra en el Art. 426 de la Constitución de la República, que dispone:

**Art. 426.- [Aplicabilidad y cumplimiento inmediato de la Constitución.-** Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 426)

La disposición constitucional transcrita claramente “pone la lápida a los jueces de Montesquieu” porque el texto del Art. 426 de la Constitución de la República otorga competencia expresa a las juezas y jueces aplicar directa e inmediateamente los derechos

constitucionales y los consagrados en los instrumentos internacionales, resultando absurdo limitar al juez la aplicación de la prueba para mejor resolver, y ello en virtud el principio general del derecho *Qui potest plus, potest minus*, es decir “quien puede lo más puede lo menos”, razón por la cual si la jueza o juez puede aplicar directa e inmediatamente estos derechos y normas, con mayor razón podrá aplicar la prueba para mejor resolver.

Los jueces del neoconstitucionalismo y el garantismo procesal, difieren de los jueces del positivismo, que eran meros aplicadores de la ley, porque están facultados constitucionalmente para aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos por sobre las normas constitucionales, cuando sus disposiciones fueren más favorables.

## **CAPÍTULO I**

### **1.1. La prueba para mejor resolver en el COGEP y su aplicación por parte de las juezas y jueces**

#### **1.1.1. Concepto de la prueba para mejor resolver**

La prueba para mejor resolver, también conocida como diligencias para mejor proveer consiste, según Couture, en la adopción de medidas que permiten resolver un asunto de manera más adecuada y que consisten en medidas probatorias ordenadas por el juez luego de concluida la causa para sentencia, con el objeto de complementar la prueba producida por las partes. (Couture, 1976, p. 233)

Esta diligencia, conocida en el derecho comparado como medidas para mejor resolver es, de acuerdo a la doctrina que la acepta, una diligencia excepcional que el juez ordena de oficio, dejando expresa constancia de las razones de su decisión

Para el mismo procesalista uruguayo citado, esta prueba es de carácter excepcional porque en virtud del principio dispositivo, la iniciativa de la prueba corresponde a las partes, a lo que se une la obligación de las juezas y jueces sólo de conocer los hechos que han sido objeto de prueba por iniciativa de los litigantes, siendo la excepción más notoria, pero respetando los hechos controvertidos, la prueba para mejor resolver (Couture, 1962, p. 188)

De acuerdo a lo expuesto por el procesalista invocado, la prueba para mejor resolver en caso alguno da amplias facultades al juzgador para excederse de los hechos controvertidos,

razón por la cual ser partidario de esta institución no implica que al juez se otorguen poderes omnímodos, sino un juez que complemente la prueba rendida por las partes para poder esclarecer un hecho, es decir un juez activo, pero sometido a límites, sobre todo en la prueba para mejor resolver que se investiga.

Esta prueba, igualmente, según el procesalista argentino Dr. Fernando Flavio Castejón es la que ordenan de oficio los jueces, en el plenario, una vez cerrada la discusión entre las partes y que tienen por finalidad mejorar, esclarecer, completar elementos incorporados en el expediente (Castejón, 1991, p. 1)

El citado procesalista argentino, además de su definición respecto de la prueba para mejor resolver, indica, con precisión sus características, en las cuales claramente se deduce que esta prueba no transgrede el principio dispositivo ni el de imparcialidad de la o el juzgador o juzgadores, cuando expresa que las características de esta prueba son las siguientes: 1) Son públicas, por lo que su producción puede ser controlada por las partes; 2) Dependientes de la discrecionalidad técnica del Magistrado, en cuanto a su elección; 3) De razonabilidad limitada, pues no deben suplir la inactividad o negligencia de las partes, ni vulnerar el principio de igualdad entre ellas. La discrecionalidad en la elección de las medidas no es absoluta. Su límite es el derecho de defensa de las partes; 4) No deben ser la base única de la sentencia y 5) No pueden limitarse únicamente a aquellas medidas beneficiosas para el encausado. (Castejón, 1991, p. 1)

Una de las principales características del proceso es el principio de publicidad, que forma parte del debido proceso, según dispone el literal d) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República, que dispone que los procedimientos serán públicos, salvo las

excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76 N° 7 literal d))

En cuanto a la discrecionalidad técnica del magistrado, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 168 del Código Orgánico General de Procesos, en el cual se faculta, excepcionalmente, a la o el juzgador para ordenar de oficio esta prueba cuando juzgue que sea necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.

Referente a la discrecionalidad limitada, claramente se establece que es una prueba excepcional y que su finalidad es el esclarecimiento de los hechos controvertidos, todo sustentado en la prueba rendida por las partes.

Relacionado con la base única de la sentencia y que favorezcan a una de las partes, si esta prueba es un complemento a la rendida por éstas, en caso alguno puede excederse, porque además debe ser fundamentada de conformidad al literal 1) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República.

En consecuencia, la doctrina comparada complementa sus argumentos en el sentido que la prueba para mejor resolver es excepcional y no transgrede el principio dispositivo, de acuerdo a lo que expresan los procesalistas mexicanos Dres. Rafael de Pina Vara y José Castillo Larrañaga, quienes indican que el derecho positivo se inspira, generalmente, en el criterio de la inhibición del juez o tribunal respecto a la iniciativa en materia de prueba, que se confía a las partes. No obstante, con carácter de excepcional y para prevenir el inconveniente que la aplicación absoluta del principio aludido pudiera tener en algunos casos,

se establecen las diligencias para mejor proveer, potestad que los juzgadores ejercen o no, según su libre arbitrio, sin que corresponda a las partes más intervención en la práctica de las mismas que las que el juez o tribunal quieran concederles, y en virtud de la cual pueden acordar cuando en el proceso no se halla más que pendiente de sentencia, la práctica de determinadas diligencias de prueba que las leyes señalen taxativamente. (De Pina Vara & Castillo Larrañaga, 2007, p. 315)

Los procesalistas mexicanos, igualmente, se refieren al carácter excepcional de la prueba para mejor resolver, debiendo destacar que, al analizar las diversas doctrinas que se refieren a la constitucionalidad de esta prueba, o en otras palabras a su existencia o inexistencia, se ha puesto énfasis para definir las en los autores que las aceptan, ya que los juristas de tendencia positivistas al señalar que son inconstitucionales niegan su existencia o, en último caso su eficacia jurídica; pero debe tenerse presente una verdad incuestionable, que esta prueba de manera expresa se contempla recientemente en el COGEP y en el Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica y en las legislaciones de Chile y Argentina. Sin embargo, se ha de mencionar que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano antes de la vigencia del COGEP, se contaba con una facultad similar determinada en el Art 130 numeral 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, análisis que será abordado más adelante.

## **1.1.2. La doctrina acerca de las medidas para mejor resolver y el papel de los jueces**

### **1.1.2.1. Doctrinas positivistas**

La doctrina positivista, no aplicable en nuestro ordenamiento jurídico constitucional se opone a la prueba para mejor resolver, señalándose por la doctrina comparada su inconstitucionalidad, sin perjuicio que éstas se contemplen en las legislaciones a la que

pertenecen los autores que sustentan esta doctrina, como ocurre con el procesalista chileno, Dr. Botto Oakley, quien indica que esta prueba es propia de un sistema inquisitivo de juzgamiento emanado de principios antiliberales o autoritarios, incompatibles con el espíritu garantista de la constitución del país austral, razón por la cual propuso [sin resultados] la derogación del artículo o de los artículos que permitan el dictado de las medidas para mejor proveer (Botto Oakley, 2004, pp. 124 - 125)

El invocado autor chileno reitera su oposición e inconstitucionalidad de la prueba para mejor resolver al señalar que: a) Tanto la prueba de oficio, como la prueba para mejor resolver, son instituciones procesales propias de un sistema inquisitivo; b) El sistema inquisitivo es la antítesis del debido proceso, porque no respeta el principio de imparcialidad absoluto del juez lo que hace desaparecer la igualdad de las partes y c) Las medidas para mejor resolver son inconstitucionales, ya que no responden a un procedimiento racional y justo (Botto Oakley, 2001, pp. 303 . 304)

En Chile, la prueba para mejor resolver tiene más de cien años en la legislación procesal civil, razón por la cual todos los argumentos del citado autor, así como sus peticiones de inconstitucionalidad de la señalada prueba no ha sido tomada en consideración.

### **1.1.2.2. Doctrinas neoconstitucionalistas**

Respecto de los autores neoconstitucionalistas, y, consecuentemente, partidarios del activismo judicial, éstos aceptan ampliamente no solo la prueba para mejor proveer, sino que además, el principio de aplicabilidad directa, contenido en el Art. 426 de la Constitución de la República, al que anteriormente se hizo referencia.

En primer lugar, dentro de los autores neoconstitucionalistas, la doctrina nacional, especialmente el Dr. Ávila Santamaría, expresan que las juezas y jueces ecuatorianos, ya no son la boca muda de la ley como dijo Montesquieu, porque el juez, en un Estado constitucional, no puede ser solamente “boca de la ley”, porque obligatoriamente deben aplicar principios que constan en la Constitución y convertirse en “cerebro y boca de la Constitución (Ávila Santamaría, 2008, p. 30)

Una jueza o juez, de acuerdo a sus funciones consagradas en la Constitución y la ley, especialmente en el COGEP que expresamente contempla esta prueba, debe dictar sentencia, pero, igualmente, en el caso que la prueba rendida en autos sea oscura o insuficiente ordenar esta diligencia excepcional.

El papel del juez en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia es activo, porque los jueces del neoconstitucionalismo, de acuerdo a esta doctrina es diverso al que desempeñaban las y los juzgadores en un tradicional estado de derecho, según expresa Morales Godó, que exige jueces activos, porque las normas son solamente propuestas del legislador cuyos contenidos tienen que ser acabados por el juzgador quien las debe aplicar a un caso concreto. En ese sentido, el actor principal en el derecho resulta siendo la función jurisdiccional y no la legislativa, el juez y no el legislador. (Morales Godó, 2010, pp. 3 y 15)

La importancia de las y los jueces radica en que crean el derecho para el caso concreto, las normas generales son aplicadas, además de interpretadas, porque se soluciona “a medida” la justicia que las partes precisan, la que se extrae de las normas generales e impersonales del ordenamiento jurídico.

Coincide esta posición doctrinaria con las doctrinas norteamericanas del realismo jurídico cuyos principales exponentes fueron los juristas norteamericanos y ex jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, Dres. Karl Llewelyn y Jerome Frank, quienes expresaron que el Derecho se perfecciona, no en virtud de las normas jurídicas, sino por la acción de seres humanos concretos que son los jueces: La personalidad del juez es realmente el factor central del Derecho, El juez crea el Derecho, aunque haya normas jurídicas preexistentes (Pacheco, 1976, p. 388)

### **1.1.2.3. Posiciones doctrinarias clásicas independientes del positivismo y el neoconstitucionalismo relacionadas con la procedencia de la prueba para mejor proveer**

Existe doctrina comparada independiente del neoconstitucionalismo y el positivismo, y que es partidaria de la prueba para mejor resolver, indicando que ésta procede porque, según indica Prada Errecart, el objeto de una sentencia es establecer el derecho de las partes a tal modo de dar a cada uno lo suyo, no siendo lógico impedir que las y los juzgadores cuando la prueba no exista o sea insuficiente ordenen la prueba para mejor resolver, impidiéndole llegar a una sentencia justa que respete los hechos controvertidos, siendo contradictorio, si esta prueba se prohíbe, dictar una sentencia justa sin que se llegue a esta sin la aplicación de la prueba para mejor resolver y desentrañar la verdad de los hechos traídos a su conocimiento (Prada Errecart, 2016, p. 1)

En forma clara, el procesalista argentino expresa que sería ilógico denegar la existencia y aplicación de esta prueba, manifestando que si se impidiera esta prueba para mejor resolver, la

o el juzgador, quedarían a merced de las partes y a la prueba que hubieren rendido, impidiéndole la iniciativa para esclarecer los puntos dudosos u oscuros de la prueba, lo que impediría llegar adecuadamente a la verdad real, pero es más, al no existir en nuestro ordenamiento el recurso del “*non liquet*” a que se hizo referencia anteriormente, el juez está obligado a dictar sentencia en virtud del principio de inexcusabilidad que se contempla en el Art. 172 inciso 3° de la Constitución de la República.

Igualmente, la doctrina comparada, como la formulada por una de las redactoras del actual Código Civil argentino del año 2014, indica que las juezas y jueces deben desempeñar un nuevo papel, porque el proceso moderno requiere de un juez protagonista, no de un mero espectador que se limite a presenciar las audiencias, se precisa de un magistrado con iniciativa, incluso probatoria, que promueva el principio de inmediación mediante una intervención dinámica y comprometida (Kemelmajer de Carlucci, 2005, p. 7)

Esta tendencia en caso alguno atenta contra el principio dispositivo, porque la, él o los juzgadores no reemplazan la actividad probatoria de las partes, a quienes exclusivamente corresponde el *onus probandi*, destacando que la prueba para mejor resolver surge cuando las partes ya rindieron la suya, siendo su labor meramente aclaratoria, razón por la cual no se afecta ni el principio dispositivo ni el de imparcialidad.

## **1.2. La prueba para mejor resolver y los principios reguladores de la prueba**

### **1.2.1. La prueba para mejor resolver y el principio dispositivo**

En el principio dispositivo las partes son los sujetos activos del proceso ya que sobre ellos recae el derecho de iniciarlo y determinar su objeto, mientras que el juez es simplemente pasivo pues solo dirige el debate y decide la controversia.

Este principio se consagra expresamente en el numeral 6° del Art. 168 de la Constitución de la República y el inciso 1° del artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, que disponen:

**Art. 168.- [Principios].-** La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

6. La sustanciación de los procesos en todas las materias e instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo, mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 168 N° 6)

Igualmente, al principio dispositivo, se refiere el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dispone:

**Art. 19.- Principios dispositivo, de inmediación y concentración.-** Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, Art. 19 inciso 1°)

El Art. 168 de la Constitución de la República incorpora, en términos generales, el principio dispositivo que debe aplicarse en la sustanciación de todo proceso, pero en el inciso 1° del Código Orgánico de la Función Judicial expresamente se contiene un límite a la prueba para mejor resolver, debiendo las juezas y jueces resolver en conformidad a lo solicitado por

las partes (congruencia) en mérito de las pruebas rendidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley, dentro de la cual se comprende la prueba para mejor resolver.

### **1.2.2. La prueba para mejor resolver y el principio del debido proceso**

La prueba para mejor resolver tiene expresa relación con el principio del debido proceso de acuerdo a la doctrina, esencialmente comparada que indica que el debido proceso necesariamente debe ajustarse al principio de juridicidad propio del Estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra *legem o praeter legem*, porque el derecho al debido proceso es el derecho constitucional que tiene toda persona a la recta administración de justicia, (Madrid - Malo Garizábal, 1997, p. 146)

Se denomina prueba a todo elemento que contribuye a la formación de la convicción de la jueza o juez a fin de acreditar determinado hecho, ya que lo que se requiere es que el proceso sea justo.

Toda jueza o juez, así como está obligada a resolver, lo debe hacer fundamentando y motivando su sentencia, lo que necesariamente, como establece la doctrina comparada al referirse a la prueba para mejor resolver, implica que puede suceder que la actividad probatoria de las partes no resulte suficiente para engendrar el pleno convencimiento del juez, quien está obligado constitucionalmente a fallar, razón por la cual, si existen dudas que se generan en el proceso, impiden a los juzgadores dictar una sentencia en estas condiciones, porque la sentencia es un acto creador de norma jurídica (Palacio, 1970, Tomo II, p. 264)

En consecuencia, de acuerdo a la doctrina indicada, la o el juez que se limite a dictar sentencia sin esclarecer los hechos de autos que no fueron acreditados adecuadamente, incurren en irregularidades procesales, pero, igualmente, existe éstas cuando la o el juzgador no respetan el límite que se genera con los hechos controvertidos, excesos que contravienen el debido proceso, generando consecuentemente, la nulidad de la prueba ordenada por la jueza o juez.

### **1.2.3. La prueba para mejor resolver y el principio de congruencia procesal**

El principio de congruencia procesal, según la doctrina, emana del Derecho Romano y se expresa en latín de la siguiente manera: *sententia debet esse conformis, libello; ne eat iudex, ultra, extra aut citra petita partium; tantum legatum quantum iudicatum; iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, es decir que la sentencia debe estar conforme con la reclamación escrita, para que el juez no vaya más allá, o fuera más acá de las demandas de las partes; el juez debe juzgar de acuerdo con las razones alegadas y probadas por las partes. (Botto, 2007, p. 151)

La congruencia delimita los hechos controvertidos y, obviamente, los hechos sobre los cuales debe recaer la prueba que se rinda en autos, entre ellas, la prueba para mejor proveer, consistiendo la incongruencia en un principio normativo que, de acuerdo Devis Echandía, delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo civil, laboral, y contencioso-administrativo) o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicado o imputado, sea de oficio o por instancia del ministerio público o del denunciante o querellante (en el proceso penal), para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que

la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas (Devis Echandía, 1985, Tomo II, p. 533)

El juez, en consecuencia, no puede desentenderse de los hechos controvertidos fijados en el petitorio de la demanda y su respectiva contestación, porque si la prueba para mejor proveer no se ajusta a lo pedido por las partes, la sentencia que pronuncie será nula. porque no se puede fundamentar, conforme a derecho, una sentencia con una prueba de estas características, lo que contravendría el literal l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República.

## CAPÍTULO II

### 2.1. La prueba para mejor resolver en el derecho comparado

#### 2.1.1. La prueba para mejor resolver en el Código Procesal Civil tipo para Iberoamérica

El Código Procesal Civil tipo para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, integrando a los más destacados procesalistas de España, Portugal y América, culminando su redacción el año 1988 e iniciándose en Venezuela el año 1957.

Las normas que regulan la prueba para mejor resolver, en el mencionado código, son las siguientes y concuerdan con lo expuesto en el cuerpo de este trabajo.

El Art. 33, en sus numerales 4 y 5, dispone:

**Art. 33.- [Facultades del Tribunal].- El Tribunal está facultado:**

- 4.- Para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes;
- 5.- Para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito. (Código Procesal Civil tipo para Iberoamérica, 1988, Arts. 33, 34 y 182)

Esta disposición, conjuntamente con el Art. 182 del Código Procesal Civil tipo para Iberoamérica, señala las directrices que rigen la prueba para mejor resolver, artículo que expresa:

**Art. 182.- [Pruebas posteriores a la conclusión de causa].** Concluida la audiencia y al retirarse el Tribunal para considerar su decisión, no será admitida a las partes prueba alguna en la instancia

El Tribunal, en forma excepcional y dejando expresa constancia de las razones por las cuales no dispuso con anterioridad su diligenciamiento, podrá disponer cualquier prueba que considere indispensable para mejor proveer. De su resolución no habrá recurso alguno. Pero si el Tribunal de segunda instancia considera que mediante dicha prueba se ha alterado gravemente el principio de igualdad de las partes en el juicio, podrá disponer las medidas complementarias para asegurar el respeto de dicha igualdad y derecho de defensa en juicio.

La ley orgánica fijará el límite temporal máximo de suspensión del plazo para dictar sentencia, en los casos de haberse dispuesto diligencias para mejor proveer. (Código Procesal Civil tipo para Iberoamérica, 1988, Arts. 33, 34 y 182)

El Art. 33 faculta a los diversos Tribunales para ordenar las diligencias que sean necesarias, destacando que esta prueba tiene como fin esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, comprendiéndose dentro de estas diligencias las de mejor proveer, respetando el derecho de defensa de las partes e incluso podrá disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito. Por su parte el inciso final del Art. 182 establece la prueba para mejor proveer tanto en primera como en segunda instancia.

El Art. 34 en forma categórica establece el principio de inexcusabilidad, al que se hizo referencia anteriormente, cuando dispone:

**Art. 34. [Deberes del Tribunal].**

34.1. El Tribunal no podrá dejar de fallar en caso de oscuridad, insuficiencia o vacío de la ley. En el juzgamiento del litigio deberá aplicar la regla de derecho positivo

(art. 15) y sólo podrá fallar por equidad en los casos previstos por la ley o cuando, tratándose de derechos disponibles, las partes así lo soliciten (Código Procesal Civil tipo para Iberoamérica, 1988, Arts. 33, 34 y 183)

### **2.1.2. La prueba para mejor resolver en Uruguay**

Las normas que regulan la prueba para mejor resolver en el Uruguay se contienen en la Ley N° 15.982 de 18/10/1988 “Código General del Proceso del Uruguay”, publicado en el Diario Oficial del Uruguay de 14/11/1998 son idénticas a las del Código Procesal Civil tipo para Iberoamérica, como se pasa a indicar:

**Art. 24.-** Facultades del tribunal.- El tribunal está facultado:

- 4.- Para ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes.
- 5.- Para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito. (Código General del Proceso del Uruguay, 1988, Arts. 24 y 25)

**Art. 25.-** Deberes del tribunal.-

25.1 El tribunal no podrá dejar de fallar en caso de oscuridad, insuficiencia o vacío de la ley. En el juzgamiento del litigio deberá aplicar la regla de derecho positivo (artículo 15) y sólo podrá fallar por equidad en los casos previstos por la ley o cuando, tratándose de derechos disponibles, las partes así lo soliciten. (Código General del Proceso del Uruguay, 1988, Arts. 24 y 25)

Debido a que las normas transcritas del Código General del Proceso del Uruguay, son idénticas a las del Código Procesal Civil tipo para Iberoamérica y considerando que gran parte de los juristas redactores de ambos cuerpos legales pertenecen al Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, respetuosamente doy por reproducida mis observaciones hechas en el punto anterior, a fin de evitar innecesarias repeticiones.

### **2.1.3. La prueba para mejor resolver en el procedimiento civil de Argentina**

Si bien la doctrina argentina no es pacífica, respecto de la prueba para mejor resolver, pero ésta se contempla en los distintos Códigos de Procedimiento Civiles de las diversas provincias argentinas, pero se destaca su necesidad porque si bien como expresa Acerbo, es un tema polémico, es una herramienta con la que cuentan los Jueces para dictar una sentencia más justa, mientras que para otros consiste en un resabio inquisitivo, que afecta la imparcialidad del juzgador. Más allá de ello creo que la cuestión debe ser tratada fundadamente para no caer en resultados dogmáticos y ajenos a la realidad que nos circunda. (Acerbo, 2014)

Dentro de los códigos argentinos, destaca el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, República Argentina, actualmente vigente, que en su Art. 325, respecto de la prueba para mejor resolver, dispone:

**Art.- 325.- Medidas para mejor proveer.-** Una vez concluida la causa, los tribunales podrán, para mejor proveer:

1. Decretar que se traiga a la vista cualquier expediente o documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.
2. Interrogar a cualquiera de las partes sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión.
3. Ordenar reconocimientos, avalúos u otras diligencias periciales que reputen necesarias.
4. Disponer que se amplíen o expliquen las declaraciones de los testigos y, en general, cualquiera otra diligencia que estimen conducente y que no se halle prohibida por derecho.

Agregadas las medidas para mejor proveer, deberá correrse traslado a cada parte por tres días para que meriten dicha prueba (Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Ley 8.465/1995, 1995, Art. 325)

Esta clase de prueba es aplicable, porque se requiere de jueces activos, de acuerdo a lo que anteriormente expuso la procesalista argentina Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci y que se reprodujo en las páginas 21 y 22 de este Trabajo para la obtención del Título de Magister en Derecho Procesal y Litigación Oral.

#### **2.1.4. La prueba para mejor resolver en Chile**

Si bien Chile estableció la prueba para mejor resolver en sus primeras legislaciones de enjuiciamiento civil, la norma enmarcada en el reciente Código Procesal Civil, es la que supera a toda las anteriores, estipulada en el texto del Art. 159 que reglamenta esta, denominándose como medidas para mejor resolver.

En efecto, el Art. 159 del Código Procesal Civil, dispone:

**Art. 159.-** Los tribunales, sólo dentro del plazo para dictar sentencia, podrán dictar de oficio medidas para mejor resolver.

Las que se dicten fuera de este plazo se tendrán por no decretadas. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso primero del artículo 431, podrán dictar alguna o algunas de las siguientes medidas:

1. La agregación de cualquier documento que estimen necesario para esclarecer el derecho de los litigantes;
2. La confesión judicial de cualquiera de las partes sobre hechos que consideren de influencia en la cuestión y que no resulten probados;
3. La inspección personal del objeto de la cuestión;
4. El informe de peritos;
5. La comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios; y

6. La presentación de cualesquiera otros autos que tengan relación con el pleito. Esta medida se cumplirá de conformidad a lo establecido en el inciso 3.º del artículo 37.2

En este último caso y siempre que se hubiese remitido el expediente original, éste quedará en poder del tribunal que decreta esta medida sólo por el tiempo estrictamente necesario para su examen, no pudiendo exceder de ocho días este término si se trata de autos pendientes.

La resolución que se dicte deberá ser notificada por el estado diario a las partes y se aplicará el artículo 433, salvo en lo estrictamente relacionado con dichas medidas. Las medidas decretadas deberán cumplirse dentro del plazo de veinte días, contados desde la fecha de la notificación de la resolución que las decreta. Vencido este plazo, las medidas no cumplidas se tendrán por no decretadas y el tribunal procederá a dictar sentencia, sin más trámite.

Si en la práctica de alguna de estas medidas aparece de manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para dictar sentencia, podrá el tribunal abrir un término especial de prueba, no superior a ocho días, que será improrrogable y limitado a los puntos que el mismo tribunal designe.

En este evento, se aplicará lo establecido en el inciso segundo del artículo 90. Vencido el término de prueba, el tribunal dictará sentencia sin más trámite. Las providencias que se decreten en conformidad al presente artículo serán inapelables, salvo las que dicte un tribunal de primera instancia disponiendo informe de peritos o abriendo el término especial de prueba que establece el inciso precedente.

En estos casos procederá la apelación en el solo efecto devolutivo. (Congreso Nacional de Chile, 2012, Arts. 159 y 431)

La disposición chilena es la más detallada en cuanto a su procedencia y tramitación, destacando que en Chile, existe un procedimiento muy diferente al ecuatoriano porque no existen los denominados casilleros judiciales, sino el trámite de la notificación por el estado diario a las partes, que implica concurrir personalmente a los juzgados y tribunales a ver el resumen de las resoluciones que se pronuncian y que obligan a las partes a consultar

materialmente el expediente, lo que implica imbuirse personalmente de la tramitación en forma personal, sin perjuicio de las notificaciones complementarias al correo electrónico.

El Art. 159 del Código Procesal Civil de Chile, se refiere al Art. 431 del mismo cuerpo legal que complementa la disposición, al establecer:

**Art. 431** No será motivo para suspender el curso del juicio ni será obstáculo para la dictación del fallo el hecho de no haberse devuelto la prueba rendida fuera del tribunal, o el de no haberse practicado alguna otra diligencia de prueba pendiente, a menos que el tribunal, por resolución fundada, la estime estrictamente necesaria para la acertada resolución de la causa. En este caso, la reiterará como medida para mejor resolver y se estará a lo establecido en el artículo 159.

En todo caso, si dicha prueba se recibiera por el tribunal una vez dictada la sentencia, ella se agregará al expediente para que sea considerada en segunda instancia, si hubiere lugar a ésta. (Congreso Nacional de Chile, 2012, Arts. 159 y 431)

En virtud de esta última disposición y en el hipotético caso que no se haya devuelto la prueba rendida fuera del tribunal, situación a la que no se refieren ni el COGEP, el Código Procesal Civil tipo para Iberoamérica ni el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, o que no se hubiera practicado alguna otra diligencia pendiente de prueba, el tribunal por resolución fundada, si lo estima necesario para la acertada resolución de la causa la ordenará como medida para mejor resolver y se procederá conforme el Art. 159.

En el ordenamiento jurídico chileno se ha planteado en el Congreso Nacional de ese país, reemplazar el Código de Procedimiento Civil que data del año 1903, señalándose la necesidad de la persistencia de la prueba para mejor resolver, invocando dicho organismo parlamentario al procesalista de dicho país, el Dr. Mario Casarino Viterbo, quien expresó ante la comisión legislativa de reemplazo del señalado cuerpo legal que las medidas para mejor resolver -

reguladas en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil- corresponden a: diligencias probatorias decretadas de oficio por el tribunal, una vez puesto el proceso en estado de citación para oír sentencia, a fin de quedar en condiciones adecuadas para dictar un mejor fallo. (Casarino Viterbo, 2012, p. 220)

**2.2. Breve análisis comparado de la legislación ecuatoriana sobre la prueba para mejor resolver en el COGEP, con la contemplada en el Código Procesal Civil tipo para Iberoamérica, el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba de la República Argentina, el actualmente vigente Código de Procedimiento Civil de Chile de 1903 y el proyecto de reemplazo del Código Procesal Civil Chileno.**

Si se hace un análisis comparado de las disposiciones ecuatorianas y comparadas, en el COGEP el Art. 168 es incompleto e insuficiente, porque esta institución complementaria que tiene por objeto llegar a la verdad real y obviamente, a una acertada resolución de la causa, mal puede consistir, como ocurre en el Ecuador que “prácticamente” sea una “ley penal en blanco”, en donde al juez se le entregue la libertad para determinar qué tipo de prueba deba realizarse.

**CUADRO COMPARATIVO DE LA PRUEBA PARA MEJOR RESOLVER DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL TIPO PARA IBEROAMÉRICA, EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA, REPÚBLICA ARGENTINA, ACTUALMENTE VIGENTE, EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE CHILE Y EL COGEP DEL ECUADOR**

<b>CÓDIGO PROCESAL CIVIL TIPO PARA IBEROAMÉRICA</b>	<b>CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY</b>	<b>LEGISLACIÓN ARGENTINA. CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA</b>	<b>CHILE, CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE 1903 Y PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE ACTUAL TRAMITACIÓN EN EL CONGRESO DE DICHO PAÍS</b>	<b>CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS DEL ECUADOR</b>
---	--	--	--	--

<p><b>Art. 33.- [Facultades del Tribunal].-</b> El Tribunal está facultado:</p> <p>4.- Para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes;</p> <p>5.-Para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles</p>	<p>Ley N° 15.982 de 18/10/1988 “Código General del Proceso del Uruguay”, publicado en el Diario Oficial del Uruguay de 14/11/1998 son idénticas a las del Código Procesal Civil tipo para Iberoamérica:</p> <p><b>Art. 24.-</b> Facultades del tribunal.- El tribunal está facultado:</p> <p>4.- Para ordenar las diligencias necesarias al</p>	<p><b>Art.- 325.- Medidas para mejor proveer.-</b> Una vez concluida la causa, los tribunales podrán, para mejor proveer:</p> <p>1. Decretar que se traiga a la vista cualquier expediente o documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.</p> <p>2. Interrogar a cualquiera de las partes sobre hechos que estimen de</p>	<p>El Art. 159 del C.P.C. de Chile ya analizado anteriormente, contempla las siguientes pruebas para mejor resolver:</p> <p>1. La agregación de cualquier documento que estimen necesario para esclarecer el derecho de los litigantes;</p> <p>2. La confesión judicial de cualquiera de las partes sobre hechos que consideren de influen-</p>	<p>La o el juzgador podrá, excepcionalmente ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos. (Art. 168 COGEP)</p>
--	---	--	---	---

<p>las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito.</p> <p><b>Art. 182.- [Pruebas posteriores a la conclusión de causa].</b> Concluida la audiencia y al retirarse el Tribunal para considerar su decisión, no será admitida a las partes prueba alguna en la instancia.</p> <p>El Tribunal, en forma excepcional y dejando expresa constancia de las</p>	<p>esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes.</p> <p>5.- Para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito.</p>	<p>influencia en la cuestión.</p> <p>3. Ordenar reconocimientos, avauos u otras diligencias periciales que reputen necesarias.</p> <p>4. Disponer que se amplíen o expliquen las declaraciones de los testigos y, en general, cualquiera otra diligencia que estimen conveniente y que no se halle prohibida por derecho.</p>	<p>cia en la cuestión y que no resulten probados;</p> <p>3. La inspección personal del objeto de la cuestión;</p> <p>4. El informe de peritos;</p> <p>5. La comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios;</p> <p>6. La presentación de cualesquiera otros autos</p>	
--	--	---	--	--

<p>razones por las cuales no dispuso con anterioridad su diligenciamiento, podrá disponer cualquier prueba que considere indispensable para mejor proveer. De su resolución no habrá recurso alguno. Pero si el Tribunal de segunda instancia considera que mediante dicha prueba se ha alterado gravemente el principio de igualdad de las partes en el juicio, podrá disponer</p>	<p><b>Art. 25.-</b> Deberes del tribunal.-  25.1 El tribunal no podrá dejar de fallar en caso de oscuridad, insuficiencia o vacío de la ley. En el juzgamiento del litigio deberá aplicar la regla de derecho positivo (Art. 15) y sólo podrá fallar por equidad en los casos previstos por la ley o cuando, tratándose de</p>	<p>Agregadas las medidas para mejor proveer, deberá correrse traslado a cada parte por tres días para que meriten dicha prueba (Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Ley 8.465/1995, 1995, Art. 325)</p>	<p>que tengan relación con el pleito.</p>	
---	--	---	---	--

<p>las medidas complementarias para asegurar el respeto de dicha igualdad y derecho de defensa en juicio.</p> <p>La ley orgánica fijará el límite temporal máximo de suspensión del plazo para dictar sentencia, en los casos de haberse dispuesto diligencias para mejor proveer.</p> <p><b>Art. 34. [Deberes del Tribunal].</b></p>	<p>derechos disponibles las partes así lo soliciten. (Código General del Proceso del Uruguay, 1988, Arts. 24 y 25)</p>			
---	--	--	--	--

<p>34.1. El Tribunal no podrá dejar de fallar en caso de oscuridad, insuficiencia o vacío de la ley. En el juzgamiento del litigio deberá aplicar la regla de derecho positivo (art. 15) y sólo podrá fallar por equidad en los casos previstos por la ley o cuando, tratándose de derechos disponibles, las partes así lo soliciten (Código Procesal Civil tipo para Iberoamérica, 1988, Arts. 33, 34 y 183)</p>				
---	--	--	--	--

**Comentario:** Respecto de la legislación iberoamericana, que no se aplica en Iberoamérica y la uruguay que es exactamente igual, ambas legislaciones se refieren, en términos generales y no precisos a “ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes y que en cualquier momento, se podrá ordenar la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito, lo que se omite en la legislación ecuatoriana.

En consecuencia, en este breve análisis comparado, la legislación chilena y la argentina, especialmente la del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba de la República Argentina, estas normas son más completas, sirviendo la prueba para mejor resolver como un auxilio complementario completo, reglamentado y acertado para llegar a la verdad real, situación que no acontece con lo que dispone el breve Art. 168 del COGEP.

## **II.2. Metodología**

### **2.1. Diseño de la investigación**

A fin que los instrumentos y antecedentes de la presente investigación sean válidos, funcionales y confiables, se realizó un análisis doctrinario de la prueba para mejor resolver en el Código Orgánico General de Procesos del Ecuador, y de igual modo se entrevistó a jueces de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, a jueces de las Unidades Judiciales Multicompetentes Civiles de los cantones de Ibarra y Otavalo, así como juezas y jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de los cantones de Ibarra y Otavalo.

Esta investigación es de carácter **documental** porque para tener una comprensión amplia del problema y su solución se recurrió a la bibliografía nacional y comparada, información que se obtuvo de las bibliotecas de la Pontificia Universidad Católica, tanto de Ibarra como de Quito, la Universidad Central y la Universidad de San Francisco de Quito e igualmente de las sentencias pronunciadas por las juezas y jueces entrevistados en las que se haya ordenado la prueba para mejor resolver.

Igualmente la presente investigación es de carácter **descriptivo** porque en ella se explicó y se hizo un detallado análisis de la prueba para mejor resolver, la opinión fundada de las juezas y jueces, que ordenaron en las causas que conocían la prueba para mejor resolver, y, además, las sentencias en que lo hicieron.

### **2.2. Metodología**

La investigación se realizó en los cantones de Ibarra y Otavalo de la Provincia de Imbabura que fue aplicada a las juezas y jueces de la Corte Provincial de Imbabura, y a las juezas y jueces de las Unidades Multicompetentes Civiles de los mencionados cantones.

### **JUEZAS Y JUECES ENTREVISTADOS**

Juezas y jueces de la Corte Provincial de Imbabura	3
Juezas y jueces de las Unidades Multicompetentes Civiles de Ibarra	2
Juezas y jueces de las Unidades Judiciales de Familia, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de Ibarra y Otavalo	2
<b>TOTAL</b>	<b>7</b>

Se utilizó los siguientes métodos y técnicas respectivas:

#### **2.2.1. Método Comparativo**

Mediante este método se pudo determinar forma como se aplica la prueba para mejor resolver en el Ecuador como en el derecho comparado y los fundamentos jurídicos que llevaron a las y los juzgadores a determinarlas o no aplicarlas. Se pudo extraer información de los

considerandos de sentencias estudiadas, donde se contiene los fundamentos que sirvieron de base para ello.

### **2.2.2. Método Analítico**

Aplicando este método, se analizó la prueba para mejor resolver como una unidad aunque los fundamentos que determinaron o no su aplicación varían en consideración a la causa, logrando gracias a este método identificar con exactitud los distintos componentes del problema de investigación y prepararlos con la finalidad de discriminar, estudiar, percibir las características, detalles y aspectos primordiales de esta clase de prueba.

### **2.2.3. Método Sintético**

Con este método se pudo examinar de forma acuciosa los distintos elementos de la prueba para mejor resolver, particularmente la excepcional orden de oficio de la prueba para mejor resolver, si las razones de su decisión deben cumplir con el literal 1) del Numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República, la igualdad de armas de las partes en la prueba para mejor resolver y la jurisprudencia existentes respecto de la misma.

### **2.2.4 Método de Observación**

Con el método de la **observación**, se pudo visualizar la aplicación de la prueba para mejor resolver desde su inclusión en el Código Orgánico General de Procesos, en donde fue esencial, para establecer los resultados, entrevistar a las juezas y jueces de la Corte Provincial de Imbabura y las juezas y jueces de las Unidades Multicompetentes Civiles de los cantones de

Otavalo e Ibarra y las juezas y jueces de las Unidades Judiciales de Familia, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores de los mencionados cantones.

### **2.3. Técnicas**

Como principal instrumento de investigación se determinó que la entrevista era lo más adecuado, la cual fue de gran utilidad y su contenido fue de gran importancia para el desarrollo de la presente investigación.

#### **2.3.1. Entrevistas**

Entre los días 8 al 15 de julio de 2016, se entrevistó tres jueces de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura; a dos juezas y jueces de la Unidad Judicial de Familia, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores del Cantón Ibarra y a dos juezas y jueces de Unidades Multicompetentes Civiles de Ibarra a los cuales se les aplicó un cuestionario compuesto de 6 preguntas abiertas en donde ellos expresaron sus conocimientos en base a la experiencia laboral y vivencias dentro del campo profesional. La fuente complementaria de las entrevistas de acuerdo a la decisión de los y las entrevistadas se efectuó con el respectivo anonimato.

### **2.4. ANÁLISIS DE LA OBSERVACIÓN - INFORMACIÓN**

#### **2.4.1. Desarrollo de las entrevistas**

**Entrevista a tres jueces de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura; a dos juezas y jueces de la Unidad Judicial de Familia, Niñez y Adolescencia y Adolescentes**

**Infraactores del Cantón Ibarra, Dres y a dos jueces de la Unidad Multicompetente Civil de Ibarra**

**PREGUNTA N° 1** En su calidad de juez/a ¿considera que la prueba para mejor resolver [Art. 168 del COGEP] atenta contra el principio de imparcialidad?

Los jueces entrevistados, respecto de la pregunta formulada, en forma unánime expresaron que la prueba para mejor resolver. Simplemente. tiene por objeto esclarecer los hechos controvertidos y en caso alguno implica parcialización, porque el inciso 2° del Art. 426 de la Constitución de la República, claramente los faculta para aplicar directa e inmediatamente las normas constitucionales y las internacionales de derechos humanos incluso sobre las constitucionales cuando sean más favorables, lo que es reflejo que la Constitución de la República establece jueces activos que, en ningún caso, respecto de la prueba para mejor resolver atropellan los derechos de las partes, sino que orientan la prueba, como su nombre lo indica “para mejor resolver”, lo que no atenta contra la imparcialidad, porque es requisito esencial, que fundamenten y motiven conforme a derecho, su aplicación, porque si carece de ella, simplemente carecería de validez, en otras palabras sería nula.

Por otra parte, expresaron que de acuerdo al Art, 168 del COGEP esta prueba es excepcional y no tiene la finalidad de solucionar problemas de deficiencia de la defensa de los abogados litigantes, informaron que de esta manera se lleva a la verdad judicial circunscribiéndose a los hechos controvertidos de la causa.

**PREGUNTA N° 2** ¿Considera que la prueba para mejor resolver establecida en el COGEP vulnera el principio dispositivo, tomando en cuenta que la carga de la prueba corresponde a las partes procesales? Fundamente su respuesta.

En forma, igualmente unánime, las juezas y jueces entrevistados expusieron que la prueba para mejor resolver contemplada en el Art. 168 del COGEP no vulnera el principio dispositivo, principalmente porque esta prueba sólo surge cuando sea incompleta y dudosa el aporte probatorio de las partes y para que proceda debe fundamentarse adecuadamente conforme a derecho, velándose con ello con la tutela judicial efectiva de las partes, porque se debe tener presente que en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia exige que los jueces procuren la realización de la justicia, destacando que un entrevistado invocando la doctrina comparada, como la del jurista colombiano Dr. Andrés Manclares Arango, en su obra *Los jueces de mármol*, señaló que los jueces no pueden ser de mármol, fríos, distantes y ajenos a la realidad social, ni máquina de producción de decisiones “adocenadas”, ni tampoco un juez de “plastilina”, maleable a las presiones o sugerencias del poder, con un gran culto por el “fetichismo de la ley”. Debe ser un imaginativo y creativo a la hora de aplicar u otorgar el derecho. Por su boca ya no se expresa solo la ley

**PREGUNTA N° 3:** ¿Considera usted, que ante la falta o escasa prueba de una de las partes procesales por una deficiente defensa técnica; usted podrían activar la prueba para mejor resolver, sabiendo que si no lo hace podría llegar a una sentencia injusta (en una causa que se ha litigado con el COGEP)?

Claramente la totalidad de los entrevistados expuso que si la prueba de las partes es plagada de deficiencias y dudas, el COGEP, permite a los jueces con la prueba para mejor resolver dictar una sentencia adecuada, en concordancia con las doctrinas neoconstitucionalistas en las que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico constitucional, quienes expusieron que esta prueba es en beneficio del proceso y no reemplaza la inactividad de las partes, ajustándose a los hechos controvertidos y fundamentando, conforme a derecho su procedencia. En ningún caso tiende a suplir la inactividad probatoria de las partes.

**PREGUNTA N° 4 :** ¿Qué límites de contradicción debe tener la prueba para mejor resolver al momento de su anuncio o al ser dispuesta por el órgano judicial?

La prueba para mejor resolver, según expusieron las y los jueces entrevistados, al momento de su práctica o reproducción se somete a la contradicción como cualquier otro medio probatorio porque no está a beneficio de ninguna de las partes, sino a beneficio del proceso, expresando los entrevistados la importancia de la excepcionalidad de la misma lo que permite dictar una sentencia que sin esta prueba sería imposible llegar a la verdad que vele por los derechos de las partes. Sin embargo al momento de que el juzgador toma la decisión de practicar este tipo de prueba, esa decisión no tiene contradicción de las partes, es una facultad exclusiva y no puede ser contradicha.

**PREGUNTA N° 5:** ¿Estima que las juezas y jueces, están capacitados para aplicar la prueba para mejor resolver?

Todos los jueces entrevistados señalaron que debido a que los principios neoconstitucionalistas requieren jueces activos, dentro de los cuales, los existentes con anterioridad a la Constitución de la República del 2008, informaron que si bien en la legislación ecuatoriana antes de la aplicación del COGEP si podían realizar este tipo de pruebas conforme el Art 130.10 del COFJ, se formaron conforme a las doctrinas positivistas y requieren una capacitación que les permita integrarse a esta nueva realidad jurídica, pudiendo destacar que uno de los entrevistados expuso que este exceso de positivismo resulta evidente al analizar las sentencias pronunciadas, donde prácticamente no se utiliza esta clase de medidas o, en el caso de hacerlo, no fundamentan su aplicación en forma adecuada.

**PREGUNTA N° 6:** Teniendo en cuenta que en la Administración de Justicia existe una tendencia neoconstitucionalista en la cual el juez ha dejado de ser un mero espectador y se ha convertido en una parte activa dentro del proceso ¿considera pertinente la existencia de esta facultad proactiva del juez en el sistema oral y por qué?

En concordancia con expuesto anteriormente, las y los jueces entrevistados expusieron que en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, con justicia garantista y activismo judicial, es absolutamente necesario, porque lo contrario sería denegación de justicia y se atentaría contra la seguridad jurídica consagrada en el Art. 82 de la Constitución de la República, quienes expusieron que no se admite en nuestro sistema los jueces de Montesquieu. Las juezas y jueces no pueden ser la boca muda de la ley.

## 2.5. Conclusión parcial del capítulo

De las entrevistas que se hizo pudo determinarse que las juezas y jueces en su totalidad ajustándose al activismo judicial y a los principios neoconstitucionalistas que rigen nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en los que se exige un pleno activismo judicial, son partidarios de este tipo de prueba complementaria o adicional en los procesos en los cuales el COGEP lo admite, con los requisitos y limitaciones de respetar los hechos controvertidos; sin embargo, de las respuestas igualmente puede colegirse que es necesaria una amplia capacitación de las juezas y jueces para que se adapten a esta nueva realidad procesal

### **PARTE III**

#### **RESULTADOS Y ANÁLISIS**

De acuerdo a lo desarrollado en el cuerpo de esta investigación, son más inquisidores los partidarios del positivismo que se oponen a las medidas para mejor resolver, pues se da a la ley un carácter de norma omnímoda que está sobre la Constitución en un exagerado positivismo que no rige en nuestro ordenamiento jurídico, lo que trae como consecuencia que las y los juzgadores tienen el carácter de meros espectadores de la prueba rendida por las partes, tendencia que es incompatible con el principio de inmediación y el activismo judicial, porque el aforismo romano *Da mihi factum, dabo tibi ius* [dame los hechos y te daré el derecho] es una etapa superada en materia judicial de acuerdo a la supremacía constitucional, el principio de aplicabilidad directa y el activismo judicial, como se pasa a exponer.

Queda en evidencia que los que se oponen a la prueba para mejor resolver se quedaron “pegados al pasado”, de acuerdo a lo que expresa el destacado jurista italiano Dr. Luigi Ferrajoli, cuando expresó que el descubrimiento de la constitución como norma suprema, irrumpió en la cultura jurídica de los años sesenta y setenta, porque la Corte Constitucional de

Italia, desde el año 1956 y, desde sus primeras sentencias, dejó sin efecto la vieja tesis que las normas constitucionales tenían un carácter programático y no inmediatamente normativo, sino que a ella deben someterse todas las normas infraconstitucionales (Ferrajoli, 2004, p. 219)

Claramente, el autor italiano habla de la muerte del positivismo cuando señala que en el año 1956, la Corte Constitucional de Italia archivó la vieja tesis que las normas constitucionales “tenían un carácter programático y no inmediatamente normativo”, situación que cambió radicalmente en Italia, cincuenta y dos años después en el Ecuador con la Constitución de la República del año 2008, en donde se superó radicalmente el positivismo legalista al que se aferran quienes pretenden limitar las facultades del juez .

En consecuencia, la Constitución de la República contiene en el Art. 424 y el inciso 1° del Art, 426 una clara tendencia neoconstitucionalista que supera para siempre el positivismo legalista, aunque las sentencias que han resuelto aplicar la prueba para mejor resolver muestran una patente timidez que, pese a ordenar la realización de esta prueba, no la fundamentan adecuadamente siendo insuficiente la argumentación jurídica que se requiere con la nueva doctrina neoconstitucionalista, lo que evidencia una falta de capacitación patente de nuestras juezas y jueces, y especialmente de nuestros eruditos de la doctrina jurídica que no investigan estos temas de la importancia del constitucionalismo, lo que me lleva a recordar la crítica del gran literato don Miguel de Unamuno respecto de las investigaciones intrascendentes, de acuerdo a lo que señala el literato argentino Dr. Mariano Saba, en su artículo *La Esfinge devora a los sabios: Unamuno contra la erudición literaria*, cuando expresa respecto de los investigadores en general, resaltando los temas sin importancia que éstos: “*por miedo de mirar a la mirada de la Esfinge se volvieron a contarle las cerdas del rabo* (Saba, 2012, p. 2531).

Pero volviendo al tema de la presente investigación y alejándonos de las críticas a las investigaciones y estudios intrascendentes, necesario es destacar en la historia a los jueces que se apartaron del positivismo y se ajustaron al humanismo y la justicia, es destacable que dentro de los jueces que se apartaron del positivismo desprovisto de principios y valores, a nivel mundial se destacó el juez francés Dr. Paúl Magnaud, quien en sentencia de 1898, al juzgar a una madre soltera, socialmente rechazada y en un estado de absoluta pobreza, sustrajo de una panadería una barra de pan para su hijo de dos años que llevaba dos días sin comer, absolviéndola y desechando la denuncia por robo, haciendo prevalecer el estado de necesidad. (Mena, 2012 pág. 1)

La sentencia del juez francés, que iba expresamente en contra de la ley, hizo prevalecer su espíritu humanitario por sobre el texto frío de la ley, lo que implicó que al juez Magnaud se le denominó “el buen juez”, ganándose el apoyo del pueblo y una crítica por parte de los denominados jueces de Montesquieu que aplicaban la ley desprovista de sentimientos, sucediendo que los jueces de la Corte de Apelaciones del lugar, ratificaron la sentencia del juez Magnaud al ver la situación menesterosa de la madre que hurtó para salvar la vida de su hijo que agonizaba por no haber comido en dos días.

En consecuencia, la prueba para mejor resolver si bien no debe apartarse de los hechos controvertidos, destacan que el juez de Château-Tierry, Dr. Paul Magnaud, aplicó directamente los principios de derechos humanos, ciento veinte años antes, de lo que disponen los incisos 2 y 3 del Art. 426 de nuestra Constitución, ya reproducidos anteriormente.

En los señalados incisos existe un activismo judicial expreso que faculta a las juezas y jueces para aplicar directa e inmediatamente los instrumentos internacionales de derechos

humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Lo anterior implica que a las juezas y jueces se les ha encomendado un papel relevante en el juicio, especialmente con la prueba para mejor resolver, porque el juez es, igualmente, un ser humano que no puede mantenerse distante de la real necesidad de las partes y del objetivo mayor del proceso que es la búsqueda de la justicia y de la verdad real, que tiene directa relación con la obligación del Estado de la tutela judicial efectiva de los derechos de los litigantes mediante una justicia, valga la redundancia, efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, no quedando ninguna de las partes en la indefensión, destacando que esta tutela judicial tiene como objeto preservar las relaciones sociales, evitando situaciones donde las partes procuren hacerse justicia por sus propias manos, lo que faculta a la jueza o juez para determinar la realización de las pruebas que juzgue necesarias para la instrucción del proceso.

### **3.1. Sentencias de las juezas y jueces de la Provincia de Imbabura**

#### **3.1.1. Sentencia pronunciada por el Juez Titular de la Unidad Judicial Multicompetente Civil del Cantón Ibarra, Dr. Jorge Chiza, en causa 2018 -00976**

La causa N° 2018 -00976, en la que se ordenó como prueba para mejor resolver el nombramiento de un perito grafológico a fin que se estableciera la verdad de la firma estampada en una letra de cambio, recayendo esta pericia en el abogado Giovanni Álvarez Piña, perito en documentología de la Policía Nacional, quien debía periciar la firma del demandado, pero el perito no sustentó su informe debido a su ausencia, y sin que el juzgador hiciera caso omiso al

informe escrito que se ha presentado en su oportunidad y que se encuentra agregado al expediente, observó que la firma impresa en la letra de cambio no pertenecía a la autoría del demandado, disponiendo en su sentencia remitir el expediente a la Fiscalía General del Estado a fin de que se realicen las investigaciones necesarias y se determinen las responsabilidades correspondientes, lo que implicó que la acción de cobro no procedía en razón de no ser una obligación ejecutiva por disconformidad de firma.

La prueba para mejor resolver establecida en la sentencia fue determinante, pero desde el punto de vista formal, no se dio cumplimiento al Art. 168 del COGEP porque no consta expresamente en autos, constancia de las razones de derecho de la decisión de aplicar esta prueba.

**3.1.2. Sentencia de apelación de alimentos pronunciada por la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, Juez Ponente Dr. Javier de la Cadena Correa, en Juicio N° 10203-2016-01858**

En primera instancia, la Dra. María de las Mercedes Cuastumal, Jueza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y Adolescentes Infractores con Sede en el Cantón Ibarra, aceptó la demanda de alimentos en la que el accionante es una persona de 55 años de edad con discapacidad psicosocial del 55% (grave), obligando en resolución el pago de una pensión alimenticia al padre que es una persona de 82 años de edad quien tiene un discapacidad física del 74%, sin embargo es una persona que percibe ingresos económicos de su pensión jubilar, y en base a eso se fijó la pensión alimenticia

El caso es que el demandado de alimentos, apeló de la decisión de primera instancia sobre la demanda de alimentos propuesta por su hijo por cuanto manifestó ser una persona con

discapacidad, por no, tener facultades visuales, auditivas normales, de locomoción y sufriendo además de graves problemas cardiacos, alegando que el actor tiene plena capacidad física para trabajar y que su jubilación sólo le alcanza para atender su estado de salud, sin perjuicio de lo anterior, la jueza de primera instancia aceptó la demanda de pensión alimenticia, presentada, fijándose ésta en USD 238,19.

Solicitó a la Corte Provincial la nulidad de la causa, aduciendo que no debe darse trámite a la misma por cuanto el demandado una persona con discapacidad, nulidad que no ha sido atendida por la señora Jueza de Primer Nivel.

En virtud de la discapacidad alegada, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, a fin de evacuar el recurso de apelación interpuesto por el demandado y considerando que el demandado adolece de una discapacidad del 74% de acuerdo al carné de discapacidad conferido por el Ministerio de Salud Pública del Ecuador, con fundamento en los artículos 35 de la Constitución de la República del Ecuador, 130 numeral 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 168 del Código Orgánico General de Procesos, se suspendió la audiencia, con la finalidad disponer prueba para mejor resolver para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, disponiendo de oficio que el Equipo Técnico de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescentes Infractores de Ibarra, realicen un estudio integral (Médico, Social y Psicológico) del actor y del demandado, observando que en dicha pericia, las dos partes procesales son personas con discapacidad grave, más aún cuando el demandado además es una persona adulta mayor enmarcándose en esta doble vulnerabilidad, en tal sentido la Sala resuelve declarar LA NULIDAD DEL PROCESO, a partir del auto de fecha miércoles 12 de octubre del 2016, a las 16h06, (de fojas 18), en el que la señora Jueza de Primer nivel califica la demanda, quedando en estado que, conforme al artículo 146 del Código Orgánico

General de Procesos el actor en el término de tres días completara la demanda, para que se cuente como demandados con los obligados subsidiarios.

Esta sentencia de segunda instancia en forma categórica cumple con la fundamentación conforme a derecho, que exige el Art. 168 del COGEP.

### **3.2. Sentencias del derecho comparado**

#### **3.2.1. Sentencia de Casación de la Corte Suprema de la República de Chile, de 31/08/1970**

La sentencia de casación de la Corte Suprema de la República de Chile publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales de Chile, Tomo 67, Sección 1ª, pág. 366, claramente resolvió que las diligencias probatorias para mejor resolver, constituyen una facultad de que pueden usar los tribunales cuando en los autos aparezca algún antecedente serio que permita esclarecer, por medio de alguna de esas medidas, el asunto sometido a su decisión, pero por tratarse de diligencias probatorias totalmente dependientes del arbitrio de los jueces que dictan la respectiva sentencia, no constituyen una diligencia esencial, no incurriéndose en vicio de casación, al desestimarse, por considerarlo innecesario, la petición que se traiga a la vista cierto expediente, Se trata según estableció el máximo tribunal de Chile, de una excepción al principio dispositivo cuyo objeto es establecer la más completa demostración de los hechos controvertidos, pero son facultativas para los sentenciadores y el tribunal no está obligado a su análisis en la sentencia, como ocurre con la prueba aportada por las partes (Corte Suprema de la República de Chile, 1970, Tomo 67, Sección 1ª , p. 366)

El carácter de extraordinaria y facultativas por parte de los juzgadores, no es susceptible de recurso de casación, porque no son diligencias esenciales del juicio, sino que diligencias probatorias totalmente dependientes del arbitrio de los jueces que dictan la respetiva sentencia.

**3.2.2. Sentencia dictada en Expediente 27.773/46.178-2016 por el 2º Juzgado Civil, Comercial y Minas de la Segunda Circunscripción Judicial de San Rafael, Provincia de Mendoza, República Argentina.**

Se trató de un juicio civil ordinario caratulado “Pérez L. & Meza P. C/ Hospital Malargüe, Langton de Martínez y O.S.E.P.” [médica demandada] en la cual el juez de la causa resolvió suspender del llamamiento de autos para sentencia y requerir informe sobre los puntos de pericia médica, propuestos por las partes, al considerar que la causa involucraba el conocimiento de aspectos técnicos propios de la medicina que escapan al saber de los magistrados. La resolución fue consentida por la actora, la médica, O.S.E.P. y el hospital demandados, destacando que la causa tenía una antigüedad de 14 años y la actora debía probarlos hechos otorgándosele un plazo de 6 meses para ello, el que no fue cumplido, razón por la cual, como medida para mejor resolver el juez de la causa dispuso una prueba para mejor resolver consistente en una pericia médica, contra la cual se interpuso por una Compañía de Seguros un incidente de nulidad sustentado en que el juez no puede subsanar la negligencia de las partes, pero éste se rechazó sustentado en reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza en la que claramente se ha resuelto que los jueces están facultados legalmente para disponer las medidas necesarias incluso de prueba para: 1) esclarecer la verdad de los hechos controvertidos; 2) mantener la igualdad de los litigantes; 3) propender a una más rápida y económica tramitación del proceso y 4) asegurar una decisión justa, razón por la cual son procedentes las “medidas para mejor resolver”, como se denomina

esta prueba en la legislación argentina, las cuales revisten un carácter complementario con respecto a aquella carga de las partes, y su objetivo consiste en despejar las dudas con que tropieza el convencimiento del juez en aquellos supuestos en que la prueba producida por las partes no sea lo suficientemente esclarecedora, ordenándose esta medida fundadamente, dentro de los límites de razonabilidad y teniendo en cuenta la no afectación del derecho de defensa de ambas partes. (Segunda Circunscripción Judicial, San Rafael, Provincia de Mendoza, Argentina, 2016)

## **PARTE IV**

### **PROPUESTA**

Después del análisis comparado pudo concluirse que las normas del Código Orgánico General de Procesos, son insuficientes; en primer lugar porque si bien las normas del Código Procesal Civil Tipo para Iberoamérica y las del Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay no determinan, taxativamente, qué medidas pueden aplicarse, pero que se encuentran en su misma normativa, contemplan, expresamente, el principio de inexcusabilidad, en el cual las juezas y jueces están obligados a dictar sentencia aún en caso de oscuridad, insuficiencia o vacío de la ley, rigiendo en el Ecuador, en forma general el Art. 172 de la Constitución de la República, que en su inciso 3° responsabiliza a las partes del perjuicio que causen las juezas y jueces por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, norma que no es tan específica como las disposiciones que consagran, en el derecho comparado el principio de inexcusabilidad.

Respecto de las normas procesales de Argentina y Chile, en primer lugar se ha tomado como referencia el Código de Procedimiento Civil de Chile de 1903 y el proyecto de ley que se discute en el Congreso de dicho país para reemplazarlo y, respecto de Argentina, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, que en forma taxativa enuncian las clases de pruebas que pueden ser aplicadas como medidas para mejor resolver, disposiciones que cuentan con la jurisprudencia vinculante suficiente que determina su carácter excepcional al principio dispositivo.

#### **4.1. Título de la Propuesta**

Modificación o reforma del Art. 168 del Código Orgánico General de Procesos.

##### **4.1.1. Objetivos de la Propuesta**

Basado en lo anteriormente expuesto y especialmente en las normas comparadas, se propone reemplazar el Art. 168 del Código Orgánico General de Procesos, que modifique la insuficiencia de la disposición indicada, ya que ésta es muy general cuando establece que es una prueba que procede cuando la jueza o juez de la causa la juzguen necesaria para el esclarecimiento de los hechos, no expresándose en formas más precisa que esta prueba es de carácter complementario de la prueba rendida por las partes cuando ésta es insuficiente, y, además, excepcional y solamente de iniciativa de las y los juzgadores, a lo que se añade que las juezas y jueces pueden ordenar “la prueba que juzguen necesaria”, en circunstancias que las normas procesales son de derecho público y en caso alguno éstos están facultados para ordenar pruebas que no contiene el COGEP.

##### **4.2.2. Exposición de motivos**

La exposición de motivos se analizan bajo las siguiente normativa legal, la misma que a mi criterio debe la Asamblea Nacional observar una posible reforma o modificación del Art 168 del COGEP.

Observando que la Constitución de la República del Ecuador dispone, en su Art. 172, que las juezas y jueces deben administrar justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley, los cuales, deben aplicar el principio de la

debidamente diligencia en los procesos de administración de justicia. Siendo, además responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.

Que de conformidad al numeral 6° del Art. 168 de la Constitución de la República la sustanciación de los procesos en todas las materias e instancias, etapas y diligencias debe llevarse a cabo mediante el sistema oral de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Que expresamente el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, consagra el principio de congruencia procesal en cuya virtud, las juezas y jueces deben resolver de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.

Que el Art. 168 del Código Orgánico General de Procesos en caso alguno dispone, como lo hace el numeral 4° del Art. 33 y el Art. 188 del Código Procesal tipo para Iberoamérica, que la prueba de oficio debe respetar el derecho de defensa de las partes y que la resolución que ordene la prueba para mejor resolver no será susceptible de recurso alguno.

Que el Art. 426 de la Constitución de la República además de disponer que todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a dicho cuerpo normativo, faculta a las juezas y jueces, entre otros, para aplicar directamente las normas constitucionales y las consagradas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente, lo que implica la consagración constitucional del activismo judicial.

Y en ejercicio de las facultades constitucionales de las que se halla investida por disposición del Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República; expida la siguiente:

#### **4.2. Reforma del Art. 168 del Código Orgánico General de Procesos**

**ARTÍCULO ÚNICO:** Reemplácese el Art. 168 del Código Orgánico General de Procesos por el siguiente:

**Art. 168.- Prueba para mejor resolver.-** Las juezas y jueces en forma excepcional y dejando expresa constancia de las razones por las cuales se dispone su diligenciamiento, motivando la aplicación de esta prueba de conformidad a lo dispuesto en el literal l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República, podrá disponer de oficio las siguientes pruebas que considere indispensable para mejor proveer a fin de esclarecer los hechos controvertidos:

1. La agregación de cualquier documento que estimen necesario para esclarecer el derecho de los litigantes;
2. La declaración de parte de cualquiera de las partes sobre hechos que consideren de influencia en la cuestión y que no resulten probados;
3. La inspección personal o judicial del objeto de la cuestión;
4. El informe de peritos;
5. La comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios; y
6. La presentación de cualesquiera otros autos que tengan relación con el pleito.

Ordenada esta prueba, la audiencia podrá suspenderse hasta por el término de veinte días, debiendo esta prueba efectuarse en este término, el que se contará desde la fecha de notificación de la resolución que las ordene. Vencido este término, las medidas no cumplidas se tendrán por no decretadas y la jueza, el juez o el tribunal procederá a dictar sentencia, sin más trámite.

## **PARTE V**

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA:** De conformidad al activismo judicial emanado de las doctrinas neoconstitucionalistas que rigen a la Constitución de la República, la prueba para mejor resolver en concordancia, especialmente con el Art. 426 de la Constitución de la República es plenamente aplicable en nuestro ordenamiento jurídico.

**SEGUDA:** La doctrina esencialmente comparada favorable a la aplicación de la prueba para mejor resolver coincide plenamente con los criterios que tuvo en consideración nuestro legislador para establecerlas, disponiendo que esta prueba procede de oficio, es excepcional y tiene como objetivo esclarecer los hechos controvertidos.

**TERCERA:** En todo caso, y por ser excepcional, esta prueba extraordinaria debe respetar absolutamente los hechos controvertidos, debiendo dejarse expresa constancia de las razones de su aplicación, lo que implica que la resolución que la ordene, debe ser debidamente motivada de conformidad a las normas constitucionales a fin de velar por la seguridad jurídica de las partes.

**CUARTA:** Las juezas y jueces entrevistados de la Provincia de Imbabura, en forma unánime se pronunciaron favorablemente respecto de la aplicación de esta clase de prueba, dictando todos esta prueba para mejor resolver cuando la prueba de las partes sea insuficiente y los hechos no están claros, razón por la

cual se analizó dos sentencias que las aplicaron y que permitieron resolver adecuadamente.

**QUINTA:** Las juezas y jueces entrevistados, igualmente, expusieron que la prueba para mejor resolver en caso alguno es un resabio inquisitivo que atente contra el principio dispositivo, ya que se ajusta expresamente a los hechos controvertidos operando de modo complementario para aclararlos, sin afectar la imparcialidad de la o el juzgador.

## **PARTE VI**

### **RECOMENDACIONES**

- PRIMERA:** En la reforma que se propone, se subsanan las deficiencias del Art. 168 del COGEP, en el sentido que la resolución que ordene su aplicación sea motivada de conformidad a lo dispuesto en el literal l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República, a fin que exista uniformidad, por parte de las juezas y jueces, para fundamentar las razones de su decisión.
- SEGUNDA:** En la reforma propuesta, en forma clara y atendido que las normas procesales son de derecho público, se establece taxativamente las pruebas que pueden aplicarse, pues como sabemos en derecho público sólo se puede hacer lo que la ley dispone, subsanando la inexactitud y subjetividad que contiene el Art. 168 del COGEP que dispone que las juezas y jueces están facultados para ordenar de oficio la prueba que estimen necesarias para el esclarecimiento de los hechos.
- TERCERA:** Por ser un principio fundamental que debe aplicarse a todo proceso, es necesario que en nuestro ordenamiento jurídico procesal, como ocurre en el derecho comparado se consagre expresamente el principio de inexcusabilidad procesal, que claramente serviría de sustento para la prueba para mejor resolver.

**CUARTA:** En concordancia con la recomendación primera, el artículo propuesto se ha sustentado en la legislación comparada, especialmente en el Código de Procedimiento Civil de 1903 de la República de Chile y el proyecto de reemplazo que se tramita en el Congreso de dicho país porque establece taxativamente las clases de prueba que las juezas y jueces pueden aplicar en esta materia.

**QUINTA:** En el proyecto de reforma se tuvo igualmente en consideración la jurisprudencia comparada que fijó las directrices que rigen esta clase de prueba, como ocurre con la proferida por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza que resolvió que los jueces están facultados legalmente para disponer las medidas necesarias incluso de prueba para: 1) esclarecer la verdad de los hechos controvertidos; 2) mantener la igualdad de los litigantes; 3) propender a una más rápida y económica tramitación del proceso y 4) asegurar una decisión justa, razón por la cual son procedentes las “medidas para mejor resolver”, como se denomina esta prueba en la legislación argentina, las cuales revisten un carácter complementario con respecto a aquella carga de las partes, y su objetivo consiste en despejar las dudas con que tropieza el convencimiento del juez en aquellos supuestos en que la prueba producida por las partes no sea lo suficientemente esclarecedora, ordenándose esta medida fundadamente, dentro de los límites de razonabilidad y teniendo en cuenta la no afectación del derecho de defensa de ambas partes.

**SEXTA:** Es necesario que la Corte Nacional de Justicia de conformidad con lo dispuesto en el Art.180 numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial, mediante

resolución con fuerza de ley determine el momento, la forma, límites, alcance y aplicación de la prueba para mejor resolver establecida en el Art 168 del Código Orgánico General de procesos mientras exista una posible reforma al mencionado artículo.

## PARTE VII

### BIBLIOGRAFÍA

Acerbo, J. (8 de Junio de 2014) *Medidas para mejor proveer*. Obtenido de <http://cporesolucionesjudiciales.blogspot.com/2014/06/medidas-para-mejor-proveer-acerbo.html>.

Ávila Santamaría, R. (2008). *Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia*. En R. Ávila Santamaria, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado* (págs. 19 - 38). Quito: V & M Gráficas.

Botto Oakley, H. (2001). *Revista Fallos del Mes AGD Impresores*, Santiago de Chile, 303 - 304.

Botto Oakley, H. (2004). *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver. Doctrina procesal especializada, Legislación comparada de los Códigos procesales argentinos y chileno*. Santiago de Chile: Juris.

Botto, H. (2007). *La Congruencia procesal*. Santiago de Chile: Editorial de Derecho.

Casarino Viterbo, M. (2012). *Manual de Derecho Procesal (Derecho Procesal Civil)*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Castejón, F. (1991). *El contralor de las partes en las medidas para mejor proveer*. *Revista La Ley del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ)*

Código Orgánico de la Función Judicial. (2009). Quito: Suplemento Registro Oficial N° 544 de 09/03/2009.

Código Procesal Civil tipo para Iberoamérica. (1988). Montevideo: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal,

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Ley 8.465/1995. Córdoba, Argentina: Boletín Oficial 08/06/1995.

Congreso Nacional de Chile. (2012). Proyecto de ley de reemplazo del Código de Procedimiento Civil de 1903, Valparaíso, Chile: Congreso Nacional de Chile.

Código de Procedimiento Civil de Chile (1903) edición actualizada al 2017, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

Código General del Proceso del Uruguay. (1988). Montevideo: Diario Oficial del Uruguay de 14/11/1998.

Código Orgánico de la Función Judicial. (2009). Quito: Suplemento Registro Oficial N° 544 de 09/03/2009.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, Edición 2016.

Congreso Nacional de Chile. (2012). Proyecto de Código Procesal Civil [en actual tramitación] Valparaíso, Chile, Congreso Nacional de Chile.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, Edición 2016.

Corte Suprema de la República de Chile. (1970). Sentencia de Casación. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Tomo 67, Sección 1ª.

Couture, E. (1962). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* Buenos Aires: Depalma.

Couture, E. (1976). *Vocabulario jurídico*. Buenos Aires: Depalma.

De Pina Vara, R., & Castillo Larrañaga, J. (2007). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*,. México D.F.: Porrúa.

Devis Echandía, H. (1985, Tomo II). *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. México D.F.: Fontamara.

García Falconí, J. (11 de Octubre de 2008). *Misión de los jueces*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/mision-de-los-jueces>: <https://www.derechoecuador.com>

Kemelmajer de Carlucci, A. (2005). *Principios procesales y tribunales de familia*. Buenos Aires: Lexis Nexis Online 29//12/2005.

Laporta, F. (2002). La creación judicial y el concepto de derecho implícito. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* V. 6, 135 - 151.

Madrid - Malo Garizábal, M. (1997). *Derechos Fundamentales*. Bogotá: 3R Editores.

Martínez, P. (2011). El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del Estado Constitucional. *Revista Chilena de Derecho*, Vol, 39 N° 1, 113 - 147.

Mena, J. (20 de Septiembre de 2012). La ladrona, el juez y el panadero. *El País de Cataluña*, pp. 1 y 2. Obtenido de: [https://elpais.com/ccaa/2012/09/19/catalunya/1348082317\\_556232.html](https://elpais.com/ccaa/2012/09/19/catalunya/1348082317_556232.html).

Montero Aroca, J. (2001). *El nuevo proceso civil*. Valencia: Titant lo Blanch.

Morales Godó, J. (2010). La función del juez en una sociedad democrática. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Vol. 4 N° 1, 1 - 34.

Nalini, R. (1994). *El juez y el acceso a la justicia*. Sao Paulo Brasil: Editora Revista de los Tribunales [Traducida por el autor]

Pacheco, M. (1976). *Introducción al Derecho*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Palacio, L. (1970, Tomo II). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.

Prada Errecart, A. (2016). Algunas reflexiones sobre las medidas para mejor proveer,. *Diario Civil y Obligaciones N° 80, Buenos Aires.*

Saba, M. (2012). La Esfinge devora a los sabios: Unamuno contra la erudición literaria. *V Congreso Internacional de Letras* (págs. 2526 - 2532). Buenos Aires, Argentina: CONICET, Universidad de Buenos Aires.

Segunda Circunscripción Judicial, San Rafael, Provincia de Mendoza, Argentina. (2016). *Causa ° 27.773/46.178, caratulada: "PÉREZ LUISA Y MEZA P. C/ HOSPITAL MALARGÜE, LANGTON DE MARTÍNEZ Y O.S.E.P.* San Rafael Provincia de Mendoza,: Segunda Circunscripción Judicial, San Rafael, Provincia de Mendoza, Argentina, pp. 1 - 1570.

Véscovi, E. (1984, p. 219). *Teoría General del Proceso.* Bogotá: Temis.